



ISSN 0034-835X

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Ano 57

# 225

janeiro a março 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**

## **SUPLENTE 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

# 225

janeiro a março 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, Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, conseqüentemente, em debate no Congresso Nacional.

#### FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

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

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Fabrício Ferrão Araújo

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Brito Vieira. CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. GESTÃO DE ARTIGOS: Glaucia Cruz. REVISÃO DE ORIGINALS: Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Rejane Campos. Não são objeto de revisão artigos ou segmentos de texto redigidos em língua estrangeira.

INDEXADORES: Diadorim – Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras, EZB – Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Google Scholar, Ibtct CCN – Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas, 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

© Todos os direitos reservados.

## 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. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Wuhan University, Wuhan, Hubei, China / Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Carla Bliacheriene, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Claudia Santana, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, 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 / 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 / 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 Gruenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Caetano Ernesto Pereira de Araújo, Senado Federal, Brasília, DF, 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 / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 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. Diego Werneck Arguelhes, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacareizinho, 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. Fabrício Bertini Pasquot Polido, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Frederico Nunes de Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, 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, Jacareizinho, PR, 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 / 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 Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Henrique Aniceto Kujawa, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Ivar Alberto Martins Hartmann, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / 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 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 / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Lucas Catib de Laurentiis, 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. 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 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 Lírida Calou de Araújo e Mendonça, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Marilisa 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 / 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 Araújo 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. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschoswky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Renata Queiroz Dutra, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, 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 Luis 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 Valtecidas 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 / 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. 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

## AUTORES

Alisson Carvalho de Alencar é mestre em Administração Pública pela Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil; especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil; graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas, Saúde, Exatas e Jurídicas de Teresina, Teresina,

PI, Brasil; doutorando na Faculdade Autônoma de Direito em São Paulo em cotutela com a Universidade de Salamanca, Espanha; Procurador-Geral de Contas do Ministério Público de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil. / Ana Maria D'Ávila Lopes é doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professora titular do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) (PQ2). Apoio: Edital Universal 1/2016 – CNPq. / Eduardo Rocha Dias é doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professor do programa de mestrado e doutorado da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal da Advocacia-Geral da União, Fortaleza, CE, Brasil. / Fabiana Costa Lima de Sá é mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; doutoranda do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; professora do Centro Universitário Estácio-FIC, Fortaleza, CE, Brasil. / Fernanda Damacena é doutora e mestre em Direito Público pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; pós-doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), Curitiba, PR, Brasil; professora de Direito Ambiental em cursos de graduação e pós-graduação da PUC-PR, Curitiba, PR, Brasil; advogada. / Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida é mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional na PUC-RJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; coordenador do projeto Supremo em Números, da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Henrique Alves Pinto é mestre em Direito Público e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, DF, Brasil; doutorando em Direito Público e Políticas Públicas pelo UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; professor de Direito Público e Direito Constitucional das Faculdades CNEC e FACTU, Unai, MG, Brasil; advogado. / José S. Carvalho Filho é doutor em Direito Público pela Aix-Marseille Université, França; mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público de Brasília, Brasília, DF, Brasil; pós-doutorando em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca, Espanha; professor de Direito Constitucional na Escola de Direito de Brasília, Brasília, DF, Brasil; assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal. / Lauro Ishikawa é doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor pela Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha; professor da graduação em Direito, professor e coordenador adjunto do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil; professor da graduação em Direito e coordenador de extensão das Faculdades Integradas Rio Branco, São Paulo, SP, Brasil; professor da Escola de Direito da Universidade Anhembi Morumbi, São Paulo, SP, Brasil; bolsista da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular, Brasília, DF, Brasil; advogado em São Paulo, SP, Brasil. / Luis Lopes Martins é mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutorando em Direito do Trabalho e Previdenciário na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; assessor de desembargadora no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutorando em Direito Público na Université Lyon III (Jean Moulin), Lyon, França; professor adjunto da UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; juiz federal, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Marciano Seabra de Godoi é doutor em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Complutense de Madri, Madri, Espanha, com o título homologado pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; pós-doutorado, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), na Universidade Autônoma de Madri, Madri, Espanha; professor na graduação e na pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Natasha Schmitt Caccia Salinas é doutora, mestre e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; *Master of Laws* (LL.M) pela Yale University, New Haven, Connecticut, EUA; professora dos programas de graduação e pós-graduação do curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Sérgio de Queiroz Duarte é diplomata; presidente da Pugwash Conferences on Science and World Affairs.





# Sumário

## Autor convidado

- 11 **Um mundo livre de armas nucleares**  
**Aspiração e realidade**  
Sérgio de Queiroz Duarte

## Artigos

- 23 **Solidariedade tributária por interesse comum e seu desvirtuamento pela Receita Federal**  
**Parecer Normativo 4/2018**  
Marciano Seabra de Godoi
- 43 **A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões**  
**Por uma necessária *accountability***  
Henrique Alves Pinto
- 61 **Proteção previdenciária de imigrantes no Brasil**  
**A cobertura dos acordos internacionais de cooperação previdenciária**  
Marcelo Leonardo Tavares  
Luis Lopes Martins
- 83 ***Compliance* inteligente**  
**O uso da inteligência artificial na integridade das contratações públicas**  
Lauro Ishikawa  
Alisson Carvalho de Alencar
- 99 **Seguro e eventos extremos**  
**Limites e possibilidades**  
Fernanda Damacena
- 125 **O controle judicial de projetos legislativos**  
**Uma análise exploratória**  
Natasha Schmitt Caccia Salinas  
Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida

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

- 151 **Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade**  
**Estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios**  
José S. Carvalho Filho
- 165 **O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da**  
**Constituição**  
Eduardo Rocha Dias  
Fabiana Costa Lima de Sá
- 181 **A doutrina da margem de apreciação e a educação sexual**  
**Interights vs. Croácia**  
Ana Maria D'Ávila Lopes

# Um mundo livre de armas nucleares

## Aspiração e realidade

SÉRGIO DE QUEIROZ DUARTE

**Resumo:** Este artigo resume os objetivos e os resultados dos esforços multilaterais e bilaterais para a adoção de normas internacionais em matéria de desarmamento, controle de armamentos e não proliferação de armas nucleares. Descreve os riscos e as possíveis consequências do uso de armas nucleares em um conflito, assim como o acordo de 2010 entre Estados Unidos e Rússia sobre a redução de seus arsenais. Prossegue explicando a ausência de menção ao armamento nuclear na Carta das Nações Unidas e menciona o progresso obtido no estabelecimento de zonas livres de armas nucleares em diferentes partes do globo. A gênese e a tramitação do Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares (TNP) são descritas com algum detalhe, assim como as diferenças de opinião sobre sua implementação, inclusive a hesitação inicial do Brasil e outros Estados em tornar-se Partes do instrumento. Finalmente, o artigo trata da atual tendência à erosão de arranjos e acordos bilaterais e multilaterais no campo do desarmamento e menciona a negociação e adoção do Tratado de Proibição de Armas Nucleares (TPAN), assim como a necessidade de sua ratificação pelo Congresso Nacional.

**Palavras-chave:** Desarmamento. Armas nucleares. Não proliferação. Tratado de Não Proliferação. Tratado de Proibição de Armas Nucleares.

### A world free of nuclear weapons: aspiration and reality

**Abstract:** This article summarizes the objectives and results of multilateral and bilateral efforts to adopt international norms on disarmament, arms control and non-proliferation of nuclear weapons. It describes the risks and possible effects of the use of atomic weapons in a conflict as well as the 2010 agreement between the United States and Russia to reduce their arsenals. Different aspects of the proliferation of nuclear weapons and other weapons of mass destruction are explained. The article goes on to mention the absence of mention to nuclear weapons in the Charter of the United Nations and the progress achieved by the establishment of

Autor convidado

nuclear-weapon free zones in different regions of the globe. The genesis and the history of the Treaty on the Non-proliferation (NPT) are described in some detail, as well as the reasons for differences of opinion about its implementation, including the initial hesitation of Brazil and other States to become Parties to the instrument. Finally, the article discusses the current trend toward the erosion of bilateral and multilateral arrangements and agreements in the field of disarmament and mentions the negotiation and adoption of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW) and the need for its ratification by the National Congress.

**Keywords:** Disarmament. Nuclear weapons. Non-proliferation. Treaty on the Non-proliferation. Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons.

*Somente será possível assegurar a ordem mundial quando todas as nações houverem eliminado essas armas, que parecem oferecer-nos segurança no presente mas ameaçam a sobrevivência da raça humana no futuro.*

Presidente John F. Kennedy, discurso sobre o Estado da União, 1962.

Quarenta e sete anos depois da advertência feita por John F. Kennedy transcrita na epígrafe, o então presidente dos Estados Unidos Barack Obama pronunciou em Praga um importante discurso sobre o futuro do armamento nuclear no século XXI. Obama afirmou que a existência de milhares de armas nucleares é a herança mais perigosa da Guerra Fria. “A Guerra Fria desapareceu”, disse ele, “mas as armas nucleares não” (PRESIDENT..., 2016, tradução nossa). Realmente, na ocasião do discurso, a ameaça de uma guerra nuclear global era menor do que havia sido nas décadas da Guerra Fria. Basta assinalar que, no auge do enfrentamento ideológico e político entre a União Soviética e os Estados Unidos, ambos dispunham de cerca de setenta mil armas nucleares, isto é, 95% do total mundial. As tensões e rivalidades entre as duas superpotências geraram uma situação de equilíbrio instável que, apesar de algumas crises ocasionais, vem se sustentando desde a segunda metade do século XX. Sucessivos acordos entre as duas maiores potências nucleares reduziram o número total dessas armas para cerca de quinze mil atualmente. Não nos iludamos, porém: bastaria menos de um décimo do potencial explosivo nelas contido para destruir completamente o planeta e inviabilizar a civilização humana tal como a conhecemos. Em 16 de setembro de 2019, por ocasião das comemorações do Dia Internacional para a Eliminação das Armas Nucleares, o secretário-geral das Nações Unidas, António Guterres, afirmou: “As armas nucleares constituem um perigo inaceitável para a humanidade. A única forma verdadeira para evitar a ameaça dessas armas

é sua eliminação” (SECRETARY-GENERAL’S..., 2019, tradução nossa).

Com efeito, mesmo com a redução dos arsenais, o risco de uma conflagração nuclear parece haver aumentado em nosso tempo. Novos países se tornaram capazes de deflagrar conflitos com o uso dessas armas, e as tensões entre alguns deles têm crescido de maneira alarmante. Se o pior cenário vier a ocorrer, as consequências não recairão apenas sobre os beligerantes, e sim sobre toda a humanidade. Embora situado em zona periférica em relação aos centros de poder mundial, o Brasil tampouco estaria livre dos impactos negativos. Os engenhos bélicos de que hoje dispõem os países armados têm milhares de vezes a potência das bombas que arrasaram Hiroshima e Nagasaki, matando mais de cem mil pessoas em poucos segundos e muitas outras ao longo das décadas posteriores. Seus efeitos sobre as populações e o meio ambiente seriam devastadores e de longa duração e não respeitariam fronteiras geográficas. Uma única bomba nuclear lançada sobre uma grande cidade aniquilaria instantaneamente centenas de milhares, talvez milhões de civis inocentes (WEAPONS OF MASS DESTRUCTION COMMISSION, 2006). A retaliação a um ataque nuclear seria imediata: centenas de foguetes com ogivas atômicas lançados de aviões e submarinos ou de silos subterrâneos atingiriam seus alvos em poucos minutos, provocando um segundo ataque arrasador. Durante a Guerra Fria, essa postura suicida era chamada “destruição mútua assegurada”, em inglês *mutual assured destruction*, cujo acrônimo forma a palavra MAD – “louco”. A loucura parece haver aumentado, em lugar de diminuir.

Por esse motivo, o então presidente norte-americano afirmou em Praga o compromisso de seu país de “buscar a paz e segurança em um mundo livre de armas nucleares” (PRESIDENT..., 2016, tradução nossa). Na frase

seguinte, porém, teve o cuidado de reconhecer que isso não poderia ser conseguido rapidamente; talvez não durante sua vida. Obama tinha 48 anos quando fez essa afirmação. Hoje, dez anos depois, o mundo parece novamente próximo de conflitos em que poderão ser usadas armas nucleares. Na verdade, estamos mais distantes do que nunca de sequer começar a agir para transformar em realidade a aspiração contida no slogan *a world without nuclear weapons*.

Deve-se reconhecer que, no ano seguinte ao famoso discurso, a iniciativa de Obama resultou em um histórico acordo entre os Estados Unidos e a Rússia, pelo qual cada uma das duas potências se comprometeu a reduzir até um máximo de aproximadamente 3.500 o número total de engenhos nucleares colocados em posição de tiro. Não sabemos ao certo quantas mais se encontram armazenadas e poderiam ser disparadas rapidamente em caso de conflito. Para conseguir a aprovação do Senado norte-americano ao acordo, no entanto, o presidente teve que destinar imensos recursos financeiros ao desenvolvimento do armamento nuclear do país. O orçamento bélico norte-americano equivale ao dobro do total dos orçamentos militares de todos os demais países juntos, os quais também cresceram. Uma fração do que o mundo gasta com armamentos seria suficiente para financiar a realização das Metas de Desenvolvimento Sustentável aprovadas pela ONU em 2015.

Ao longo dos últimos dez anos, o aumento da quantidade de armas nucleares em mãos dos países armados – a proliferação chamada “vertical” – cedeu lugar ao aperfeiçoamento do alcance, precisão e capacidade letal do armamento – uma verdadeira proliferação tecnológica que continua desenfreadamente nos dias de hoje. O sucessor de Obama na Casa Branca adotou uma postura bélica agressiva, e o governo russo fez o mesmo. Assistimos hoje a uma corrida armamentista sem precedentes na qual estão

engajados principalmente os dois principais países nucleares, seguidos de longe pela China. Outras potências nucleares menores, como a Índia, o Paquistão e a Coreia do Norte, não cessam de acrescentar novas capacidades destruidoras a seus arsenais. A comunidade internacional tem feito esforços para impedir o avanço da corrida armamentista e chegar a entendimentos concretos que permitam levar à abolição de todas as armas de destruição em massa. Durante as últimas décadas foi possível adotar tratados que baniram completamente as armas químicas e as armas bacteriológicas. Da mesma forma, o mundo conseguiu adotar importantes acordos multilaterais no campo nuclear que visam primordialmente evitar o aumento do número de países que dispõem dessas armas.

A Carta das Nações Unidas (UNITED NATIONS, 1945) não menciona as armas nucleares, pois foi originalmente assinada três semanas antes da primeira explosão experimental realizada pelos Estados Unidos em 1945. A primeira sessão da Assembleia Geral, em janeiro de 1946, adotou a Resolução nº 1, que dispôs sobre a criação de uma comissão encarregada de assegurar o uso da energia nuclear exclusivamente para finalidades pacíficas e de eliminar as armas atômicas existentes (UNITED NATIONS, 1946). Isso foi há 73 anos. Até hoje não existe nenhum instrumento multilateral em vigor que obrigue à eliminação do armamento nuclear. Em 2017, no entanto, um grupo de países, do qual fez parte o Brasil, propôs com êxito a negociação de um tratado de proibição das armas nucleares que levasse a sua eliminação, do qual este artigo trata mais adiante.

O que parece importante assinalar é que todos os instrumentos multilaterais negociados e adotados ao longo das sete décadas desde o advento da arma nuclear cuidam somente da proibição dessas armas nos locais onde elas ainda não existem, ou estabelecem medidas destinadas a impedir que países não possuidores venham a desenvolvê-las. Assim são as zonas livres de armas nucleares – e nossa América Latina foi a pioneira na criação da primeira dessas zonas em territórios habitados. Existem hoje cinco regiões livres de armas nucleares em todo o mundo, com um total de 114 países. Da mesma forma, há várias décadas foi proibida a colocação de armas nucleares no continente antártico, no leito e subsolo dos oceanos, em órbita terrestre e na Lua e outros corpos celestes. Em 1996 foi assinado um tratado de proibição de ensaios com explosivos nucleares em todos os ambientes (PREPARATORY COMMISSION FOR THE COMPREHENSIVE NUCLEAR-TEST-BAN TREATY ORGANIZATION, [1996?]). Embora não esteja ainda em vigor, esse instrumento criou uma poderosa norma cuja transgressão poderá ter graves consequências para o equilíbrio estratégico mundial.

A comunidade internacional tomou medidas para impedir a proliferação de armas nucleares desde 1958, quando a Irlanda propôs na

Assembleia Geral da ONU a formação de uma comissão “para estudar os perigos inerentes ao prosseguimento da disseminação de armas nucleares e recomendar medidas adequadas para evitar esses perigos” (A/C.1/L.206) (UNITED NATIONS, 1958, tradução nossa). Naquele ano não houve decisão a respeito, mas em 1959 a Assembleia adotou uma nova resolução proposta por aquele país que pedia a todos os Estados, especialmente aos possuidores de armas nucleares, a conclusão de um acordo internacional que proibisse a transferência ou a aquisição dessas armas (Resolução 1380 (XIV), de 20 de novembro de 1959) (UNITED NATIONS, 1959).

Nos anos 1960 havia o receio de que um número considerável de países que possuíam certo adiantamento tecnológico e industrial viesse a emular o exemplo das grandes potências e em poucos anos pudesse dotar-se de armamento nuclear. Em 1965 uma comissão criada pelo sucessor de Kennedy, Lyndon Johnson (64. REPORT..., 1965)<sup>1</sup>, concluiu que evitar a proliferação de armas atômicas era de grande interesse dos Estados Unidos (e certamente também da União Soviética) e recomendou ações específicas para lograr esse resultado. É interessante assinalar que, entre as medidas propostas, não figura a hipótese de abolir o armamento nuclear. As conclusões do relatório da Comissão certamente foram fundamentais para a decisão norte-americana de promover a negociação de um tratado de não proliferação no seio das Nações Unidas, esforço ao qual se juntou também a URSS.

Ainda em 1965, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou uma resolução<sup>2</sup> que contém os princípios nos quais deveria basear-se um futuro tratado de não proliferação de armas nucleares. Esse documento solicitou também ao Comitê das Dezoito Nações sobre Desarmamento<sup>3</sup> (ENDC, na sigla em inglês) a urgente negociação de um tratado para impedir a proliferação nuclear. No mesmo ano, um projeto de tratado nesse sentido foi apresentado ao Comitê conjuntamente pelos Estados Unidos e pela União Soviética.<sup>4</sup> Durante os dois anos seguintes, o texto foi debatido naquele órgão. Os países que não possuíam essas armas apontaram o que lhes parecia ser deficiências do texto proposto pelos países armados e seus aliados. Os principais pontos de divergência diziam respeito 1) ao

---

<sup>1</sup> Relatório da Comissão sobre Proliferação Nuclear, mais conhecida como Comissão Gilpatric, de 21 de janeiro de 1965.

<sup>2</sup> Resolução 2028 (XX), de 19 de novembro de 1965 (UNITED NATIONS, 1965).

<sup>3</sup> O ENDC era composto por cinco países membros da OTAN (Canadá, Estados Unidos, França, Itália e Reino Unido), cinco do Pacto de Varsóvia (Bulgária, Polônia, Romênia, Tchecoslováquia e União Soviética) e oito não pertencentes a nenhum dos dois blocos militares (Birmânia (hoje Mianmar), Brasil, Etiópia, Índia, Nigéria, México, República Árabe Unida (à época composta pelo Egito e Síria) e Suécia). A França nunca ocupou seu assento no Comitê.

<sup>4</sup> As duas superpotências haviam anteriormente apresentado ao Comitê anteprojetos individuais e finalmente os fundiram em um único texto conjunto.

caráter inerentemente discriminatório do instrumento proposto, que estabelecia legalmente duas categorias de países: os possuidores e os não possuidores de armas nucleares, com direitos e obrigações assimétricos; 2) à preocupação com a criação de entraves e restrições à pesquisa e ao desenvolvimento de energia nuclear para fins pacíficos; e 3) à necessidade de compromissos de desarmamento nuclear juridicamente vinculantes por parte dos possuidores em troca da renúncia à opção nuclear bélica. A Conferência não chegou a um acordo sobre o texto final do futuro tratado. Foi preciso que seus dois copresidentes – os representantes da União Soviética e dos Estados Unidos – tomassem a iniciativa de remetê-lo à Assembleia Geral sem o consenso do Comitê. Com o título de Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares e conhecido pela sigla TNP em português, o texto foi endossado pela Assembleia Geral da ONU em junho de 1968, por 95 votos a favor, 4 contra e 21 abstenções<sup>5</sup>, e aberto à assinatura dos Estados. O Brasil se absteve nessa votação, em companhia de 23 outros Estados, o que demonstra as dúvidas e hesitações de aproximadamente um quarto dos membros da organização mundial na época.

A insatisfação desses países com as características que consideravam graves deficiências do TNP, em um contexto de divisão do mundo em duas esferas de influência durante a Guerra Fria, explica a longa demora em aderir ao TNP. O Brasil finalmente assinou o TNP em 1996 e ratificou-o em 1998,<sup>6</sup> no entendimento de que sua quase universalidade levaria as potências nucleares a tomarem medidas efetivas de desarmamento nuclear. Essa aspiração, no entanto, ainda não se transformou em realidade.

<sup>5</sup> Resolução 2373 (XXIII), de 12 de junho de 1968 (UNITED NATIONS, 1968).

<sup>6</sup> Decreto Legislativo nº 65, de 2 de julho de 1998, e Decreto nº 2.864, de 7 de dezembro do mesmo ano (BRASIL, 1998a, 1998b).

O TNP é sem dúvida o principal instrumento multilateral no campo do armamento nuclear. Uma vez endossado pelas Nações Unidas, entrou em vigor em 1970, ao reunir 40 ratificações, cujos Depositários são os governos dos Estados Unidos, Reino Unido e Rússia. Conta hoje com 192 Estados que o assinaram e ratificaram – isto é, todos os membros das Nações Unidas menos 4 (Coreia do Norte, Índia, Israel e Paquistão).<sup>7</sup> O TNP reconhece 5 potências como possuidoras de armas nucleares: China, Estados Unidos, França, Reino Unido e Rússia. Esses são os mesmos países aos quais a Carta das Nações Unidas conferiu o *status* de membros permanentes do Conselho de Segurança com direito a veto nas decisões desse órgão, encarregado primordialmente da manutenção da paz e segurança internacionais. Nas palavras do falecido embaixador brasileiro João Augusto de Araújo Castro, a perpetuação dessa situação equivale ao “congelamento do poder mundial”. Nos termos do TNP, a condição de potência nuclear é imutável<sup>8</sup>. Por sua vez, a atual composição do Conselho de Segurança tem sido alvo de propostas de modificação, até o momento sem possibilidade de sucesso.

A cada cinco anos, os Estados Parte do TNP se reúnem para avaliar a implementação do instrumento. A permanência de divergências é ilustrada pelo fato de que, das nove Conferências de Exame realizadas até esta data, cinco terminaram sem acordo em torno de um documento

<sup>7</sup> A República Popular e Democrática da Coreia (Coreia do Norte) foi membro original do TNP, mas dele retirou-se em 1992 em condições ainda hoje contestadas por alguns países. O Sudão do Sul, que se tornou independente do Sudão em 2011, ainda não o ratificou, principalmente em razão do processo de luta que levou a sua emancipação e que continua a prejudicar o pleno funcionamento de suas instituições. Não há dúvida, porém, de que o fará tão logo as condições internas e regionais o permitam.

<sup>8</sup> O artigo IX.3 do TNP reconhece como “país nuclear” aquele que havia fabricado e detonado uma arma nuclear ou outro engenho nuclear explosivo anteriormente à data de 1º de janeiro de 1967. Todos os demais, por definição, são “países não nucleares” para os efeitos desse tratado e obrigaram-se a não adquirir tais armas.



final substantivo. Na Conferência de Extensão, em 1995, aqueles Estados decidiram prorrogar indefinidamente a vigência do Tratado<sup>9</sup>.

Como já assinalado, a comunidade internacional logrou, ao longo dos anos, a conclusão de grande número de instrumentos, tanto multilaterais quanto regionais e bilaterais, visando à contenção da proliferação de armas de destruição em massa e ao estabelecimento de princípios e normas que favoreçam o progresso em direção ao desarmamento nuclear. A partir da segunda metade do século passado foram concluídos cerca de 30 tratados, convenções e outros textos pertinentes, vários deles no campo do controle das armas nucleares. Nenhum desses, no entanto, trata especificamente da completa eliminação das armas nucleares em poder de seus possuidores. A única exceção é o TPN (UNITED NATIONS, 2017), adotado em 2017, que ainda não se encontra em vigor. Alguns acordos bilaterais entre as duas principais potências nucleares levaram à eliminação de parte significativa de seus arsenais, mas até o momento nenhum país nuclear se comprometeu claramente, em um instrumento juridicamente vinculante, a desfazer-se do armamento atômico até chegar a sua abolição completa.

Nos anos recentes, nota-se acentuada tendência à erosão da credibilidade dos tratados multilaterais no campo do desarmamento e controle de armamentos e ao abandono dos mais relevantes acordos bilaterais entre os Estados Unidos e a Rússia. Nas últimas duas décadas, por exemplo, certos ajustes entre esses dois países, como o Tratado de 1972 sobre Mísseis Antibalísticos (conhecido pela sigla ABM) (NO. 13.446..., 1974) e o Tratado sobre Forças Nucleares de Alcance Intermediário

(INF) de 1987 (TREATY..., 1988), deixaram de existir. Da mesma forma, os Estados Unidos se retiraram do tratado plurilateral entre as cinco potências nucleares, mais a Alemanha, de um lado, e o Irã, de outro, sobre o programa nuclear iraniano (JCPOA) (JOINT..., 2015), que corre grave risco de não subsistir. Em 2015 a Rússia anunciou o fim de sua participação no Tratado sobre limites do armamento convencional na Europa (CFE) (TREATY..., 1992a). Por sua vez, a vigência do mais recente Tratado de limitação de armas nucleares e seus vetores, firmado em 2010 pelos Estados Unidos e Rússia e conhecido como Novo START (TREATY..., 2010), corre sério risco de não ser renovada ao fim de seu período de validade, em fevereiro de 2021. Se isso ocorrer, não haverá mais qualquer restrição vigente entre os dois países sobre a quantidade e instalação de tais armas. Além disso, graves dúvidas foram lançadas sobre o sistema de verificação da Convenção sobre proibição de armas químicas e sua eliminação (ORGANISATION FOR THE PROHIBITION OF CHEMICAL WEAPONS, 2005). Mais recentemente, acusações mútuas entre as duas superpotências sobre o cumprimento das obrigações estipuladas no Tratado de Proibição Completa de Ensaios Nucleares (CTBT) (THE COMPREHENSIVE..., 1996), que ainda não se encontra em vigor, permitem supor a intenção dos Estados Unidos de também retirar sua assinatura desse instrumento, embora os EUA não o tenham ainda ratificado. Finalmente, parece haver pressões em Washington para denunciar o Tratado denominado “Céus Abertos” (TREATY..., [1992b]), que entrou em vigor em 2002 com o objetivo de aumentar a confiança mútua por meio de voos de reconhecimento não armados sobre os territórios da Rússia e de 34 países do Ocidente e da Europa Oriental.

Essa preocupante situação leva ao receio de que cada vez mais as normas que regem as

<sup>9</sup>O artigo X.2 do TNP determinou a realização de uma Conferência para decidir se o tratado deveria ser mantido em vigor indefinidamente ou prorrogado por um ou mais períodos fixos.

relações entre os Estados sejam substituídas por decisões unilaterais tomadas pelos poderosos, reduzindo a importância de consensos globais que levem em conta os interesses da comunidade internacional como um todo. Tal estado de coisas poderá resultar em um enfraquecimento do TNP. Prestes a cumprir 50 anos de vigência, esse instrumento foi eficaz na contenção do número de países que dispõem de armamento atômico, mas na verdade pouco ou nada contribuiu para a cessação da corrida armamentista e para o desarmamento nuclear. Caso novos acordos não venham recompor e reforçar a arquitetura jurídica global, o que parece improvável no curto prazo, a regulamentação internacional no campo da não proliferação e do controle de armamentos corre o risco de perder grande parte de sua credibilidade e eficácia.

Recentemente, a prestigiosa publicação *Bulletin of Atomic Scientists* adiantou o simbólico Relógio do Juízo Final (*Doomsday Clock*). O relógio agora mostra que uma catástrofe nuclear está a apenas 100 minutos, o prazo mais curto desde 1947. A diretora da revista, Rachel Bronson, declarou: “As condições nucleares e climáticas estão se deteriorando. Ao longo dos últimos dois anos os líderes mundiais vêm desprezando os métodos mais eficazes para o tratamento de complexas ameaças em favor de seus próprios estreitos interesses e ganhos políticos internos”.

É importante mencionar, ainda que brevemente, o mais recente instrumento multilateral adotado nas Nações Unidas no campo do desarmamento nuclear: o TPAN. Desde que foi proposta, a ideia de negociação de um tratado multilateral de proscrição do armamento atômico sofreu forte campanha negativa por parte dos possuidores dessas armas, que alegam ser “prematura” a proibição e que suas armas constituem na verdade a garantia da paz. Afirmam ainda que o TPAN prejudica o regime de não proliferação em vigor. Nada disso é verdade, pois os esforços para banir as armas nucleares se iniciaram em 1946, praticamente desde a fundação das Nações Unidas, conforme assinalado anteriormente. Não é aceitável que a paz seja mantida mediante a ameaça constante de uma guerra que poderá extinguir a civilização humana. O TPAN é perfeitamente compatível com os demais instrumentos existentes, ao reconhecer expressamente os compromissos adquiridos, e reforça as obrigações de não proliferação contidas no TNP, viabilizando a adoção de medidas efetivas de desarmamento e proporcionando um caminho para que os possuidores de armas nucleares possam desfazer-se ordenadamente de seus arsenais.

Setenta e nove países já assinaram o TPAN e trinta e três já o ratificaram. O instrumento entrará em vigor quando atingir cinquenta ratificações. É importante intensificar o ritmo das ratificações para que a norma de Direito Internacional contida no TPAN alcance rapidamente

sua plena vigência e permita a eliminação completa do armamento nuclear. O Brasil, que foi um dos principais impulsionadores da negociação desse tratado, foi o primeiro a assiná-lo e tem responsabilidade especial na promoção de sua entrada em vigor. É preciso que o Congresso Nacional conclua sem demora o procedimento legal para a ratificação do TPAN, o que demonstrará mais uma vez a liderança brasileira no campo do desarmamento e da não proliferação de armas nucleares.

## Sobre o autor

Sérgio de Queiroz Duarte é diplomata; presidente da Pugwash Conferences on Science and World Affairs.

E-mail: loumaduarte7@terra.com.br

## Como citar este artigo

(ABNT)

DUARTE, Sérgio de Queiroz. Um mundo livre de armas nucleares: aspiração e realidade. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 11-21, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p11](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p11)

(APA)

Duarte, S. de Q. (2020). Um mundo livre de armas nucleares: aspiração e realidade. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(225), 11-21. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p11](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p11)

## Referências

BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto Legislativo nº 65, de 1998*. Aprova o texto do Tratado sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares, concluído em 1º de julho de 1968, com vistas à adesão pelo Governo Brasileiro. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 1998a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-65-2-julho-1998-361728-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 12 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 2.864, de 7 de dezembro de 1998*. Promulga o Tratado sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares, assinado em Londres, Moscou e Washington, em 1º de julho de 1968. Brasília, DF: Presidência da República, 1998b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2864.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2864.htm). Acesso em: 12 dez. 2019.

JOINT Comprehensive Plan of Action. Vienna: [s. n.], 2015. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/122460/full-text-of-the-iran-nuclear-deal.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

NO. 13446: United States of America and Union of Soviet Socialist Republics: Treaty on the Limitation of Anti-Ballistic Missile Systems. Moscow: [s. n.], 1974. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20944/volume-944-I-13446-English.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

ORGANISATION FOR THE PROHIBITION OF CHEMICAL WEAPONS. *Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction*. [S. l.]: OPCW, 2005. Disponível em: [https://www.opcw.org/sites/default/files/documents/CWC/CWC\\_en.pdf](https://www.opcw.org/sites/default/files/documents/CWC/CWC_en.pdf). Acesso em: 12 dez. 2019.

PREPARATORY COMMISSION FOR THE COMPREHENSIVE NUCLEAR-TEST-BAN TREATY ORGANIZATION. *Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT)*. [S. l.]: CTBTO, [1996?]. Disponível em: [https://www.ctbto.org/fileadmin/user\\_upload/legal/CTBT\\_English\\_withCover.pdf](https://www.ctbto.org/fileadmin/user_upload/legal/CTBT_English_withCover.pdf). Acesso em: 12 dez. 2019.

PRESIDENT Obama's 2009 speech in Prague. *The Washington Post*, [s. l.], Aug. 15, 2016. 1 video (26 min). Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/video/national/president-obamas-2009-speech-in-prague/2016/08/15/6fbb9816-62f4-11e6-b4d8-33e931b5a26d\\_video.html](https://www.washingtonpost.com/video/national/president-obamas-2009-speech-in-prague/2016/08/15/6fbb9816-62f4-11e6-b4d8-33e931b5a26d_video.html). Acesso em: 12 dez. 2019.

SECRETARY-GENERAL'S message on the International Day for the Total Elimination of Nuclear Weapons. *United Nations Secretary-General*, New York, 26 Sept. 2019. Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2019-09-26/secretary-generals-message-the-international-day-for-the-total-elimination-of-nuclear-weapons>. Acesso em: 12 dez. 2019.

64. REPORT by the Committee on Nuclear Proliferation: a report to the President by the Committee on Nuclear Proliferation. *Office of the Historian*, Washington, DC, Jan. 21, 1965. Disponível em: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1964-68v11/d64>. Acesso em: 12 dez. 2019.

THE COMPREHENSIVE Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT). [S. l.: s. n.], 1996. Disponível em: <https://media.nti.org/pdfs/apctctbt.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

TREATY between the United States of America and the Russian Federation on Measures for the Further Reduction and Limitation of Strategic Offensive Arms. Prague: [s. n.], 2010. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/140035.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

TREATY on Conventional Armed Forces in Europe (CFE). [S. l.: s. n.], 1992a. Disponível em: <https://media.nti.org/documents/cfe.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

TREATY on Elimination of Intermediate-Range and Shorter-Range Missiles between USA and USSR (INF Treaty). Washington, DC: [s. n.], 1988. Disponível em: [https://media.nti.org/documents/inf\\_treaty.pdf](https://media.nti.org/documents/inf_treaty.pdf). Acesso em: 12 dez. 2019.

TREATY on Open Skies. [S. l.: s. n., 1992b]. Disponível em: <https://www.osce.org/library/14127?download=true>. Acesso em: 12 dez. 2019.

UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*. San Francisco: UN, 1945. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. General Assembly. 1380 (XIV). *Prevention of the wider dissemination of nuclear weapons*. [S. l.]: UN, 1959. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/1380\(XIV\)](https://undocs.org/en/A/RES/1380(XIV)). Acesso em: 12 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. General Assembly. *Question of disarmament: Ireland: draft resolution*. [S. l.]: UN, 1958. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/750245?ln=en>. Acesso em: 12 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. General Assembly. *Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*. New York: UN, 2017. Disponível em: <https://undocs.org/A/CONF.229/2017/8>. Acesso em: 12 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. General Assembly. VIII. Resolutions adopted on the reports of the first committee. 1(1). *Establishment of a Commission to Deal with the Problems Raised by the Discovery of Atomic Energy*. [S. l.]: UN, 1946. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/1\(1\)](https://undocs.org/en/A/RES/1(1)). Acesso em: 12 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. General Assembly. XX. Resolutions adopted on the reports of the first committee. 2028 (XX). *Non-proliferation of nuclear weapons*. [S. l.]: UN, 1965. Disponível em: <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Disarm%20ARES2028.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. General Assembly. XXII. Resolutions adopted on the report of the first committee. 2373 (XXII). *Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*. [S. l.]: UN, 1968. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/240/63/IMG/NR024063.pdf?OpenElement>. Acesso em: 12 dez. 2019.

WEAPONS OF MASS DESTRUCTION COMMISSION. *Weapons of terror: freeing the world of nuclear, biological and chemical arms*. [Stockholm]: WMDC, c2006. Disponível em: [https://ycsg.yale.edu/sites/default/files/files/weapons\\_of\\_terror.pdf](https://ycsg.yale.edu/sites/default/files/files/weapons_of_terror.pdf). Acesso em: 12 dez. 2019.



# Solidariedade tributária por interesse comum e seu desvirtuamento pela Receita Federal

Parecer Normativo 4/2018

MARCIANO SEABRA DE GODOI

**Resumo:** O artigo examina criticamente o modo como a Receita Federal do Brasil interpretou, no Parecer Normativo 4/2018, o instituto da solidariedade tributária por interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, conforme o art. 124, I, do Código Tributário Nacional. A doutrina nacional sobre o tema é bastante sólida, coesa e duradoura; mesmo assim, foi ignorada por completo por esse Parecer, cujas conclusões promovem uma clara distorção do instituto, buscando aplicá-lo a situações de fraudes e sonegação fiscal, contrariamente ao claro teor do dispositivo legal. O raciocínio jurídico desenvolvido no Parecer é falho, contraditório e confuso, além de procurar transmitir a (falsa) impressão de que diversos doutrinadores estariam de acordo com suas interpretações.

**Palavras-chave:** Solidariedade tributária. Desvirtuamento. Receita Federal.

## Common interest tax solidarity and its distortion by Federal Tax Authorities (Normative Opinion 4/2018)

**Abstract:** The article examines how Federal Tax Authorities have interpreted, by means of Normative Opinion 4/2018, the tax solidarity institute in the case of a common interest in the situation that constitutes the taxable event (National Tax Code, article 124, I). National legal doctrine about the issue is solid and longstanding, but has been anyway ignored by the Normative Opinion, which strives to apply the institute in cases of fraud and tax evasion, which is plainly against the law. Normative Opinion's legal reasoning is flawed, contradictory and confusing, and tries to give the (false) impression that several legal authors do agree with its interpretations.

Recebido em 29/8/19  
Aprovado em 2/10/19

**Keywords:** Tax solidarity. Distortion. Federal Tax Authorities.

## Introdução

Em dezembro de 2018, a Receita Federal do Brasil (RFB) aprovou e publicou o Parecer Normativo (PN) 4/2018 (BRASIL, 2018), destinado a uniformizar a interpretação dos órgãos fiscalizadores federais sobre o alcance do dispositivo do Código Tributário Nacional (CTN) (BRASIL, [2013]) que trata da solidariedade por “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação [tributária] principal” (art. 124, I, do CTN).

O objetivo deste artigo é confrontar o desenvolvimento argumentativo e as conclusões práticas do PN 4/2018 com a legislação e a doutrina nacional assentes há mais de 50 anos sobre o tema. O problema a ser particularmente investigado é se o PN 4/2018 respeitou ou se, ao contrário, desvirtuou o instituto da solidariedade tributária tal como regulado no CTN e compreendido pela doutrina brasileira. Em termos metodológicos, trata-se de pesquisa jurídico-normativa bibliográfica descritiva, de cunho qualitativo.

A relevância e a atualidade do presente estudo devem-se ao fato de que o PN 4/2018 oficializa e uniformiza pela primeira vez a interpretação da RFB sobre o tema. Assim, apesar de já existirem alguns livros e artigos de periódicos recentes analisando o uso distorcido do art. 124, I, do CTN em atuações fiscais e julgados administrativos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), ainda não há suficiente literatura específica em periódicos qualificados sobre a nova realidade inaugurada pelo PN 4/2018, o qual vincula a ação fiscalizatória dos auditores fiscais da RFB.

## 1 Origem, objeto e conclusões a que chegou o Parecer Normativo COSIT 4/2018

Pareceres Normativos emitidos pela Coordenação-Geral de Tributação (COSIT) e aprovados pelo titular da RFB têm a relevante tarefa de uniformizar a aplicação da legislação tributária. Tais normas enquadram-se no art. 100, I, do CTN, segundo o qual os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas são considerados “normas complementares das leis, dos tratados, das convenções internacionais e dos decretos” (BRASIL, [2013]).



No caso do PN 4/2018, sua origem foi uma Consulta Interna apresentada pela COSIT, na qual se indagava se o art. 124, I, do CTN possibilita que se atribua responsabilidade tributária pela “prática de atos ilícitos por terceiros que concorrem para a ocorrência de sonegação de tributos” (BRASIL, 2018).

Veja-se o teor do art. 124 do CTN:

Capítulo IV

SUJEITO PASSIVO

[...]

Seção II

Solidariedade

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem (BRASIL, [2013]).

No raciocínio jurídico que embasou a Consulta Interna, para a aplicação do art. 124, I, a fiscalização deve “discriminar de maneira detalhada a conduta de cada participante e demonstrar a prática de atos ilícitos em conjunto com vistas à evasão fiscal” (BRASIL, 2018).

A conclusão principal a que chegou o PN 4/2018 foi a de que o art. 124, I, do CTN trata de responsabilidade tributária solidária decorrente de interesse comum na “situação vinculada ao fato jurídico tributário, que pode ser tanto o ato lícito que gerou a obrigação tributária *como o ilícito que a desfigurou*” (BRASIL, 2018, grifo nosso). Advirta-se, desde logo, que relacionar o alcance do art. 124, I, do CTN com uma hipótese de responsabilização tributária pela prática de atos ilícitos é algo que, conforme será demons-

trado nas próximas seções deste estudo, contraria frontalmente a doutrina nacional solidamente estabelecida sobre o tema. Tal contrariedade frontal entre suas conclusões e a doutrina assente sobre o tema não foi devidamente reconhecida por aquele PN.

O PN 4/2018 especifica os três tipos de ato ilícito que ensejariam a aplicação do art. 124, I, do CTN: (i) formação de grupo econômico irregular mediante abuso de personalidade jurídica; (ii) simulação, evasão tributária e demais atos deles decorrentes; e (iii) abuso de personalidade jurídica com intuito de suprimir ou reduzir tributos “mediante manipulação artificial do fato gerador (planejamento tributário abusivo)” (BRASIL, 2018).

Para encerrar este primeiro tópico, registre-se que as conclusões do PN 4/2018, além de contrariarem a doutrina, desviam-se completamente dos possíveis sentidos lógicos e semânticos do texto do art. 124, I, do CTN. O dispositivo legal afirma que a solidariedade deriva de um interesse comum “na situação que constitua o fato gerador da obrigação [tributária] principal” (BRASIL, [2013]); em contrapartida, o PN 4/2018 concluiu que o dispositivo também se refere a um interesse comum no ato ilícito que desfigura o fato gerador de uma obrigação tributária.

Esse claro extravasamento dos possíveis sentidos lógicos ou semânticos do texto legal não é reconhecido pelo PN 4/2018, a não ser numa passagem curiosa, em que se afirma que o CTN não teria reservado uma “regulação precisa” para o tema da responsabilidade tributária (BRASIL, 2018). É bem curioso: o fato de as conclusões do Parecer serem dissociadas dos possíveis sentidos lógicos ou semânticos dos dispositivos do CTN é implicitamente atribuído a um problema ou defeito da lei (“regulação imprecisa” do tema pelo CTN), e não a um problema ou defeito da interpretação contida no Parecer.

## **2 De como o PN 4/2018 ignora por completo as conclusões inequívocas da numerosa doutrina sobre o art. 124, I, do CTN**

Espera-se que um parecer jurídico – seja ele feito por professor, advogado ou servidor público – identifique e dialogue com a doutrina existente sobre o tema. Caso exista uma doutrina estabelecida e assente em determinado sentido, espera-se que o parecer o constate e o registre com clareza; caso ele se mostre contrário ao entendimento da doutrina estabelecida, deve desincumbir-se de um ônus argumentativo redobrado. Eis as mais básicas regras para uma argumentação jurídica racional que pretenda interpretar com isenção o Direito posto.

Numa petição ou num recurso processual, em que há disputa sobre determinada questão concreta, é natural que o procurador de cada uma das partes busque iluminar os aspectos fáticos e jurídicos que mais convenham ao seu cliente, deixando na penumbra, quando não completamente obscurecidos, os argumentos contrários. Entretanto, isso não pode ocorrer num parecer jurídico, especialmente num parecer jurídico exarado por servidor público e destinado a uniformizar a aplicação da legislação tributária no País.

O PN 4/2018 trata de uma norma jurídica antiga, de mais de cinquenta anos de idade: o art. 124, I, do CTN (Lei nº 5.172, de 25/10/1966). Sobre esse dispositivo muito já se escreveu e publicou. O sentido e o alcance dessa norma já foram estudados por dezenas de autores, e a conclusão a que praticamente todos eles chegaram foi completamente diversa das conclusões a que chegou aquele PN. Porém, nada disso é devidamente registrado ou reconhecido por ele. Um leitor que não conheça a história e a doutrina do Direito Tributário brasileiro é levado pela leitura do PN 4/2018 a permanecer completamente ignorante sobre esse aspecto: praticamente tudo o que já se escreveu e publicou sobre a norma do art. 124, I, do CTN desautoriza frontalmente as suas conclusões.

Um parecer jurídico pode perfeitamente questionar e desafiar a doutrina assente sobre determinada matéria. O que não pode é, tal como fez o PN 4/2018, omitir que exista uma tal doutrina assente e uníssona. O que não pode é tentar fazer transparecer que o posicionamento do PN se encaixa, em alguma medida, nas posições da doutrina em geral, ou mesmo de um renomado autor em particular (no caso do PN 4/2018, o insuspeito Rubens Gomes de Sousa), quando a realidade indica exatamente o oposto.

Pode-se resumir numa frase a numerosa doutrina a respeito do art. 124, I, do CTN: a solidariedade mencionada no dispositivo dirige-se somente aos “participantes do fato gerador”, na expressão de Baleeiro (2010, p. 1.119). O dispositivo legal não se refere genericamente a qualquer tipo

de “interesse comum” entre duas ou mais pessoas. O texto legal afirma expressamente que o interesse comum que leva à solidariedade dos sujeitos passivos é o interesse “na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal” (art. 124, I, do CTN) (BRASIL, [2013]).

Por isso, na atualização da obra de Baleeiro (2010, p. 1.119), Misabel Derzi afirma, a respeito do art. 124, I, do CTN, que a solidariedade não é “forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, apenas maneira de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo”.

Carvalho (1996, p. 220) e Schoueri (2013, p. 525), por exemplo, mencionam o caso dos tributos cujo fato gerador é uma operação bilateral (compra e venda, prestação de serviço) para afirmar que o interesse comum a que se refere o art. 124, I, do CTN é o que existe entre os sujeitos passivos que estão no mesmo polo da situação que constitui o fato gerador. Esta é a posição adotada em uníssono pela doutrina, mas o PN 4/2018 não o reconhece com a devida clareza.

Coelho (2001, p. 594) expõe concisamente a distinção entre os incisos I e II do art. 124 do CTN:

Em Direito Tributário, tem-se dois tipos de solidariedade. O inciso I noticia a solidariedade natural. É o caso dos dois irmãos que são co-proprietários *pro-indiviso* de um trato de terra. Todos são, naturalmente, co-devedores solidários do imposto territorial rural (ITR). O inciso II diz respeito à solidariedade legal, instituída por lei, muita vez implicando pessoa que não realizou o fato gerador da obrigação. O objetivo [no inciso II] é garantir o pagamento do tributo, unindo, pela solidariedade legalmente imposta, diversas pessoas.

O mesmo entendimento é adotado, entre outros, por Machado (2004, p. 464), Amaro (2008, p. 315-316) e Torres (2003, p. 228). Nenhum desses autores viu no art. 124, I, do CTN uma norma de responsabilização autônoma de terceiros que não tenham praticado o fato gerador da obrigação tributária, mas sim cometido atos ilícitos com o objetivo de evadir tributos. Manifestações doutrinárias sobre o alcance do art. 124, I, do CTN publicadas em obras coletivas de 2014 (MARIZ GUDIÑO, 2014; ARMANDO; MANZAN, 2014; MELO, 2014) e de 2015 (TOMÉ, 2015; MACHADO, 2015) sustentam o mesmo entendimento.

Todos esses autores e seus claros posicionamentos sobre o conteúdo e o alcance do art. 124, I, do CTN são praticamente ignorados pelo PN 4/2018; o máximo a que chega é afirmar vagamente que “normalmente a doutrina e a jurisprudência dispõem que esse interesse comum é jurídico, e não apenas econômico” (BRASIL, 2018). Se seu objetivo fosse realmente examinar o tema com isenção, em vez de jogar com expressões

vagas como “interesse jurídico” e “interesse econômico”, o PN deveria admitir e afirmar com total clareza que a doutrina assente no Direito Tributário brasileiro não admite ver no art. 124, I, do CTN um caso de responsabilização tributária também pela prática de atos ilícitos.

Mas há algo ainda mais grave: o PN 4/2018 faz menção à obra de Rubens Gomes de Sousa e, truncando-a e distorcendo-a, induz a pensar que esse insuspeito pioneiro do Direito Tributário brasileiro tem uma interpretação sobre o art. 124, I, do CTN que é similar, ou ao menos próxima, da interpretação sustentada no PN.

### **3 De como a doutrina de Rubens Gomes de Sousa foi distorcida no PN 4/2018**

A doutrina brasileira sobre o art. 124, I, do CTN está solidamente assentada no sentido de que esse dispositivo somente se refere a pessoas que praticaram conjuntamente o fato gerador da obrigação tributária principal. O PN 4/2018 desvia-se completamente dessa posição e não deixa claro que suas conclusões se chocam frontalmente com as da doutrina assente.

Ao longo de todo o PN, apresenta-se uma única opinião doutrinária a abonar a tese específica de que o art. 124, I, do CTN se aplica a situações em que se formam grupos econômicos de fato ou em que se praticam fraudes ou planejamentos tributários abusivos. Trata-se do excerto doutrinário (ARAUJO; CONRADO; VERGUEIRO, 2017) citado no item 14.2 do PN. Essa opinião doutrinária – que, como se verá, não adota de modo claro e conclusivo a tese contida no PN – será analisada no próximo item deste estudo.

O PN adota a condenável estratégia de lançar em seu texto transcrições doutrinárias que, aparentemente, corroborariam as posições dele próprio. Contudo, a análise rigorosa das transcrições revela que os trechos doutrinários não adotam as posições ou conclusões específicas do PN; é o caso dos seus itens 9.1, 9.2, 12 e 18.

No caso da doutrina de Ferragut (2013) citada no item 12 e de Darzé (2010) citada no item 18, transcrevem-se trechos relativos a questões genéricas sem relação direta com o art. 124, I, do CTN, e omite-se a informação relevante de que a interpretação de ambas as autoras sobre o conteúdo e o alcance dessa norma se choca frontalmente com as conclusões alcançadas pelo PN.

Logo no início do PN, adota-se o entendimento – a nosso ver *contra legem* – de que o art. 124, I, do CTN é forma de “responsabilização tributária autônoma” (BRASIL, 2018). Tal posição contraria a lei e a

doutrina assente sobre o assunto, como já se viu. A doutrina brasileira indica claramente que o art. 124, I, do CTN, que não compõe o capítulo relativo à “responsabilidade tributária”, e sim o capítulo sobre o “sujeito passivo” da obrigação tributária (Título II do Livro Segundo do CTN), não serve para determinar quem é contribuinte ou quem é responsável tributário; serve, isto sim, para estabelecer que determinados sujeitos passivos (colocados nessa condição por outras normas do ordenamento) são devedores solidários quando tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador do tributo<sup>1</sup>.

De todo modo, a afirmação de que o art. 124, I, do CTN é caso de “responsabilização tributária autônoma” não é a tese específica do PN 4/2018. Sua tese específica é a de que o art. 124, I, do CTN se presta também a responsabilizar terceiros que pratiquem determinados atos ilícitos: formação de grupo econômico irregular e atos de evasão e planejamento tributário abusivo<sup>2</sup>.

No item 9.3 do PN 4/2018, afirma-se que Rubens Gomes de Sousa (grafado “Sousa” no PN) compartilharia o entendimento de que o art. 124, I, do CTN é caso de responsabilização tributária autônoma. Para comprovar essa afirmação, o PN aduz que Sousa “incluiu expressamente a solidariedade como hipótese de responsabilidade por transferência” (BRASIL, 2018) e em seguida transcreve breves trechos da conhecida obra *Compêndio de Legislação Tributária*. Nesses trechos, define-se o que seria *transferência* e o que seria o instituto da *solidariedade*.

Chamou-nos a atenção o fato de que a transcrição sobre o sentido da solidariedade tributária é bastante curta e inconclusiva: “SOLIDARIEDADE: é a hipótese em que as duas ou mais pessoas sejam simultaneamente obrigadas pela mesma obrigação” (SOUSA, 1975 apud BRASIL, 2018). Em vez de retratar fielmente a posição de Rubens Gomes de Sousa sobre o alcance do instituto da solidariedade tributária, o PN interrompe bruscamente o raciocínio do autor, como se quisesse omitir algo.

Compulsamos a obra citada pelo PN 4/2018 e ficou claro por que se interrompeu bruscamente a frase de Sousa que define a solidariedade tributária: é que a transcrição por inteiro revelaria que a posição de Sousa, na prática, é a mesma posição da doutrina assente sobre o tema e antípoda das posições defendidas no PN. Veja-se o trecho doutrinário por inteiro e sem cortes providenciais:

---

<sup>1</sup> Ver, nesse sentido, Darzé (2010, p. 226-242); Coêlho (2001, p. 594); Amaro (2008, p. 316); Baleeiro (2010, p. 1.119); Carvalho (1996, p. 220); Costa (2009, p. 193); Machado (2004, p. 464); Machado Segundo (2014, p. 207); Schoueri (2013, p. 525); Tavares (2015, p. 20-27).

<sup>2</sup> Alguns poucos autores afirmam que o art. 124, I, do CTN é norma autônoma de responsabilidade tributária, mas não defendem – como o PN 4/2018 – que ele autoriza a responsabilização de terceiros pela prática de atos ilícitos. É o caso de Calcini (2009) e Neder (2011).

Solidariedade: é a hipótese em que duas ou mais pessoas sejam *simultaneamente* obrigadas pela mesma obrigação. No caso de condomínio (imóvel com mais de um proprietário), o Município pode cobrar o imposto predial de qualquer dos proprietários, à sua escolha; é claro que aquele que pagou o imposto total terá pago a sua parte e mais as dos outros condôminos: quanto a estas, a obrigação tributária transferiu-se para um dos devedores solidários, que fica com o direito (chamado regressivo) de recuperá-la dos outros (SOUSA, 1975, p. 92-93, grifo do autor).

Vê-se, claramente, que Sousa (1975) interpreta a solidariedade tributária vinculando-a somente às pessoas que praticaram o fato gerador do tributo, tal como o faz majoritariamente a doutrina. Ainda que seja questionável sua construção doutrinária – de que se trata de um caso de sujeição passiva indireta “por transferência” –, o fato é que o autor em momento algum afirma que se trata de um caso de “responsabilização tributária autônoma”, tal como asseverado pelo PN.

Para que fique claro que o pensamento de Sousa (1975) é o mesmo da numerosa doutrina brasileira sobre o tema e que de forma alguma pode ser visto como adepto do entendimento do PN, veja-se o conteúdo do art. 159 do Anteprojeto de CTN elaborado por ele em 1954 (BRASIL, 1954, p. 304):

Art. 159. A obrigação tributária principal é solidária, independentemente de disposição legal expressa e sem benefício de ordem, quanto a tôdas as pessoas obrigadas ao pagamento do tributo em virtude de um mesmo fato gerador no qual tenham interêsse comum, indiviso ou não.

Também no Anteprojeto de CTN redigido por Sousa, esse dispositivo está nitidamente separado das normas que tratam da responsabilidade tributária (art. 163), o que demonstra que é errônea a afirmação do PN 4/2018 de que Rubens Gomes de Sousa considera a solidariedade do art. 124, I, do CTN uma hipótese de responsabilização tributária autônoma.

## 4 Posições doutrinárias em que o PN 4/2018 se apoia

Vários excertos doutrinários transcritos no texto do PN 4/2018 em nada se relacionam à tese específica formulada no documento. É o caso do trecho transcrito no item 9.1 (doutrina de Neder (2011)), no item 12 (doutrina de Ferragut (2013)) e no item 10 (doutrina de Darzé (2010)). Em vez de analisar e combater diretamente as construções doutrinárias que analisam e questionam a tese específica por ele levantada<sup>3</sup>, o PN

<sup>3</sup>Ver Machado Segundo (2014) e Tavares (2015).

procura fazer transparecer que diversos autores compartilham sua visão sobre o art. 124, I, do CTN, o que é rigorosamente falso.

#### **4.1 A posição não conclusiva de Juliana Araujo, Paulo Cesar Conrado e Camila Vergueiro**

Entre todas as manifestações doutrinárias citadas no PN 4/2018, o livro de Araujo, Conrado e Vergueiro (2017) é o único que parece apoiar explicitamente a tese de que o art. 124, I, do CTN também se refere a atos ilícitos relacionados à formação de grupo econômico irregular e outras formas de evasão tributária. Vejamos mais de perto, e com mais rigor do que o utilizado no PN 4/2018, essa construção doutrinária.

Após relatar o uso, pela doutrina e pela jurisprudência, da interpretação já consagrada do art. 124, I, do CTN (interesse comum dos participantes do fato gerador), os autores afirmam que a expressão “interesse comum” também pode e tem sido interpretada pelo Fisco em sentido diverso, para fundamentar, quando houver “comprovação da atuação com fraude ou conluio”, a “responsabilização de pessoas físicas e jurídicas integrantes de conglomerados econômicos” (ARAUJO; CONRADO; VERGUEIRO, 2017, p. 46-47). Nesse ponto, os autores remetem a outra obra, a de Campos e Araujo (2015, p. 61), na qual se interpreta o art. 124, I, do CTN no sentido de que, “dado o conluio ou a fraude, a realização conjunta do fato gerador estaria presente, afinal o que se teria era uma única pessoa jurídica englobando todas as demais”.

Contudo, logo após proporem essa interpretação, que é a interpretação agasalhada pelo PN 4/2018, os autores ponderam que “não se pode dizer, porém, que a ideia apontada foi ou será encampada pelo STJ, até por envolver uma situação que muito se aproxima da desconsi-

deração da personalidade jurídica” (ARAUJO; CONRADO; VERGUEIRO, 2017, p. 48).

Ao cabo da leitura da obra de Araujo, Conrado e Vergueiro (2017, p. 171), não é possível saber, com segurança, se os autores realmente entendem que o art. 124, I, do CTN pode ser interpretado “pragmaticamente” no sentido de referir-se também a pessoas que praticam atos ilícitos. Em vários trechos de sua obra, os autores afirmam que “seria possível aventar a tese de que” (ARAUJO; CONRADO; VERGUEIRO, 2017, p. 173-175) o art. 124, I, do CTN se aplica a situações de grupo econômico de fato ou irregular, confusão patrimonial e simulação de negócios jurídicos (tese acolhida no PN 4/2018). Todavia, em vez de defenderem claramente essa interpretação, os autores limitam-se a afirmar que ela existe e tem sido aplicada pelo Fisco, embora reconheçam que haja ainda uma “predominância” da visão de que o art. 124, I, do CTN se aplica somente a pessoas que realizam conjuntamente o fato gerador do tributo.

Seja como for, os autores dedicam muito mais páginas e esforço intelectual para analisar as possíveis consequências do inc. II do art. 124 do CTN (e não do inc. I), e principalmente para construir a tese (que nos parece de todo procedente) de que, mesmo despidas de responsabilidade tributária oriunda das disposições do CTN, empresas de um grupo econômico de fato, ou que tenham participado de fraude ou conluio, podem ser *patrimonialmente* responsabilizadas pela cobrança do crédito tributário segundo disposições do Código Civil (CC) e do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, [2019b], [2019c]; ARAUJO; CONRADO; VERGUEIRO, 2017, p. 146-170).

A coleção editorial na qual se publicou a obra dos autores denomina-se *Prática e Estratégia*. Com efeito, o principal objetivo da obra é descortinar, aos procuradores, possíveis estratégias processuais para fazer valer o interesse de seus

constituintes. Nesse sentido, os autores reconhecem que, num quadro esquemático denominado “Estratégia Processual”, para a Fazenda Pública é mais simples, conveniente e direto enquadrar a responsabilidade do devedor no próprio CTN do que fazer derivá-la da desconsideração da personalidade jurídica ou de algum dispositivo do CPC. Veja-se: “Daí porque, seria natural, assim já o dissemos, a opção pela submissão do terceiro ao regime de responsabilidade propriamente tributária, supondo-se a aplicação, insista-se, de norma do CTN indicativa de tal regime” (ARAUJO; CONRADO; VERGUEIRO, 2017, p. 169).

O PN 4/2018, que na verdade repete as teses *aventadas* ou *sugeridas* – mas não efetivamente *defendidas* – na obra acima, também poderia perfeitamente ser enquadrado numa série editorial do tipo *Prática e Estratégia*. Na verdade, seu propósito não foi interpretar as normas do CTN do modo mais rigoroso e isento possível, mas sim encontrar a estratégia de lançamento tributário mais eficiente e conveniente aos interesses do Fisco.

#### **4.2 Posições doutrinárias isoladas segundo as quais o art. 124, I, do CTN se aplica a casos de fraude, sonegação e planejamento tributário abusivo**

O PN 4/2018, ao sustentar a tese de que o art. 124, I, do CTN se aplica a casos de grupos econômicos em que se verifica planejamento abusivo, confusão patrimonial ou abuso de personalidade jurídica, deveria ter explicitado claramente que essa é uma posição francamente minoritária e isolada na doutrina brasileira. Também deveria ter-se esforçado para identificar com clareza os autores dessa doutrina minoritária e os seus fundamentos.

Na revisão bibliográfica realizada para a produção deste estudo, identificamos que Costa

(1978) publicou um breve artigo na *Revista de Direito Tributário* em que defendeu a tese de que o art. 124, I, do CTN determinaria a solidariedade de terceiros economicamente interessados “nos resultados decorrentes do fato gerador” da obrigação tributária. Veja-se a conclusão do artigo:

Assim, a solidariedade dos membros de um mesmo grupo econômico está condicionada a que fique devidamente comprovado: a) o interesse imediato e comum de seus membros nos resultados decorrentes do fato gerador; e/ou b) fraude ou conluio entre os componentes do grupo (COSTA, 1978, p. 304).

Quanto à alínea *a* dessa conclusão, há uma clara distorção do dispositivo legal. Enquanto o art. 124, I, do CTN menciona que o interesse comum que gera a solidariedade se refere à “situação que constitua o fato gerador” da obrigação tributária, o autor conclui algo bem distinto: que o interesse comum se refere aos “resultados decorrentes do fato gerador”, tornando o alcance do dispositivo virtualmente incontornável. A alínea *b* é exatamente a conclusão a que chegou o PN 4/2018, o qual, contudo, não faz qualquer menção ao artigo de Costa. Há outra semelhança notável entre o artigo de 1978 e o PN 4/2018: o artigo também procura deixar transparecer que as teses que defende são apoiadas por grandes nomes da doutrina, fazendo menção a posições de Amílcar de Araújo Falcão, Aliomar Baleeiro e Fábio Fanucchi, mediante transcrições e citações indiretas que, contudo, não corroboram as teses defendidas pelo artigo.

Quanto a Aliomar Baleeiro e Fábio Fanucchi, os trechos transcritos no artigo (COSTA, 1978, p. 302-303) dizem respeito à tradicional e conhecida posição de que o art. 124, I, do CTN se refere a casos de prática conjunta do fato gerador por mais de uma pessoa. Aliomar Baleeiro e Fábio Fanucchi têm a mesma posição da nu-



merosa doutrina já descrita no item 2. Quanto à doutrina de Amílcar de Araújo Falcão, os trechos transcritos no artigo (COSTA, 1978, p. 300-302) dizem respeito ao funcionamento da norma geral antiabuso construída no Direito alemão a partir do Código de 1919, que Amílcar Falcão em momento algum relaciona com o art. 124, I, do CTN, como dá a entender o artigo.

Até mesmo a obra de Alfred Hensel, um dos responsáveis pelo nascimento da ciência do Direito Tributário na Alemanha, foi citada indevidamente no artigo de 1978: os trechos de Hensel citados no artigo referem-se a casos de responsabilidade tributária de terceiros colocados na posição de sujeitos passivos pela própria lei, e não por uma vaga noção de interesse econômico nos resultados do fato gerador<sup>4</sup>, como sugere Costa (1978, p. 303-304).

No item 23.2 do PN 4/2018, faz-se menção a um artigo recente de Grupenmacher (2014, p. 65) sobre responsabilidade tributária e grupos econômicos, segundo o qual

o que é relevante é o propósito para o qual se deu a criação de estrutura tendente à prática de atos de cooperação empresariais. Certamente em havendo confusão patrimonial, fraudes comprovadas, abuso de direito e má-fé com prejuízo a terceiros – credores privados ou públicos –, neste caso sim poder-se-á admitir a existência de planejamento tributário ilícito, impondo-se a solidariedade quanto à responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

O raciocínio parece-nos equivocado e sem respaldo legal. Quando ocorre fraude, sonegação fiscal e abuso, aciona-se, segundo o CTN e conforme jurisprudência já pacífica no Superior Tribunal de Justiça (STJ) (Súmulas 430 e 435) (BRASIL, 2010a, 2010b), a responsabilidade pessoal das pessoas físicas previstas

<sup>4</sup> Ver Hensel (2005, p. 165-187).

nos arts. 134 e 135 do CTN (como diretores, gerentes ou sócios-administradores), e não a responsabilidade de pessoas jurídicas componentes de grupos empresariais. Por outro lado, se a autora se refere a confusões patrimoniais e fraudes no sentido de personalidades fictícias (os chamados “laranjas”) ou de dissimulação da ocorrência do fato gerador ou do verdadeiro sujeito passivo do tributo, não se trata de aplicar a regra da solidariedade a membros de um grupo empresarial, e sim de desconsiderar meras aparências dissimuladas e cobrar o tributo das pessoas que efetivamente praticaram seu fato gerador. Voltar-se-á a esse ponto no item a seguir.

## 5 Principais equívocos e contradições do PN 4/2018

O PN 4/2018 tem méritos inegáveis se avaliado pelo que de fato é: uma busca pragmática de estratégias mais convenientes e eficientes para uma cobrança expedita e eficaz do crédito tributário, especialmente no caso de empresas componentes de um grupo econômico. Contudo, quando avaliado pelo que afirma ser – uma interpretação racional e isenta do Direito posto – o PN 4/2018 perde-se em inúmeros erros e contradições. Vejam-se alguns desses defeitos.

### 5.1 Solidariedade entre pessoas fictícias? A posição do PN 4/2018 sobre a responsabilidade tributária entre empresas de grupos econômicos

O primeiro problema grave e estrutural do PN 4/2018 é não perceber que a solidariedade do art. 124 do CTN exige a existência real de pelo menos duas pessoas. O CTN naturalmente não estabeleceu solidariedade entre devedores

fictícios, meras aparências jurídicas. Mas é nisso que parece crer o PN, como se evidencia em trechos como este:

Desta feita [sic], não é a caracterização em si do grupo econômico que enseja a responsabilização solidária, mas sim o abuso da personalidade jurídica de pessoa jurídica, a qual *existe apenas formalmente*, uma vez que inexistente autonomia patrimonial e operacional. Nesta hipótese, a divisão de uma empresa em diversas pessoas jurídicas é *fictícia*. A direção e/ou operacionalização de todas as pessoas jurídicas é única. O que se verifica nesta hipótese é a existência de um *grupo econômico irregular*, terminologia a ser utilizada no presente Parecer Normativo (BRASIL, 2018, grifos nossos).

Solidariedade supõe pluralidade de devedores reais e genuínos. Se existe somente um devedor real do crédito tributário, dissimulado por diversas outras pessoas fictícias ou “que existem apenas formalmente”, o lançamento tributário não deve cogitar de qualquer solidariedade, mas simplesmente afastar a simulação ou a fraude (art. 149, VII, do CTN) e dirigir a cobrança do crédito tributário contra seu real contribuinte<sup>5</sup>.

Se o PN 4/2018 considera que um grupo econômico irregular é aquele em que pessoas jurídicas *fictícias* dissimulam a existência de uma única e real pessoa jurídica, não cabe logicamente falar em solidariedade entre as pessoas desse grupo. Aliás, juridicamente, nem se trata de um grupo, e sim da *aparência* de um grupo de pessoas<sup>6</sup>. A prevalecer essa tese abstrusa do PN 4/2018, o Direito brasileiro passaria a ser estudado no mundo inteiro como um caso inaudito de atribuição legal de responsabilidade jurídica a pessoas que o próprio Direito considera como fictícias.

A respeito da responsabilidade tributária de grupos econômicos, o PN 4/2018 renuncia expressamente (item 21) à conhecida linha de argumentação – contida em diversas autuações fiscais – segundo a qual as empresas de um grupo econômico regular, em que não há confusão patrimonial ou desvio de finalidade, teriam assim mesmo responsabilidade tributária solidária, nos termos do art. 124, I, do CTN, em razão do interesse comum, do ponto de vista econômico, que uniria todas as empresas do grupo.

Essa linha de argumentação, já criticada pela doutrina há tempos<sup>7</sup>, foi descartada pelo PN 4/2018, o qual, contudo, não se pronunciou expressamente sobre a existência e o alcance de um dispositivo legal bastante conhecido, vigente desde 1991 (art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991) (BRASIL,

<sup>5</sup>No mesmo sentido, ver Darzé (2010, p. 248-249).

<sup>6</sup>Neste mesmo sentido, não analisando o PN 4/2018, mas o tema geral da responsabilidade de grupos econômicos, ver Medeiros (2019, p. 107-109).

<sup>7</sup>Ver Becho (2014); Gruppenmacher (2014); Martins (2015); Lima Neto (2018).

[2019a]), que dispõe que “as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei [obrigações decorrentes de contribuições devidas à Seguridade Social]”. Ao afirmar categoricamente que os grupos econômicos “em que há pleno respeito à personalidade jurídica de seus integrantes [...] não podem sofrer a responsabilização solidária, salvo cometimento em conjunto do próprio fato gerador” (BRASIL, 2018), o PN está implicitamente considerando inconstitucional o art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991 ou interpretando tal norma no sentido de que a solidariedade ali determinada vale somente nos casos infrequentes de prática conjunta do fato gerador. Contudo, como o PN não se referiu expressamente ao art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991, o mais provável é que os auditores fiscais da RFB continuem aplicando-o com seu alcance máximo, ou seja, no sentido de que a solidariedade passiva em relação às contribuições de seguridade social se aplica mesmo quando não há prática conjunta do fato gerador.

## 5.2 Uma leitura *inacreditável* do art. 123 do CTN

O PN 4/2018, na ânsia de encontrar a qualquer custo uma norma que possa fundamentar sua absurda proposição interpretativa, apela em dado momento ao art. 123 do CTN. Veja-se:

Pelo art. 123 do CTN, “as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes”. O seu objetivo é exatamente impedir que uma convenção particular possa alterar um aspecto da regra-matriz de incidência tributária ou de responsabilidade tributária. Vale dizer, contratos ou estatutos sociais que não refletem a essência dos negócios não podem ser óbice à responsabilização tributária solidária (BRASIL, 2018).

Mais uma vez o PN 4/2018 incide em erros lamentáveis, que não poderiam constar de um documento assinado e revisado por tantas autoridades administrativas superiores. O sentido atribuído pelo ex-certo acima ao art. 123 do CTN é completamente falho, para não dizer um *nonsense* jurídico. Não deveria ser necessário advertir às mais altas autoridades do Fisco federal que o art. 123 do CTN não se refere a convenções particulares “que não refletem a essência dos negócios jurídicos” (BRASIL, 2018). Se assim fosse, não faria falta o art. 123 do CTN, bastando, para cobrar o crédito tributário de quem realmente fosse o seu devedor, desconsiderar as aparências/simulações/fraudes nos termos do art. 149, VII, do próprio CTN.

Na verdade, o art. 123 do CTN supõe que as convenções particulares de que trata sejam válidas e juridicamente vinculantes entre as partes; e, exatamente por isso, o dispositivo determina que essas convenções, que existem e operam efeitos entre as partes, não se podem contrapor ao Fisco. Nem seria necessário, mas vale lembrar a afirmação de Baleeiro (2010, p. 1.118) sobre o art. 123 do CTN (“as cláusulas valem apenas entre as partes”) e torcer para que seus escritos não venham a ser deturpados tal como ocorreu com a obra de Sousa (1975 apud BRASIL, 2018) no item 9.3 do PN 4/2018.

### 5.3 Para que tornar ainda mais pantanoso o terreno do planejamento tributário abusivo?

Os equívocos e contradições do PN 4/2018 também atingem em cheio o terreno – já em si dificultoso – do planejamento tributário abusivo.

Relembre-se: segundo o PN, o art. 124, I, do CTN impõe uma responsabilidade solidária entre pessoas jurídicas que cometem atos ilícitos relacionados a “operações realizadas com o intuito de acarretar a supressão ou a redução de tributos mediante manipulação artificial do fato gerador (planejamento tributário abusivo)” (BRASIL, 2018).

Em seus itens 29 a 34, o PN reúne de modo atabalhado diversos conceitos jurídicos para caracterizar os atos sobre os quais se aplica o art. 124, I, do CTN: simulação (item 29), ato anormal de gestão (item 30), descumprimento da função social da propriedade (item 30), *step transactions* (item 32.1), empresa-veículo (item 32.2), artificialidade (art. 32.3). Sua conclusão, após um ligeiro *tour* panorâmico e superficial sobre esses conceitos, é a seguinte: “Enfim, nessas hipóteses em que há desproporção entre a forma jurídica adotada e a intenção negocial, com vistas a desfigurar ou manipular o fato jurídico tributário, está configurado o interesse

comum a ensejar a responsabilização solidária” (BRASIL, 2018).

Esse trecho mostra mais uma vez que o real objetivo do PN 4/2018, certamente inspirado nas melhores coleções editoriais do tipo *Prática e Estratégia*, é municiar auditores fiscais e procuradores de fazenda com um eclético e versátil arsenal de conceitos indeterminados (ainda mais obscurecidos pelo modo superficial com que são descritos no documento) aptos a viabilizar (na esfera administrativa ou judicial) uma cobrança cômoda, expedita e eficiente do crédito tributário.

Se tivesse um mínimo de preocupação com a clareza ou com a coerência jurídica, o PN 4/2018 teria necessariamente de esclarecer ao leitor como se relacionam entre si três normas do CTN: a do art. 116, parágrafo único; a do art. 149, VII; e a do art. 124, I. Diante de um planejamento tributário abusivo com “desproporção entre a forma jurídica adotada e a intenção negocial, com vistas a manipular o fato jurídico tributário” (BRASIL, 2018), a autoridade lançadora obrigada a seguir o PN 4/2018 deve aplicar qual dispositivo? É coerente “desconsiderar os atos e negócios jurídicos praticados” (art. 116, parágrafo único) (BRASIL, [2013]) e, ao mesmo tempo, imputar responsabilidade tributária solidária a seus sujeitos *fictícios* (art. 124, I, na interpretação do PN 4/2018)?

Com efeito, o arsenal de conceitos indeterminados constantes do PN 4/2018 (simulação, ato anormal de gestão, descumprimento da função social da propriedade, *step transactions*, empresa-veículo, artificialidade) é frequentemente utilizado pelo CARF para aplicar tanto o art. 116, parágrafo único, quanto o art. 149, VII, do CTN. Os autores do PN 4/2018 sabem ou deveriam saber disso; mas, se reconhecesse e buscasse explicar ou problematizar esse fato, o PN estaria guiando-se pela lógica racional-discursiva voltada à compreensão e esclarecimento

da ordem jurídica. A função verdadeira do PN 4/2018 não é essa, como se viu acima. Por isso, o documento somente *enxerga* decisões do CARF, as quais aplicam o art. 124, I, do CTN (BRASIL, 2018) a essas situações.

#### **5.4 Confusa simbiose entre a desconsideração judicial da personalidade jurídica prevista no Código Civil e o procedimento do lançamento tributário**

O PN 4/2018 afirma muitas vezes que o art. 124, I, do CTN pode ser aplicado a casos de “abuso de personalidade jurídica” e “confusão patrimonial com o intuito de fraude a credores, principalmente à Fazenda Nacional” (BRASIL, 2018). Em outras tantas vezes, afirma que pessoas jurídicas costumam dissimular reais sócios de um empreendimento ou esvaziar o seu patrimônio (BRASIL, 2018). Como esses institutos são típicos da desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do CC, que somente pode ser feita por autoridade judicial, percebe-se que grande parte das propostas – melhor seria dizer *estratégias* – do PN consiste em colocar nas mãos da autoridade administrativa poderes privativos da autoridade judicial.

O PN 4/2018 afirma, então, que suas teses não estão colocando nas mãos da autoridade administrativa os poderes e as técnicas típicas da desconsideração da personalidade jurídica. Para fundamentar essa afirmação, o PN remete confusamente ao art. 110 do CTN (que trata de assunto completamente distinto) e, mais uma vez, apela ao art. 123 do CTN (sob a premissa absurda de que as convenções jurídicas particulares aí mencionadas existiriam “apenas formalmente”). Depois dessas referências sem sentido lógico ou jurídico aos arts. 110 e 123 do CTN para afirmar que o que defende não seria o uso da técnica da desconsideração da personalidade jurídica pelas autoridades fiscais, sobrevém uma conclusão surpreendente: “Todavia, nada impede que os estudos relacionados à desconsideração da personalidade jurídica sejam utilizados para o similar caso realizado pelo Fisco, nos termos do presente Parecer Normativo” (BRASIL, 2018).

Em outras palavras (para que o absurdo da construção fique mais nítido): o PN 4/2018 defende que as autoridades fiscais podem, no exercício do lançamento e com base no art. 124, I, do CTN, combater o abuso da personalidade jurídica e a confusão patrimonial, utilizando as técnicas e obtendo os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica em suas modalidades direta, inversa e expansiva, tal como se explicita nos estudos “mais modernos” sobre desconsideração *judicial* da personalidade jurídica; mas isso, adverte candidamente o PN 4/2018, nada teria a ver com colocar nas mãos das autoridades lançadoras o poder de des-

consideração da personalidade jurídica, que permaneceria privativo das autoridades judiciais.

A última citação doutrinária do PN 4/2018 (item 38.3) é de um artigo de Cavalcante (2014) sobre a responsabilidade solidária no caso dos grupos econômicos de fato. O PN dá a entender que a posição da autora seria a mesma posição nele defendida, o que não é exato. A diferença, não explicada no PN, é que este defende que o art. 124, I, do CTN permite a responsabilização solidária por meio da desconsideração administrativa de casos de desvios de finalidade ou confusão patrimonial entre empresas do mesmo grupo econômico, ao passo que a autora defende que em tais casos há a possibilidade de o Poder Judiciário (e não a autoridade administrativa lançadora) promover a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC) e impor a responsabilidade solidária.

## Conclusão

O PN 4/2018 não tem como propósito interpretar as normas do CTN e da legislação tributária de modo rigoroso e isento. Seu objetivo é encontrar as estratégias de lançamento mais convenientes à cobrança do crédito tributário, municiando auditores fiscais e procuradores de fazenda com um eclético e versátil arsenal de conceitos indeterminados aptos a viabilizar (na esfera administrativa ou judicial) uma cobrança cômoda, expedita e eficiente do crédito tributário. Em termos de interpretação jurídica e análise coerente e racional das normas do CTN, o PN 4/2018 não se sustenta.

Personalidades jurídicas aparentes, que só têm existência formal e são fruto de simulação ou fraude, não podem ser titulares de deveres ou obrigações solidárias. Quando se depara com casos como esses, a autoridade fiscal deve afastar as meras aparências aplicando o art. 149, VII, e não o art. 124, I, do CTN, visto que esse último dispositivo supõe dois ou mais sujeitos passivos reais, que praticam conjuntamente o fato gerador.

Por outro lado, se a autoridade administrativa se depara com o que pode ser um “abuso de direito a ensejar um planejamento tributário ilegítimo” (item 31 do PN) (BRASIL, 2018), deve cogitar a aplicação do art. 116, parágrafo único, do CTN. Não temos notícia de nenhuma construção doutrinária ou legal no âmbito do Direito Comparado que combata a simulação ou o planejamento tributário abusivo mediante a estranha técnica de responsabilização solidária de pessoas jurídicas *fictícias* que compõem um grupo econômico mal chamado de *irregular*.

Para casos de confusão patrimonial, fraude a credores e desvio de finalidade da pessoa jurídica, o CC e o CPC oferecem técnicas e incidentes processuais à disposição do credor que houver sido lesado. Se essas téc-

nicas e incidentes de responsabilização patrimonial não são consideradas suficientes para promover uma adequada proteção do crédito tributário, que se incluam legislativamente no CTN ou em outros diplomas novas hipóteses de responsabilidade tributária relacionadas a contextos de atuação de grupos empresariais. O que não se pode admitir é que as autoridades fiscais, sob a alegação de que a regulação do CTN é “imprecisa” (como se chega a afirmar no PN 4/2018), arranquem, a fórceps, uma interpretação abstrusa do art. 124 do CTN, fazendo tábula rasa dos limites lógicos e semânticos do texto legal e ignorando mais de cinquenta anos de construção doutrinária sobre o tema.

## Sobre o autor

Marciano Seabra de Godoi é doutor em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Complutense de Madri, Madri, Espanha, com o título homologado pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; pós-doutorado, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), na Universidade Autônoma de Madri, Madri, Espanha; professor na graduação e na pós-graduação *lato sensu e stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. E-mail: m.godoi@rolimvlc.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

GODOI, Marciano Seabra de. Solidariedade tributária por interesse comum e seu desvirtuamento pela Receita Federal: Parecer Normativo 4/2018. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 23-42, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p23](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p23)

(APA)

Godoi, M. S. de (2020). Solidariedade tributária por interesse comum e seu desvirtuamento pela Receita Federal: Parecer Normativo 4/2018. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(225), 23-42. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p23](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p23)

## Referências

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARAUJO, Juliana Furtado Costa; CONRADO, Paulo Cesar; VERGUEIRO, Camila Campos. *Responsabilidade tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. (Coleção Prática e Estratégia, v. 4).

ARMANDO, Judith do Amaral Marcondes; MANZAN, Leonardo Siade. Solidariedade tributária: sobre o inciso I, do artigo 124, do CTN. In: QUEIROZ, Mary Elbe; BENÍCIO JÚNIOR, Benedicto Celso (coord.). *Responsabilidade de sócios e administradores nas atuações fiscais*. São Paulo: FocoFiscal, 2014. p. 299-315.

BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. rev. e complementada, à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/96, por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BECHO, Renato Lopes. A responsabilidade tributária de grupo econômico. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 221, p. 129-138, fev. 2014.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 4 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm). Acesso em: 4 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 4 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 4 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Parecer Normativo nº 4, de 10 de dezembro de 2018. Normas Gerais de Direito Tributário. Responsabilidade Tributária. Solidariedade. Art. 124, I, CTN. Interesse Comum. Ato Vinculado ao Fato Jurídico Tributário. Ato ilícito. Grupo Econômico Irregular [...]. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, n. 238, p. 23, 12 dez. 2018. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/54734160/do1-2018-12-12-parecer-normativo-n-4-de-10-de-dezembro-de-2018-54734094](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/54734160/do1-2018-12-12-parecer-normativo-n-4-de-10-de-dezembro-de-2018-54734094). Acesso em: 4 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 4 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Súmula 430*. O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente. [Brasília, DF]: Superior Tribunal de Justiça, 2010a. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf). Acesso em: 4 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Súmula 435*. Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. [Brasília, DF]: Superior Tribunal de Justiça, 2010b. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf). Acesso em: 4 out. 2019.

CALCINI, Fábio Pallaretti. Responsabilidade tributária e solidariedade. Algumas considerações ao art. 124 do Código Tributário Nacional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 167, p. 39-54, ago. 2009.

CAMPOS, Leonardo Nuñez; ARAUJO, Juliana Furtado Costa. Grupo econômico e responsabilidade tributária: análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 23, n. 124, p. 47-65, set./out. 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAVALCANTE, Denise Lucena. A responsabilidade solidária no caso dos grupos econômicos de fato. In: QUEIROZ, Mary Elbe; BENÍCIO JÚNIOR, Benedicto Celso



(coord.). *Responsabilidade de sócios e administradores nas autuações fiscais*. São Paulo: FocoFiscal, 2014. p. 85-99.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COSTA, Carlos Jorge Sampaio. Solidariedade passiva e o interesse comum no fato gerador. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 4, p. 300-305, 1978.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DARZÉ, Andréa M. *Responsabilidade tributária: solidariedade e subsidiariedade*. São Paulo: Noeses, 2010.

FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Responsabilidade tributária de grupos econômicos. In: QUEIROZ, Mary Elbe; BENÍCIO JÚNIOR, Benedicto Celso (coord.). *Responsabilidade de sócios e administradores nas autuações fiscais*. São Paulo: FocoFiscal, 2014. p. 37-68.

HENSEL, Albert. *Derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2005. (Clásicos del Pensamiento Jurídico).

LIMA NETO, José Gomes de. *Responsabilidade tributária dos grupos econômicos: pressupostos e limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. Originalmente apresentada como tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional: artigos 96 a 138*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.

MACHADO, Schubert Farias. Responsabilidade tributária de terceiro e grupo econômico. In: QUEIROZ, Mary Elbe; BENÍCIO JÚNIOR, Benedicto Celso (coord.). *Responsabilidade de sócios e administradores nas autuações fiscais*. São Paulo: FocoFiscal, 2015. v. 2, p. 359-375.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Notas sobre a responsabilidade tributária de terceiros. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 18, p. 201-217.

MARIZ GUDIÑO, Daniel. Uma nova leitura do art. 124 do CTN. In: QUEIROZ, Mary Elbe; BENÍCIO JÚNIOR, Benedicto Celso (coord.). *Responsabilidade de sócios e administradores nas autuações fiscais*. São Paulo: FocoFiscal, 2014. p. 69-83.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Grupos econômicos*. Porto Alegre: CEU, Escola de Direito: Lex Magister, 2015.

MEDEIROS, Rafael de Souza. *Responsabilidade tributária de grupo econômico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017.

MELO, José Eduardo Soares de. Responsabilidade solidária: definição de interesse comum (art. 124 CTN). In: QUEIROZ, Mary Elbe; BENÍCIO JÚNIOR, Benedicto Celso (coord.). *Responsabilidade de sócios e administradores nas autuações fiscais*. São Paulo: FocoFiscal, 2014. p. 269-297.

NEDER, Marcos Vinícius. Responsabilidade solidária e o lançamento fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15, p. 271-291.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. ed. póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

TAVARES, Alexandre Macedo. O alcance da expressão “interesse comum” (CTN, art. 124, I) para fins de imputação de responsabilidade tributária solidária às sociedades integrantes de grupo econômico. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 232, p. 20-27, jan. 2015.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. Definição de “interesse comum” (art. 124, I, do CTN) para fins de solidariedade passiva tributária. In: QUEIROZ, Mary Elbe; BENÍCIO JÚNIOR, Benedicto Celso (coord.). *Responsabilidade de sócios e administradores nas autuações fiscais*. São Paulo: FocoFiscal, 2015. v. 2, p. 103-114.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed. atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 39, de 19.12.2002. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

# A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões

Por uma necessária *accountability*

HENRIQUE ALVES PINTO

**Resumo:** Com o desenvolvimento dos sistemas de inteligência artificial, novas possibilidades surgiram para os operadores do Direito na busca por mais eficiência no exercício de suas atividades. Apesar de a economia de tempo ser fator relevante na promoção da justiça, esta não pode abdicar de critérios éticos no processo de sua produção. Nesse contexto, este estudo propõe algumas discussões que devem ser feitas dada a crescente introdução dos sistemas de inteligência artificial no universo jurídico, de modo a submetê-lo a um indispensável filtro ético para garantir a sua legitimidade.

**Palavras-chave:** Decisão. Inteligência artificial. *Accountability*. *Machine learning*.

## The use of artificial intelligence in the decision making process: for a necessary accountability

**Abstract:** With the development of Artificial Intelligence systems, new possibilities have emerged for Law Operators in the search for more efficiency in the exercise of their activities. Although time saving is a relevant factor in promoting justice, it cannot abdicate ethical criteria during the process of its production. This study proposes some discussions that should be made to the increasing introduction of Artificial Intelligence systems in the legal universe, in order to subject it to an indispensable ethical filter in order to guarantee its legitimacy.

**Keywords:** Decision. Artificial intelligence. *Accountability*. *Machine learning*.

Recebido em 24/10/19

Aprovado em 22/11/19

## 1 Introdução

Tem aumentado a percepção de que as transformações promovidas pelos avanços da inteligência artificial (IA) alterarão decisivamente os rumos tomados pela sociedade moderna. Apesar disso, mais que nunca, é necessário que a sociedade que se beneficia do avanço tecnológico saiba também lidar com as novas questões éticas que tal avanço tem implicado, com o intuito de amenizar os efeitos colaterais provocados pela era digital.

Esse novo avanço tecnológico – que pode ser comparado, sem exagero algum, com o início da Revolução Industrial, quando se trocou a força animal pelas máquinas a vapor – é, de fato, um caminho sem volta na história contemporânea da humanidade. Se na era da Revolução Industrial se delineou o que se conhece na atualidade como o homem moderno e urbano, hoje se vive na era de idealização do que poderá ser chamado, num futuro não muito distante, de cidadão digital.

Sob essa perspectiva, um dos impactos mais profundos do novo contexto social é a formação de um novo tipo de ser humano dotado de novas sensibilidades cognitivas que, ao trafegar por uma incrementada via tecnológica, produz grandes quantidades de informações numa escala de crescimento contínua. Com efeito, permitem-se às pessoas várias formas de conexões entre elas e de acesso a outros países, culturas e novas experiências; em contrapartida, existem também vários sinais de uma tendência à homogeneização nas formas de pensar, organizar a vida e planejar o futuro. De certo modo – e até contraditoriamente –, quanto mais variadas são as informações adquiridas nesse processo de alargamento dos horizontes, mais homogêneos se tornam os comportamentos experimentados pela sociedade.

Apesar de essas discussões provocarem um aprofundado debate em todas as áreas do co-

nhecimento científico, pretende-se discutir neste breve estudo algumas formas que os operadores do Direito podem empregar para lidar melhor com as questões advindas das transformações proporcionadas pela IA no campo jurídico.

Diante desse contexto e sem pretensão de exaurir o tema, discute-se aqui que as naturais resistências encontradas na comunidade jurídica a respeito do uso da via tecnológica no processo de tomada de decisões pelo Poder Judiciário – justificadas pelo fato, sobretudo, de o Direito ser uma ciência social aplicada – não necessariamente se configuram como um dos pontos mais cruciais nesse processo. Em vez disso, discute-se sob que bases éticas tais decisões são tomadas e de que forma elas podem passar por um rigoroso processo de *accountability*.

## 2 Inteligência artificial: alguns esclarecimentos necessários

Como todo conceito científico, várias são as definições encontradas na tentativa de determinar o que pode ser compreendido como IA. Algumas dessas definições salientam semelhanças comportamentais (*behavior*), ao passo que outras concentram seus estudos na forma humana de pensar (*reasoning*).

Para Russell e Norvig (1995, p. 5, tradução nossa), a IA está na precisão das decisões tomadas pelo sistema (*rationality*), estando elas sistematizadas em quatro categorias básicas: “I – um sistema que pensa como os seres humanos; II – um sistema que age como seres humanos; III – um sistema que pensa racionalmente; e IV – um sistema que age racionalmente”. De acordo com Bellman (c1978, p. 2, tradução nossa), que tem uma concepção matemática a respeito do assunto, a IA é “a automatização de atividades que associamos à cognição humana, tais como a tomada de decisões, resolução de

problemas e o aprendizado”. Genérica e sinteticamente, a IA é a tentativa de transpor a capacidade humana de cognição para sistemas artificiais<sup>1</sup>.

Apesar de as técnicas de IA serem discutidas desde 1950, depois de um longo hiato em suas inovações, na última década houve considerável avanço nesse campo. Hoje, vários ingredientes têm contribuído de forma decisiva para o aperfeiçoamento dos sistemas de IA, como a grande massa de dados que passou a ser produzida e disponibilizada em ambientes de rede, a habilidade de aprendizado pelas máquinas diante das informações a elas transferidas, além do avanço dos computadores, com a redução de seus custos e a criação de novas modalidades de algoritmos voltados à compreensão e à simulação da capacidade humana de cognição.

À medida que se aprofunda o processo de *digitização* da sociedade, um imenso número de dados é produzido. Fotos, vídeos, textos, além de quaisquer outros tipos de informação, são transmitidos através do espaço virtual por meio do uso de computadores, *smartphones* ou outros meios tecnológicos. Os dados transmitidos – que impressionam não só pela grande quantidade, mas sobretudo pela velocidade com que são transmitidos – não podem ser analisados e compreendidos somente com base numa análise de correlações concebidas pela mente humana, sem a ajuda de programas tecnológicos mais inteligentes. E é exatamente nesse contexto que se inserem os sistemas de IA.

Sob tal aspecto, dois campos operacionais da IA merecem ser destacados: um deles é o *analytics*, palavra inglesa que se refere aos algoritmos que fazem a análise de dados e seus cruzamentos; o outro é o sistema do *machine learning*, cujos algoritmos “são capazes de prever ou generalizar padrões apreendidos a partir de um conjunto de dados utilizados para treinar o sistema” (WOLKART, 2019, p. 706).

No sistema de algoritmo de análise, os dados já estão estruturados e ajudam o seu usuário a fazer correlações na busca de padrões comportamentais diante da amostra por ele pesquisada: “Tanto os dados quanto os parâmetros possíveis de tratamento de dados são dados *a priori*, ficando ao operador do algoritmo a possibilidade de manipulá-lo dentro de um contexto específico e com algumas limitações” (GUTIERREZ, 2019, p. 85). Uma planilha simplificada do *Excel* é um bom e simples exemplo de sua aplicação.

---

<sup>1</sup> Sem desconsiderar a ideia geral em torno do conceito de IA, mencione-se também outra importante vertente do conceito, proposta por Kaplan e Haenlein (2019), que a definem como a capacidade de um sistema de interpretar e de aprender os dados obtidos fora do seu próprio sistema operacional de maneira correta, com a finalidade de utilizá-los para atingir objetivos e tarefas específicas por meio de uma adaptação flexível. No original: “we define AI as a system’s ability to interpret external data correctly, to learn from such data, and to use those learnings to achieve specific goals and tasks through flexible adaptation” (KAPLAN; HAENLEIN, 2019, p. 17).

Por sua vez, os sistemas baseados em *machine learning* têm maior grau de complexidade, se comparados aos sistemas de algoritmo de análise, pois são capazes de prever ou generalizar padrões apreendidos com base num conjunto de dados utilizados para treinar o sistema. A construção algorítmica nesse sistema não depende de dados previamente escolhidos por seus operadores, isto é, o sistema aprende baseado na sua interação com um ambiente externo e dinâmico, por meio do qual realiza correlações com o objetivo de reconhecer padrões. Uma das diferenças entre o sistema de *machine learning* e o de *analytics* é que o primeiro é dotado de capacidade para analisar, fazer correlações e buscar padrões com base em dados não organizados, tais como fotos, vídeos ou textos coletados de *smartphones*.

De forma geral, é possível classificar o sistema de *machine learning* em dois subgrupos: os supervisionados e os não supervisionados. No grupo supervisionado, o aprendizado da máquina ocorre por meio de correlações iniciais definidas pelos seres humanos; ou seja, por esse grupo, mapeia-se um conjunto de informações para um dado conjunto de resultados, incluindo-se aí métodos como a árvore de classificação, as redes neurais ou a regressão linear. Em ambientes dinâmicos, são necessárias várias interações iniciais, com o intuito de ajustar o sistema de IA por alguém que, de fato, tenha um domínio específico da área de aplicação do sistema até que ele consiga produzir resultados mais precisos e minimamente satisfatórios.

No grupo não supervisionado, as informações que alimentam o sistema são rotuladas, mas os resultados não; isso significa que o algoritmo precisa inferir a estrutura subjacente dos próprios dados, com o intuito de agrupar seus elementos em categorias similares sem que se conheçam previamente a quantidade e a estrutura dos dados. Nesse sistema, é dispensado o ajuste inicial elaborado pelo sujeito que detém o domínio específico da área em que se deseja desenvolver a tecnologia de IA.

Os algoritmos do sistema não supervisionado aprendem com uma vasta quantidade de dados que estão disponibilizados imediatamente na internet ou em qualquer outra fonte (*big data*). Isso só é possível em virtude do desenvolvimento de novas tecnologias, como as redes neurais advindas de um desdobramento do *machine learning*: o *deep learning*. Pelo *deep learning*, o sistema passa a ser capaz não só de criar, mas também de estabelecer padrões de correlações próprias, desligados do raciocínio intelectual humano. E isso só é alcançado pelo sistema por meio de uma forma não linear de aprendizado por ele mesmo desenvolvida em várias camadas – algo similar ao que supostamente ocorre no cérebro humano por sua rede neurológica, na qual uma rede múltipla de unidades condutoras de dados se retroalimenta. A maioria dos *softwares* de reconhecimento de voz, de identificação de faces, de tradução, de reconhecimento de

objetos (COPELAND, 2016), entre outros, são bons exemplos de sistemas tecnológicos que já operam com o *deep learning* e que dependem de uma grande quantidade de dados disponíveis na rede virtual para que possam funcionar. Se funcionam bem ou mal, é o que precisa ser investigado.

Como este estudo não tem a pretensão de analisar exaustivamente o assunto, por ora, registra-se apenas que o estudo da IA é domínio muito amplo e que apresenta diferentes vertentes e aspectos a serem analisados, assim como a capacidade de conhecimento e raciocínio humano.

### 3 A utilização da inteligência artificial pelo Poder Judiciário

Ainda que cause certo desconforto, já não é mais novidade a utilização de tecnologia na tomada de decisões pelo Poder Judiciário. De acordo com Sartor e Branting (1998)<sup>2</sup>, existem várias possibilidades de emprego da IA que podem ser ou já são utilizadas por esse Poder no exercício de suas atividades típicas. Tais possibilidades são voltadas ao aperfeiçoamento das atividades e podem ser aplicadas para auxiliar o raciocínio casuístico relacionado ao aprimoramento da performance argumentativa, associativa e discricionária dos magistrados. Para esses autores, tais sistemas trazem maior flexibilidade ao processo decisório, além de oferecer vantagens a toda a equipe de apoio ligada ao Poder Judiciário, de modo a amenizar as consequências dos excessos de litígios diante das limitações de recursos. Nesse sentido, a IA tornaria mais rápido, barato e previsível o acesso à Justiça, sem comprometer a sua fundamentação intelectual.

Ao mapear a aplicabilidade de sistemas inteligentes no exercício da atividade judicial, Chittenden (2017) apontou os seguintes sistemas: (i) *Public legal education*: desenvolvido pela Universidade de Cambridge,

---

<sup>2</sup>“As a reply to those challenges, AI & law has developed increasingly sophisticated models and techniques that address many of the concerns of the critics of earlier AI models, including case-based reasoning, formal dialectics, theory construction, neural networks, formal argumentation and negotiation, intelligent document assembly, and tools for supporting discretionary decision-making. These achievements are useful and important for the judiciary, because they provide a deeper and clearer understanding of some aspects of judicial problem-solving, and an effective support to the judges and their collaborators. Judges, squeezed between tightened budgets and increasing demands for justice, are desperately trying to maintain the quality of their decision-making process while coping with time and resource limitations. Flexible AI tools for decision support may promote a sufficient degree of uniformity and efficiency in judicial practice, while supporting a rational exercise of judicial discretion (and so possibly help to prevent, for example, the draconian rigidity of compulsory sentencing guidelines). In the same way, AI may help to reconcile flexibility, efficiency and accuracy in complementary tasks, such as the drafting of various judicial documents. In conclusion, we believe that the judiciary is in the early stages of a transformation in which AI technology will make the judicial process faster, cheaper, and more predictable without compromising the integrity of judges’ discretionary reasoning” (SARTOR; BRANTING, 1998, p. 110).

ajuda pessoas comuns a compreenderem melhor complexos problemas judiciais associados ao direito criminal inglês para que possam encontrar a solução mais adequada para os seus casos. Esse programa, mais recentemente, passou a ser usado também para os casos de divórcio (*DivorceBot*); (ii) *Case outcome prediction*: desenvolvido com base em pesquisas das Universidades de Londres e da Pensilvânia, tal sistema aplicou um algoritmo baseado em IA a 584 casos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos com o intuito de pesquisar termos padronizados nas argumentações envolvidas em tais decisões. Esse sistema atingiu um índice de acertos de 79% por conta de sua capacidade de leitura de padrões não estritamente jurídicos, como delineamentos circunstanciais dos casos, linguagem empregada e organização dos tópicos contidos nas sentenças; e (iii) *Legal adviser support*: um consultor jurídico baseado no sistema *Watson*<sup>3</sup>, desenvolvido pela IBM, cuja habilidade principal é oferecer pareceres e apontar resultados mais precisos para processos judiciais.

No Brasil, um bom exemplo de aplicabilidade de sistemas inteligentes no Direito é a elaboração de peças processuais pelo programa *Dra. Luzia*. Desenvolvido pela Legal Labs, seu objetivo é auxiliar procuradorias da Fazenda Pública ligadas ao ajuizamento de execuções fiscais. Ele extrai dados públicos que apoiam o peticionamento individual ou em bloco e efetua uma melhor gestão de tais processos em seu acompanhamento.

Além disso, deve-se mencionar o importante projeto de pesquisa e desenvolvimento de aprendizado de máquina (*machine learning*) sobre dados judiciais das repercussões gerais do Supremo Tribunal Federal (STF). Chamado

<sup>3</sup>“A reputação do Watson vem da sua capacidade de entender e resolver perguntas em língua natural (QA, ou *question answering*), bem como de buscar no *big data* as informações para as perguntas que lhe são endereçadas (IE, ou *information extraction*)” (WOLKART, 2019, p. 753, grifos do autor).

*Victor*, o programa foi desenvolvido pelo próprio STF em convênio com a Universidade de Brasília. Apesar de estar em fase inicial de desenvolvimento, tem pretensões bastante inovadoras; um dos objetivos básicos desse projeto é a aplicação das técnicas do *machine learning* na busca e no reconhecimento de padrões nos processos jurídicos relativos a julgamentos de repercussão geral do STF.

Dados os esforços multidisciplinares envolvidos, esse projeto tem como principal objetivo desenvolver um sistema composto de algoritmos baseado no *deep learning* que propicie a automação de análises textuais desses processos, a fim de identificar os temas mais recorrentes de repercussão geral. De acordo com os pesquisadores envolvidos nesse projeto<sup>4</sup>, o algoritmo do programa *Victor* não tomará a decisão final acerca da repercussão geral, sendo sua atuação restrita à organização de tais processos, a fim de identificar de forma mais clara e consistente os temas mais recorrentes veiculados nos recursos extraordinários sob o regime de repercussão geral. Com isso, espera-se gerar “mais qualidade e velocidade ao trabalho de avaliação judicial, com a redução de tarefas de classificação, organização e digitalização de processos” (MAIA FILHO; JUNQUILHO, 2018, p. 226).

Sem desmerecer as inovações proporcionadas pela inserção das tecnologias de IA no universo jurídico, deve-se destacar que a atividade jurista-

<sup>4</sup>Em 30/8/2018, segundo a ministra Cármen Lúcia, ex-presidente do STF, os testes realizados naquela data, iniciados com 27 temas mais recorrentes no Tribunal, que representavam 60% do total de temas regularmente identificados, obteve um nível de precisão na triagem de 84%, podendo atingir 95% no mês seguinte. “A ministra ressaltou que o trabalho de conversão de imagens em texto, por exemplo, que um servidor executa em três horas, será feito em cinco segundos com a nova ferramenta. Salientou que a ferramenta possibilitará um melhor aproveitamento de recursos materiais e humanos do Tribunal, acelerando a análise dos processos e reduzindo o congestionamento na admissibilidade dos recursos nos tribunais de origem, auxiliando o Poder Judiciário a cumprir sua missão em diversas instâncias” (MINISTRA..., 2018).



dicional não se restringe apenas ao processo decisório, estando nela incorporados outros elementos tão relevantes quanto ele. Nesse sentido, uma das grandes dificuldades a ser enfrentada por esse processo de automação de textos legais para códigos tecnológicos é a necessidade de constante atualização, que acaba ficando sob responsabilidade de programadores ou outros profissionais de Tecnologia da Informação, os quais, na maioria das vezes, não têm muita familiaridade e *expertise* no trato não só das fontes legais do sistema jurídico, como também das questões éticas, sociais, políticas e filosóficas que as permeiam.

Ainda que a atividade jurisdicional envolva, em algumas ocasiões, julgamentos discricionários baseados em premissas e condições muito subjetivas dos magistrados, o simples emprego de instrumentos automatizados não é capaz de evitar enviesamentos<sup>5</sup>, já que estes costumam ser alimentados por base de dados que refletem tendências igualmente inclináveis a certas conclusões.

Por fim, com base nos estudos de Sourdin (2018, p. 1.130), apesar de a linguagem binária (sintática e semântica) ser perfeitamente conhecida dos sistemas computacionais, permitindo

---

<sup>5</sup>De acordo com Salas (2018), em reportagem do caderno de Tecnologia do jornal *El País*, um trágico exemplo disso foi o problema enfrentado pelo mais utilizado sítio de buscas da internet, o Google. “Em junho de 2015, um usuário do Google Photos descobriu que o programa etiquetava seus amigos negros como gorilas. A inteligência artificial do Google não era capaz de distinguir a pele de um ser humano da dos macacos, como gorilas e chimpanzés. Esse viés racista da máquina forçou o Google a pedir desculpas e prometeu encontrar uma solução para o erro. Dois anos depois, a solução é clara: para que o programa não confunda seres humanos com gorilas, tirou os gorilas do buscador. E os chimpanzés. E os macacos” (SALAS, 2018). Apesar de o Google ter tomado providências para resolver o problema – ainda que de maneira não muito satisfatória –, partindo da suposição de que um caso semelhante poderia ser repetido num processo judicial, isto é, um julgamento feito pela máquina com um algoritmo enviesado, nos casos em que a parte prejudicada tivesse esbarrado na certificação do trânsito em julgado, tal dano poderia ser irreparável em algumas ocasiões.

que realizem o perfeito processamento de informações, os sistemas ainda não estão aptos a incorporar os significados intrínsecos atrelados a expressões e situações particulares.

Com esse breve quadro, não se quer aqui refutar os ganhos do Poder Judiciário (e da sociedade) com a inserção dos recursos tecnológicos inteligentes no exercício de sua atividade. Entretanto, o objeto deste estudo, que será mais especificamente discutido nos próximos tópicos, é abordar o fato de essas novas ferramentas inteligentes deverem passar por um apurado filtro de controle ético, filosófico e social, sob pena de uma indevida e mecânica emulação da capacidade do raciocínio jurídico.

## 4 Uma necessária *accountability*<sup>6</sup> para os sistemas de inteligência artificial

Sem sombras de dúvidas, os sistemas baseados em IA têm-se popularizado cada vez mais. Aos poucos, tal tecnologia deixa de ser privilégio de alguns para estar presente no cotidiano de pessoas, de empresas e do poder público. Sistemas de reconhecimento facial, *drones* inteligentes voltados ao monitoramento de grandes áreas rurais e urbanas, câmeras de segurança espalhadas em pontos estratégicos das cidades para o incremento da proteção da população,

---

<sup>6</sup>*Accountability*, termo da língua inglesa que ainda não tem uma tradução mais precisa na língua portuguesa, é conceito que denota práticas a serem observadas por aqueles que exercem relevantes funções em dada sociedade, a exemplo dos Poderes Públicos e das grandes corporações empresariais. Nesse sentido, de forma simplificada, *accountability* é o agir pautado por responsabilidade ética, transparência das ações, com uma devida e adequada prestação de contas de tais atos. Tal concepção liga-se à ideia de governança e também à de responsabilidade civil. Essas são apenas umas das razões pelas quais na atualidade esse assunto, combinado ao campo da IA, tem atraído cada vez mais a atenção de governos, corporações empresariais e organizações nacionais e internacionais.

uso militar voltado ao campo da espionagem, entre outros, são apenas alguns exemplos da utilização do novo avanço tecnológico baseado no mapeamento da forma cognitiva dos seres humanos.

Por conta disso, as decisões têm sofrido um intenso processo de automatização baseada em critérios na maioria das vezes não conhecidos ou bem explicados por seus criadores, de modo que passam a ter grande influência no dia a dia das pessoas sem que elas necessariamente percebam. De acordo com Gutierrez (2019, p. 86-87), algumas questões devem ser objetivamente respondidas, tais como:

– Como garantir que os sistemas de decisões automatizadas não discriminem (e, assim, respeitem o direito constitucional à não discriminação) ou não firam o direito à privacidade? – Quais são os critérios que estão embasando ou podem definir possíveis decisões de sistemas automatizados e que porventura podem ter como efeito a discriminação, ameaça à vida, à democracia ou ao cumprimento das leis vigentes? – É possível assegurar que um sistema de decisões automatizadas de determinada empresa está cumprindo as regras contratuais, as legítimas expectativas dos seus clientes e as leis vigentes?

O fato é que a tecnologia intelectual de hoje funciona como modalidade de cálculo racional da vida, o que faz com que essa extraordinária forma de pensar tenha um aumento exponencial de produtividade e eficiência. Isso não implica dizer que, paralelamente a todas essas relações entre pessoas e máquina, um de seus elementos mais caros, como a ética do comportamento humano, deva ser reduzido em sua complexidade – principalmente porque cada vez mais as relações humanas têm sido intermediadas por alguma modalidade de tecnologia da informação, seja ela de cunho inteligente ou não.

Apesar de se viver na Era do Pensamento Pragmático de alto poder de encantamento, é possível dizer que boa parte dessa sedução se liga ao fato de que, até agora, poucos ainda não perceberam que foram e continuam sendo encantados por esse pensamento. O problema não é reduzir a importância do pensamento pragmático, mas acreditar que todas as soluções para os efeitos colaterais do uso excessivo e irrefletido da tecnologia de hoje e do futuro só serão dadas também por essa mesma corrente do pensamento. Se levado ao seu extremo, o pragmatismo conduz à indolência do pensamento, “reduzindo-o a uma tendência hegemônica de se pensar e que, apesar de sua efetividade, gera o empobrecimento da contínua tarefa que todos os seres humanos herdaram que é a de construir a sua própria humanidade” (MARIZ, 2015, p. 71-72).

Na discussão das questionáveis condutas no manejo de sistemas de IA, já existem pessoas e entidades que voltam suas preocupações e estudos

aos sujeitos que desenvolvem e utilizam essa tecnologia, com o intuito de criar e de aprimorar importantes mecanismos de responsabilização. Entre as precursoras a se pronunciarem sobre o assunto, cita-se a IBM ([2017]), que lançou o manifesto *Data Responsibility @IBM*<sup>7</sup> no final de 2017. Por ser a IBM detentora da maior gama de conhecimentos a respeito da concepção da IA, os trabalhos e palestras de sua CEO, Ginni Rometty, ao apresentar a posição da empresa a respeito do tema, têm revelado importantes contribuições ultimamente.

Em 2018, durante a reunião anual do Fórum Econômico Mundial em Davos, Rometty (2018, tradução nossa) fez um discurso sobre a posição da IBM em torno do assunto:

Quando se fala a respeito de novas capacidades de Inteligência Artificial, devemos ser claros sobre quando e como está sendo aplicada e sobre quem a treinou, com quais dados e como. Está refletindo a nossa *expertise* profissional? Existem preconceitos não intencionalmente inseridos nela? Nós devemos explicar por que seus algoritmos tomam as decisões que tomam. E se uma empresa não consegue fazê-lo, seus produtos não deveriam estar no mercado. Por último, nós ainda temos a responsabilidade de nos certificarmos de que as novas ondas tecnológicas não podem deixar ninguém à margem de seu processo. Isso implica que devemos investir em modernas formas de desenvolvimento de nossas habilidades com o intuito de garantir que a força de trabalho no mundo tenha o conhecimento e a experiência necessária para trabalhar com tecnologias

<sup>7</sup>Um dos seus princípios mais intrigantes está no seu art. 4<sup>o</sup>, ao afirmar que a IBM acredita veementemente que a IA não pode substituir nem substituir as pessoas na tomada de decisões, em seus julgamentos, em suas intuições ou nas suas escolhas éticas. As companhias devem ser capazes de explicar quais são, de fato, as recomendações contidas em seus algoritmos. No original: “We firmly believe that artificial intelligence cannot and will not replace human decision-making, judgment, intuition or ethical choices. Companies must be able to explain what went into their algorithm’s recommendations” (IBM, [2017]).

como a IA ou o *blockchain*, preparando-se para os novos empregos que serão criados por essa era.<sup>8</sup>

No papel parece ser um bom discurso; no entanto, apenas na prática a sociedade global poderá descobrir o nível de comprometimento que a IBM de fato terá com os adquirentes de seus serviços e os afetados por eles. Apesar de, no discurso, haver uma suposta preocupação com os impactos que os sistemas de IA estão causando no mundo de hoje, fica patente também o argumento de solidificação do pensamento pragmático, que não está isento de críticas.

Além de esse tema ter sido debatido em 2018 no Fórum Econômico Mundial em Davos, foram realizados vários fóruns multilaterais, cuja temática principal girou em torno de práticas mais éticas na utilização dos sistemas de tecnologia de IA, com a criação de recomendações para agentes públicos e privados voltadas à criação de ações mais transparentes e passíveis de controle por parte de todos os setores da sociedade. De acordo com Gutierrez (2019, p. 88), uma das questões que assume o protagonismo nesse debate “é a definição universal sobre o que consiste um sistema de IA, qual é o seu ciclo de formação e quais são os seus principais atores”.

Simplificadamente, não há mais margens para dúvidas de que o tema da AI tem ocupado cada vez mais as discussões de todos os setores da academia, de governos e dos setores empresariais.

<sup>8</sup>No original: “When it comes to the new capabilities of artificial intelligence, we must be transparent about when and how it is being applied and about who trained it, with what data, and how. Does it reflect professional expertise? Are unintended biases built in? We must explain why its algorithms make the decisions they do. If a company can’t do that, their products shouldn’t be on the market. Lastly, we also have a responsibility to make sure that new waves of technology don’t leave anyone behind. That means investing in modern skills training to ensure the global workforce has the knowledge and experience to work in partnership with technologies like AI or blockchain, and is prepared for the ‘new collar’ jobs this era will create” (ROMETTY, 2018).

## 5 Algumas dificuldades enfrentadas pela inteligência artificial no trabalho de decodificação do processo cognitivo humano

As considerações a seguir configuram uma síntese do capítulo 2 (Os caminhos vitais) do livro de Carr (2011, p. 26), intitulado *A geração superficial: o que a internet está fazendo com os nossos cérebros*. Na obra, o autor descreve um breve roteiro da forma como opera o cérebro humano em seu processo de cognição desenvolvido por neurocientistas, biólogos e psicólogos.

A princípio, pode parecer que esta seção esteja descontextualizada do objetivo deste estudo – isto é, demonstrar a necessidade de aprimoramento dos mecanismos éticos e sociais com a utilização da IA no universo jurídico. Todavia, justifica-se tendo em vista que os sistemas de IA que atuam no mundo jurídico trabalham com o mecanismo do *machine learning*, com destaque para o *deep learning*, por operarem com mais autonomia do que o sistema analítico; nesse sentido, várias questões imprescindíveis devem ser apontadas, sob pena de o processo de alimentação de dados da máquina na criação do seu algoritmo não refletir necessariamente o ambiente cultural que ela pretende regular.

### 5.1 Os meandros pelos quais transitam o conhecimento

Mesmo com os avanços no conhecimento sobre o funcionamento físico do cérebro humano durante o século XX, uma antiga premissa entre neurologistas e biólogos permanecia intacta: a de que a estrutura do cérebro adulto jamais se alteraria. Apesar de a crença na imutabilidade do cérebro adulto estar amplamente difundida, havia uns poucos heréticos que a refutavam.

Com um novo enfoque, alguns psicólogos e biólogos começaram a constatar, no rápido e

crescente fluxo da pesquisa cerebral, algumas indicações de que até mesmo o cérebro de um adulto era maleável, dotado de plasticidade. Um dos grandes defensores dessa nova possibilidade era o biólogo britânico J. Z. Young, para quem o cérebro de fato poderia estar em constante fluidez, podendo ser adaptado a qualquer tarefa que lhe fosse requerida. Para Young (1951, p. 36, tradução nossa), “toda ação pode deixar alguma impressão no sistema nervoso”.

Young não foi o primeiro a discutir essa concepção. Setenta anos antes, o psicólogo americano William James já havia escrito algo semelhante a respeito da adaptabilidade cerebral. Para James (1890, p. 104-106), o cérebro é dotado de extraordinário grau de plasticidade, e, por isso, tanto forças externas quanto internas podem, de uma hora para outra, transformar a estrutura cerebral em algo bem diferente do que era antes. Essa mesma ideia foi adotada posteriormente por Sigmund Freud com algumas variações, que foram por ele descritas num manuscrito de 1895, infelizmente não publicado. Com o título *Project for a Scientific Psychology*, o manuscrito defendia que especialmente as barreiras de contato entre os neurônios poderiam alterar-se em resposta às experiências de uma pessoa.

Tais estudos foram frequentemente contestados pela maioria dos médicos e cientistas que estudavam os mecanismos de conhecimento do cérebro, pois todos estavam convictos de que a plasticidade do cérebro terminava na infância e que os caminhos vitais, sendo estabelecidos, não poderiam ser alargados ou estreitados, muito menos modificados<sup>9</sup>.

<sup>9</sup>De acordo com Carr (2011, p. 39), “a concepção do cérebro adulto como um aparato físico e imutável se desenvolveu a partir de, e foi ancorada por, uma metáfora da Idade Industrial que representava o cérebro como um maquinismo mecânico. Como uma máquina a vapor ou um dínamo elétrico, o sistema nervoso era composto por muitas partes, e cada uma tinha um propósito específico e predeterminado que contribuía de um modo essencial à operação bem-sucedida do todo. As partes não poderiam

Por conta da percepção de que o cérebro adulto é provido de uma estrutura estática, houve uma compreensão de que alguns problemas mentais não poderiam ser tratados, porque as intervenções seriam ineficazes ou injustificadas. Assim, como o cérebro não poderia mudar, a natureza humana por ele emanada parecia, necessariamente, fixa e inalterável. Não haveria regeneração, apenas degradação.

No final da década de 1960, Michael Merzenich – ao fazer seu trabalho de pós-doutoramento na Universidade de Wisconsin, em que ele mapeou o sistema cerebral por meio de sondas com a espessura de um fio de cabelo – começou a criar mapas muito detalhados no intuito de buscar novos *insights* a respeito da estrutura do cérebro. Após remover um pedaço do cérebro de um macaco, deixando uma pequena porção exposta, ele introduziu nela um micro eletrodo para registrar as sensações das mãos daquele animal. O resultado foi surpreendente: ao fazer pequenas incisões nos nervos sensoriais das mãos do macaco, ele percebeu que os nervos do animal voltavam a crescer a esmo, causando uma confusão no sistema cerebral. Isto é, as vias neurais do macaco haviam sido tecidas em um novo mapa mental, gerando aí um novo arranjo de nervos naquelas mãos (SYKA; MERZENICH, 2005).

Apesar de o trabalho de Merzenich, num primeiro momento, não ter despertado o debate na comunidade acadêmica dominante, voltada às concepções estáticas do cérebro, a partir da década de 1980, o seu trabalho começou a ser discutido mais seriamente. A neuroplasticidade

---

mudar, nem em sua forma nem em sua função, porque isso levaria, imediata e inexoravelmente, à avaria da máquina. Diferentes regiões do cérebro, e mesmo circuitos individuais, desempenhavam, papéis perfeitamente definidos no processamento de insumos sensoriais, em dirigir os movimentos dos músculos e em formar memórias e pensamentos; e esses papéis, estabelecidos na infância, não eram suscetíveis de alteração. Quando se tratava de cérebro, a criança era, de fato, como Wordsworth escrevera, o pai do homem”.

do cérebro era uma realidade para a qual não se podiam mais fechar os olhos.

Incentivados pelas descobertas de Merzenich, outros cientistas, após a realização de muitas outras experiências, chegaram à conclusão de que o cérebro não é exatamente plástico, mas, sim, maciçamente plástico. Apesar de a plasticidade cerebral ir diminuindo com o passar dos anos, ela nunca desaparece, pois os neurônios de uma pessoa sempre estão rompendo antigas conexões para formar novas, e, enquanto isso, várias células nervosas estão sendo constantemente criadas.

A plasticidade cerebral faz a harmonização entre duas filosofias que sempre estiveram em conflito: o empirismo, de John Locke, e o racionalismo, de Immanuel Kant. Para os empiristas, no nascimento a mente está em branco (“*tabula rasa*”) e o que se conhece advém das experiências acumuladas ao longo da vida; logo, o ser humano é produto da cultura, e não da natureza. Por sua vez, segundo os racionalistas, o ser humano nasce com modelos mentais inatos que determinam o modo como o mundo é percebido e compreendido, de forma que as experiências são submetidas a tais modelos mentais para serem filtradas; logo, há o predomínio da natureza, e não da cultura.

Nesse sentido, os genes humanos especificam muitas das conexões entre neurônios. Essas conexões geneticamente determinadas formam o modelo inato de Kant, que é a arquitetura básica do cérebro. No entanto, as experiências humanas regulam a intensidade, ou a efetividade de longo prazo, dessas conexões e, de acordo com o que sustenta Locke, configuram o remodelamento continuado da mente e a expressão de novos padrões de comportamento. De acordo com a neurociência, as filosofias em oposição dos empiristas e dos racionalistas encontraram seu fundamento comum na plasticidade cerebral.

Embora ofereça uma alternativa ao determinismo genético, a neuroplasticidade também

impõe a sua própria forma de determinismo ao comportamento humano. De acordo com estudos mais recentes da neurociência, circuitos particulares do cérebro começam a transformar essas atividades em hábito quando se fortalecem por meio da repetição de atividades físicas ou mentais. Exatamente nesse ponto reside o paradoxo da neuroplasticidade, pois ela acaba prendendo o cérebro, em tais ocasiões, a comportamentos rígidos.

Apesar de a plasticidade cerebral ter sido uma grande descoberta da neurociência nas últimas décadas, pode-se dizer que plástico não significa elástico, visto que o sistema cognitivo dos seres humanos não consegue retornar repentinamente ao seu estado anterior, a exemplo de um elástico de borracha. Assim, nada garante que o novo estado mental seja realmente desejável. Infelizmente, maus hábitos ficam arraigados no cérebro, assim como os bons hábitos cultivados. Da mesma forma que o cérebro pode construir circuitos novos e mais fortes por meio de práticas físicas ou mentais, tais circuitos também podem acabar sendo dissolvidos pela negligência. A possibilidade de decadência intelectual é inerente à maleabilidade do cérebro – o que, contudo, não significa que, diante de um esforço concentrado, não se possa mais redirecionar os sinais neurais para se reconstruírem algumas habilidades perdidas.

Nesta seção, almejou-se dizer e demonstrar que os ensinamentos da neurociência estão totalmente conectados aos estudos e às pesquisas que envolvem a IA. Na tentativa de transcrever o que pode ser aprendido pela máquina a respeito da forma como opera o processo de cognição no cérebro humano, a tarefa pode não ser tão perfeita assim – daí a necessidade de criar, discutir e aprimorar, a cada passo dado por essa nova tecnologia, instrumentos capazes de efetuar um forte filtro ético a respeito das formas pelas quais os sistemas de IA se têm

manifestado nos dias de hoje e quais podem ser as suas consequências no futuro.

## 5.2 Podem as máquinas pensar?

Um dos textos mais estudados a respeito da AI, desde seus primórdios, é o *Computing Machinery and Intelligence*, de Turing (1950). Nesse estudo, Turing procura demonstrar que, diante de determinadas condições, uma máquina, nos moldes de um computador digital, pode ocupar o lugar de um ser humano num diálogo. O objetivo maior do matemático britânico foi responder à seguinte questão: podem as máquinas pensar?

Para tanto, ele propõe uma espécie de jogo em que seus participantes, um homem A e uma mulher B, tentam dificultar o trabalho de um terceiro participante C, cuja função é interrogá-los, no intuito de determinar, por meio de suas produções linguísticas – às quais tem acesso apenas indiretamente –, quem é o homem e quem é a mulher. O objetivo do participante A é tentar fazer com que o interrogador C faça a identificação de modo equivocado ao lhe oferecer respostas falsas. A participante B, por sua vez, tem o objetivo de ajudar o interrogador, fornecendo-lhe respostas corretas e tentando convencê-lo de que seu adversário não está falando a verdade. Nessas condições, Turing (1950) propõe uma pequena alteração no jogo: a substituição do participante A por uma máquina, cuja função passaria a ser a de enganar o interrogador. Essa nova configuração do jogo é o que, para Turing, pode oferecer o contexto ideal, ou as condições necessárias, para que a máquina desempenhe aquilo que ele chama de “pensar”.

Desde o início de seu estudo, Turing deixa bem claro que seu propósito maior é unicamente fazer com que a máquina seja bem-sucedida no seu objetivo de não deixar o interrogador

saber que seu interlocutor não é humano. Assim, independentemente do que já foi discutido até hoje a respeito dos acertos e erros cometidos por Turing no seu importante estudo, o fato é que as máquinas hoje em dia conseguem, sim, em alguma medida, pensar com base em dados<sup>10</sup> coletados que alimentam o seu sistema operacional, convertidos em linguagem algorítmica.

Contudo, uma questão primordial deve ser levantada a respeito daquilo que pensam as máquinas: elas são capazes de desempenhar tão bem quanto os seres humanos a função, por exemplo, de um falante inserido num contexto conversacional? Em qualquer ambiência na qual a linguagem é empregada ao conduzir a comunicação entre duas pessoas, sempre devem ser levadas em consideração algumas questões que vão muito além de aspectos puramente gramaticais. Nesse sentido, pode-se perguntar também de que maneira fatores subjetivos e extralinguísticos – como a intencionalidade, o eufemismo, a intuição, a ironia etc. – poderiam ser equacionados pelas máquinas; de que forma a criatividade do interlocutor poderia ser imitada; como o sistema operacional poderia imitar a criatividade do comunicador; de que maneira operaria a deformação da regra feita pela interpretação do hermenauta, entre outros questionamentos.

Tudo isso sem olvidar outra questão não menos importante levantada por Sourdin (2018) a respeito da dificuldade encontrada pelos sistemas de IA na diferenciação entre a semântica e a sintaxe, dado que a linguagem binária, natural em sistemas computacionais, não está apta a incorporar os significados intrínsecos atrelados a expressões e situações particulares.

Nesse contexto, um dos problemas a serem enfrentados pelo *machine learning* é exatamente estabelecer em que extensão e medida se poderá dimensionar a mais adequada relação entre a linguagem e o pensamento. Se se parte da premissa de que os limites da linguagem humana são os limites do mundo em que se vive, como poderá a máquina ser capaz de

---

<sup>10</sup>De acordo com Barocas e Selbst (2016), a mineração de dados, desde a sua coleta até a apresentação do resultado, costuma utilizar cinco mecanismos sobre os quais podem recair distorções: a) definição do problema; b) treinamento de dados; c) seleção de dados; d) utilização de *proxies*; e e) utilização de *masking*. Em tais hipóteses, “ao se definir o alvo variável, nomeando e coletando os dados de treinamento, usando a seleção de dados e tomando decisões com base nos modelos resultantes, cada um desses passos pode criar a possibilidade de um resultado final que tenha um impacto desproporcional em grupos protegidos, seja por especificar o problema a ser resolvido de modo a afetar grupos de forma distinta, por cometer falhas em reconhecer ou endereçar distorções estatísticas, por reproduzir preconceitos históricos, por estarem baseados em uma gama insuficiente de fatores. Mesmo nas situações em que os mineradores de dados tenham agido com bastante cautela, ainda existe a possibilidade de surgir resultados discriminatórios com os modelos que, ainda que de forma não intencional, utilizaram-se de *proxies* como variáveis em casos de grupos protegidos” (BAROCAS; SELBST, 2016, p. 675, tradução nossa).

reproduzir um modelo de realidade por ela não dominado, já que ainda não existe um modelo de linguagem que envolva todas as possibilidades de interpretação da realidade?

Portanto, propõe-se aqui que, no caso do desenvolvimento de sistemas de IA, tão válido quanto o processo de sua criação é o processo de sua ética aplicada diante do componente humano que a utiliza.

## **6 As dificuldades na auditoria de sistemas de inteligência artificial**

Por conta da multiplicidade de sistemas de IA e suas múltiplas possibilidades de combinações, uma auditoria condizente torna-se bastante complexa. Não se quer dizer que um monitoramento viável e adequado seja algo impossível; o fato é que, na atualidade, muito é dito e desenvolvido a respeito da eficiência da aplicação de tais sistemas nas mais variadas áreas profissionais e do conhecimento, mas até agora pouco se fala a respeito de um *software* inteligente capaz de compreender as múltiplas linguagens traduzidas para esses sistemas, voltadas ao exame de eventuais vieses que podem ter sido captados pelas máquinas que acabam repetindo os preconceitos que são percebidos na era da modernidade.

Com o advento da tecnologia inteligente, o conjunto de variáveis envolvidas aumentou acentuadamente, e os limites de tempo e espaço para guardar e propagar as informações também se expandiram. Para Bell (1977, p. 45), a característica distintiva da tecnologia inteligente é o seu “esforço no sentido de definir a ação racional e identificar os meios para se chegar a tanto”.

Se, durante algum tempo, era suficiente a abertura para a auditoria dos códigos-fonte dos algoritmos para demonstrar a sua conformidade com leis ou padrões exigidos por governos, empresas, sociedade civil organizada e organizações internacionais, diante da atual diversidade de novos sistemas de IA, percebe-se que o grau de eficiência do seu monitoramento pode ser de eficácia reduzida. Um sistema de IA baseado num sistema analítico, por exemplo, pode ser de fácil controle; todavia, em sistemas inteligentes cujo modo operacional se dá por *machine learning*, seus mecanismos de monitoramento podem apresentar resultados totalmente insatisfatórios.

Como se comentou anteriormente, diante do fato de os algoritmos do *machine learning* serem desenvolvidos para interagir com ambientes externos e dinâmicos, seus códigos não determinam previamente as correlações e os parâmetros de análise, mas sim um padrão de probabilidades a ser preenchido com base na interação com o ambiente externo.



Para Gutierrez (2019, p. 90), “auditar tais códigos-fonte desses algoritmos tenderia a resultados inócuos”.

Todavia, ainda de acordo com Gutierrez (2019, p. 90),

[i]sso não significa, [...], a impossibilidade de auditorias e processos de *accountability* sobre sistemas de IA baseados em *machine learning* supervisionado. Nesse caso específico, é possível que se faça um registro dos *logs* de treinamento e calibragem dos sistemas de IA. A auditoria seria focada não no código-fonte, mas nesses *logs* que não são os *inputs* paramétricos desse tipo de sistemas de IA. Aliás, a construção e revisão desses parâmetros por equipes interdisciplinares e baseadas em amplo espectro de diversidade têm sido um mecanismo alternativo por empresas para evitar *by default* que esses sistemas tenham vícios de origem ou incorram em decisões éticas ou legalmente condenáveis. Embora ainda não sejam um requisito regulatório, os registros desses *logs* podem ser um importante recurso para empresas preocupadas em demonstrar seu compromisso e transparência [...]. Isso porque os parâmetros de correlações são formulados de maneira independente pelos sistemas a partir da interação com o ambiente dinâmico. E como foram formulados a partir de lógicas incomuns ao raciocínio humano, há grande dificuldade para se explicar de forma humanamente inteligível como esses sistemas chegaram a determinadas correlações ou resultados. E aqui, talvez, tenhamos de reconhecer que somos mesmo humanamente incapazes de fazê-lo e que necessitamos de outros instrumentais.

Segundo o autor, várias são as dificuldades e os desafios a serem enfrentados na busca por uma auditoria viável em termos de sistemas de IA. Contudo, outra questão que deve ser enfrentada é o fato de que, normalmente, quem está na ponta do desenvolvimento da tecnologia de IA são entidades de alto poder econômico, e, em algumas ocasiões, não existe o interesse em desenvolver paralelamente ao trabalho primordial uma pesquisa voltada ao controle do que ela está produzindo. Normalmente as entidades que voltam seus esforços para a construção de uma viável *accountability* a respeito do modo operacional dos sistemas de IA são organizações que dependem de doações de recursos dos setores público e privado, o que de certa maneira as impossibilita de acompanhar os desdobramentos mais atuais dessa tecnologia. Isso ocorre até mesmo porque grande parte do que se produz em termos de tecnologias de sistemas de IA está protegida por leis voltadas à proteção não só da propriedade intelectual como também do sigilo empresarial, e, quando tais tecnologias se tornam disponíveis no mercado, ainda existe a proteção do sigilo e da privacidade dos que a adquirem.

Nesse sentido, se por trás da criação, do desenvolvimento e da implementação da IA há toda uma organização em termos de material humano, incentivos financeiros e industriais em nível global, o mesmo

não se pode dizer a respeito da estrutura que está por trás dos que voltam as suas atenções e pesquisas ao controle ético e antropológico do que é considerado por alguns como o maior benefício da humanidade.

Desse modo, abrem-se novas perspectivas ou para fortalecer esse argumento ou para poder refutá-lo; e, independentemente da posição que se assuma, o fato é que as sociedades do futuro correrão sério risco de se submeterem a um rápido e intenso processo na contramão do que é prometido por tal tecnologia, caso o debate ético e antropológico a respeito dos sistemas de IA não seja efetivamente realizado e aprofundado por governos, sociedade civil, academia, setores empresariais, organizações nacionais e internacionais.

## 7 Conclusão

Diante do avanço tecnológico experimentado na atualidade, percebeu-se que por meio de algoritmos é perfeitamente possível produzir conexões e levantamento de dados que vão muito além da capacidade de cognição humana na realização de tais atividades. A cada dia, de modo perceptível ou não, a vida das pessoas tem sido regida pelos sistemas de IA, nas mais diversas áreas do conhecimento. O campo jurídico como um todo, inclusive a atividade judicial e as atuações de membros do Ministério Público, dos advogados e de autoridades policiais, está em franco e aberto processo de transformação. Perceber essas mudanças é um primeiro passo para, com base nelas, os profissionais da área jurídica poderem readequar as suas estratégias, a fim de conseguirem dar respostas mais rápidas, flexíveis e eficientes.

Contudo, é necessário que todos os envolvidos na área jurídica não abdicuem de um substrato mínimo ético essencial do processo de tomada de decisões, sob pena da redução do valor da Justiça a meros números estatísticos, que não atendem à realidade social que o Direito pretende regular.

Com isso, defende-se aqui a abertura de um amplo debate a respeito de sérias questões éticas envolvidas no processo não só de criação como também de aplicabilidade dos sistemas de IA nas áreas das Ciências Sociais Aplicadas, como ocorre com o Direito.

Apesar de o processo de tomada de decisões das máquinas da tecnologia do *machine learning* ser extremamente vantajoso e sedutor, a possibilidade de seus efeitos colaterais, a longo prazo, está diretamente ligada a essas dimensões – daí a necessidade de um redobrado trabalho de todos os setores, público e privado, a fim de que a sociedade de hoje e de amanhã, na busca de desenvolvimento social, não caia em situação completamente oposta, em que as desigualdades sociais acabem sendo agravadas.

## Sobre o autor

Henrique Alves Pinto é mestre em Direito Público e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, DF, Brasil; doutorando em Direito Público e Políticas Públicas pelo UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; professor de Direito Público e Direito Constitucional das Faculdades CNEC e FACTU, Unai, MG, Brasil; advogado.  
E-mail: henrikiobrien@hotmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

PINTO, Henrique Alves. A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: por uma necessária *accountability*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 43-60, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p43](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p43)

(APA)

Pinto, H. A. (2020). A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: por uma necessária *accountability*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(225), 43-60. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p43](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p43)

## Referências

BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big data's disparate impact. *California Law Review*, [Berkeley, CA], v. 104, n. 3, p. 671-732, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.15779/Z38BG31>. Disponível em: <https://canvas.stanford.edu/courses/60360/files/1469413>. Acesso em: 3 dez. 2019.

BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão social*. Tradução de Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1977.

BELLMAN, Richard. *An introduction to artificial intelligence: can computers think?* San Francisco: Boyd & Fraser Pub. Co., c1978.

CARR, Nicholas. *A geração superficial: o que a internet está fazendo com os nossos cérebros*. Tradução Mônica Gagliotti Fortunato Friaça. Rio de Janeiro: Agir, 2011.

CHITTENDEN, Tara. AI: artificial intelligence and the legal profession. [S. l.]: The Law Society, 2017. (Horizon Scanning: forward thinking). Disponível em: [https://academia.edu/36920594/Artificial\\_Intelligence\\_and\\_Legal\\_Profession](https://academia.edu/36920594/Artificial_Intelligence_and_Legal_Profession). Acesso em: 3 dez. 2019.

COPELAND, Michael. What's the difference between artificial intelligence, machine learning, and deep learning? *NVIDIA*, [s. l.], July 29, 2016. Disponível em: <https://blogs.nvidia.com/blog/2016/07/29/whats-difference-artificial-intelligence-machine-learning-deep-learning-ai>. Acesso em: 3 dez. 2019.

GUTIERREZ, Andriei. É possível confiar em um sistema de inteligência artificial?: práticas em torno da melhoria da sua confiança, segurança e evidências de *accountability*. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 83-97.

IBM. *Data Responsibility @IBM*. [S. l.]: IBM, [2017]. Disponível em: [https://www.ibm.com/blogs/policy/wp-content/uploads/2017/10/IBM\\_DataResponsibility-USLetter\\_WEB.pdf](https://www.ibm.com/blogs/policy/wp-content/uploads/2017/10/IBM_DataResponsibility-USLetter_WEB.pdf). Acesso em: 4 dez. 2019.

JAMES, William. *The principles of psychology*. New York: H. Holt and Company, 1890.

KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implication of artificial intelligence. *Business Horizons*, [s. l.], v. 62, n. 1, p. 15-25, Jan./Feb. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2018.08.004>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0007681318301393>. Acesso em: 4 dez. 2019.

MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v19i3.1587>. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587>. Acesso em: 4 dez. 2019.

MARIZ, Ricardo Spindola. A aprendizagem no passo e descompasso da sociedade. In: SOUSA, Carlos Ângelo de Meneses (org.). *Juventudes e tecnologias: sociabilidades e aprendizagens*. Brasília, DF: Liber Livro, 2015. p. 59-80.

MINISTRA Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial. *Notícias STF*, Brasília, DF, 30 ago. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>. Acesso em: 3 dez. 2019.

ROMETTY, Ginni. We need a new era of data responsibility. *World Economic Forum*, [s. l.], 21 Jan. 2018. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2018/01/new-era-data-responsibility>. Acesso em: 4 dez. 2019.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial intelligence: a modern approach*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1995.

SALAS, Javier. Google conserta seu algoritmo “racista” apagando os gorilas. *El País*, [s. l.], 16 jan. 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/14/tecnologia/1515955554\\_803955.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/14/tecnologia/1515955554_803955.html). Acesso em: 4 dez. 2019.

SARTOR, Giovanni; BRANTING, L. Karl. Introduction: judicial applications of artificial intelligence. *Artificial Intelligence and Law*, [s. l.], v. 6, n. 2-4, p. 105-110, June 1998. DOI: <https://doi.org/10.1023/A:1008223408127>.

SOURDIN, Tania. Judge v robot?: artificial intelligence and judicial decision-making. *University of New South Wales Law Journal*, [s. l.], v. 41, n. 4, p. 1.114-1.133, Nov. 2018. Disponível em: <http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2018/12/Sourdin.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2019.

SYKA, Josef; MERZENICH, Michael M. *Plasticity and signal representation in the auditory system*. New York: Springer, c2005.

TURING, Alan M. Computing machinery and intelligence. *Mind*, [s. l.], v. 59, n. 236, p. 433-460, Oct. 1950. DOI: <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>. Disponível em: <https://academic.oup.com/mind/article/LIX/236/433/986238>. Acesso em: 4 dez. 2019.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Apresentada originalmente como tese de doutorado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

YOUNG, John Zachary. *Doubt and certainty in science: a biologist's reflections on the brain*. Oxford, UK: Clarendon Press, 1951.

# Proteção previdenciária de imigrantes no Brasil

A cobertura dos acordos internacionais de cooperação previdenciária

MARCELO LEONARDO TAVARES

LUIS LOPES MARTINS

**Resumo:** O artigo examina a cobertura prevista nos acordos internacionais previdenciários firmados pelo Brasil, comparando-a com a cobertura garantida aos demais segurados do Regime Geral de Previdência Social. Conclui que a proteção previdenciária em tais acordos é significativamente mais restrita e que a tendência observável é de manutenção ou agravamento dessa limitação, com foco cada vez maior na cobertura de apenas três riscos sociais: idade avançada, incapacidade laborativa e morte.

**Palavras-chave:** Previdência social. Migração internacional. Acordos internacionais.

## The social insurance protection of immigrants in Brazil: the coverage of international social security cooperation agreements

**Abstract:** The article examines the coverage set forth in the social insurance international agreements signed by Brazil, comparing it with that guaranteed for the other insured persons of the Brazilian social security system. It concludes that social insurance protection in such agreements is significantly more restrictive and the observable tendency is to maintain or worsen this limitation, with an increasing focus on covering only three social risks: old-age, labor incapacity and death.

**Keywords:** Social insurance. International migration. International agreements.

Recebido em 30/9/19

Aprovado em 15/12/19

## 1 Introdução

O trabalho é um instrumento relevante para a economia dos indivíduos e das nações, e o único meio de garantia de subsistência das pessoas na grande maioria das vezes. Ao lado do capital e da terra, é um dos elementos da produção de riqueza.

A busca da segurança econômica por meio de melhores oportunidades de trabalho é um dos principais fatores da migração internacional, fenômeno facilitado, nos tempos atuais, por aspectos como a intensificação dos fluxos de informações, as transformações tecnológicas e o maior acesso aos deslocamentos (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, c2017).

Se, por um lado, a migração internacional pode promover a segurança econômica individual pelo trabalho, por outro, gera a necessidade de consideração de suas consequências previdenciárias. Por certo, o trabalho do imigrante<sup>1</sup> produz efeitos econômicos praticamente imediatos, mas o reflexo previdenciário ocorre em prazo alargado, pois muitas vezes exige a comprovação de períodos relativamente longos de filiação e contribuição como requisito para a proteção.

O que acontece, então, com trabalhadores que estiveram vinculados a regimes previdenciários em mais de um país e que em nenhum deles, isoladamente, tenham completado os requisitos necessários para serem amparados?

Há diversos instrumentos para lidar com esse problema, mas a principal resposta política para a proteção previdenciária de migrantes internacionais ainda é a cooperação internacional mediante acordos previdenciários bilaterais ou multilaterais – mecanismos que, entre outras previsões, permitem o reconhecimento recí-

proco dos períodos de contribuição ou carência, chamados de *totalização de períodos* nesses instrumentos.

O fenômeno da migração internacional, que se tem acentuado nos últimos tempos, ressalta a importância dos acordos internacionais de cooperação previdenciária, de modo que se pode questionar: qual é a proteção social garantida nos acordos internacionais previdenciários dos quais o Brasil participa? Existe diferença entre a proteção previdenciária garantida para os beneficiários dos acordos internacionais de previdência e os demais segurados do regime protetivo brasileiro?

Para responder a esses questionamentos, este trabalho foi estruturado em três seções. De início, busca-se introduzir brevemente o contexto da crescente relevância da proteção social e econômica de migrantes, bem como compreender o objetivo da previdência social. Em seguida, é detalhada a proteção previdenciária brasileira, relacionando cada um dos eventos que ensejam a cobertura estatal, bem como seus requisitos legais, a fim de verificar quais são os mais sensíveis para os imigrantes, por exigirem períodos mais longos de contribuição ou carência. Por fim, examina-se a cobertura garantida em cada um dos acordos internacionais de previdência dos quais o Brasil é signatário, comparando-a com a cobertura geral do regime previdenciário brasileiro para compreender tanto as atuais diferenças quanto as tendências da cooperação internacional brasileira.

## 2 Migração internacional e proteção social

A migração internacional é um dos principais instrumentos utilizados pelos indivíduos na busca de melhores condições econômicas, sociais e políticas. Na sociedade globalizada,

<sup>1</sup> Ainda que o presente trabalho por vezes se refira ao imigrante, as reflexões aqui expostas tratam não apenas da sua situação jurídica, mas também da dos emigrantes brasileiros que retornam ao País.

a interdependência econômica dos Estados e as facilidades de maior conectividade e de deslocamentos apresentam-se como novos fatores que afetam a mobilidade internacional, reduzindo alguns dos principais obstáculos relacionados a esse fenômeno (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, c2017)<sup>2</sup>.

Se, por um lado, tal conjuntura proporciona um dramático aumento na capacidade de acesso à informação e no fluxo de pessoas, capitais, bens e ideias, por outro, ainda há empecilhos bastante tradicionais para os deslocamentos internacionais. Entre os diversos problemas, que variam desde barreiras linguísticas e culturais até o crescente discurso político antiglobalização (MCAULIFFE; GOOSSENS; SENGUPTA, c2017), um tem especial relevância para este trabalho: a proteção econômica e social de migrantes internacionais<sup>3</sup>.

Os instrumentos de efetivação da proteção social, como a assistência ou a previdência, ainda são estruturados de forma tradicional, usualmente relacionados ao vínculo formal de emprego ou à nacionalidade. Isso faz com que essas políticas se estabeleçam como instrumentos que, muitas vezes, não apenas não reduzem as vulnerabilidades relacionadas aos imigrantes, como, em sentido oposto, as acentuam, a depender da maneira como o sistema protetivo é arquitetado (FAIST, 2013)<sup>4</sup>.

Por isso, o crescente fluxo internacional de pessoas afeta (ou, ao menos, deveria afetar) a forma como a proteção social deve ser estruturada, sendo desejável a previsão de mecanismos como a viabilização do acesso de imigrantes aos regimes protetivos nacionais, o acesso a redes informais de apoio aos imigrantes e sua família e, por fim, o fator que é o foco do presente trabalho: a portabilidade de direitos previdenciários entre países.

## **2.1 Proteção previdenciária em duas dimensões: indivíduos e riscos sociais cobertos**

Antes de tratar da análise da situação jurídica atual da portabilidade de direitos econômicos acumulados de imigrantes no Brasil, cabe perguntar: para que serve a previdência social? Apesar de parecer uma pergunta meramente provocativa, não raramente a finalidade da previdência social é esquecida nos inúmeros debates sobre o tema.

---

<sup>2</sup>Sobre o tema da migração internacional na sociedade globalizada, ver International Organization for Migration (c2017), Global Commission on International Migration (c2005) e Villen (2018).

<sup>3</sup>Sobre os debates acerca da proteção econômica e social de migrantes internacionais, ver Vonk (2018), Paul (2017), Sabates-Wheeler e Koettl (2010) e Avato, Koettl e Sabates-Wheeler (2010).

<sup>4</sup>Sobre o tema, ver United Nations (2018) e Van Panhuys, Kazi-Aoul e Binette (2017).

As discussões sobre o regime protetivo brasileiro – e a recente reforma da previdência promovida pela Emenda Constitucional (EC) nº 103/2019 (BRASIL, 2019b) não foge à regra – quase sempre trazem reflexões e sugestões sobre o regime financeiro mais adequado, requisitos de elegibilidade de benefícios, seus efeitos redistributivos ou aspectos tributários. Em meio a tantas perguntas relevantes, uma parece ficar relegada ao segundo plano: qual é o objetivo central da proteção previdenciária?

Outros direitos sociais e econômicos trazem na própria denominação uma noção intuitiva da ação que se pode exigir do Estado. Expressões como *saúde*, *educação* ou *proteção à maternidade*, ainda que possam gerar discordância acerca dos limites desejáveis de atuação estatal, já trazem em si uma razoável indicação de qual é o valor protegido, o objetivo a ser perseguido.

O termo *previdência social*, por outro lado, não desfruta de muita nitidez. Algumas expressões mais ou menos equivalentes utilizadas para designar arranjos similares em outros países podem ser um pouco mais claras, como *seguro social*, *social insurance* ou *seguridad social*, sempre tendo como elemento central a ideia de segurança. Ainda assim, fica a dúvida: segurança em face de quê? A resposta é simples: riscos sociais.

Riscos sociais<sup>5</sup> são eventos a que as pessoas estão sujeitas na vida em sociedade e que provocam grande impedimento ou tornam socialmente indesejável que um indivíduo mantenha seu sustento ou de sua família pela utilização de sua força de trabalho. O papel fundamental de

qualquer arranjo previdenciário é justamente o de proteger indivíduos em face de tais eventos, garantindo uma prestação estatal, normalmente pecuniária, em caso de sua concretização.

Por compor o núcleo duro do regime protetivo, a compreensão de quais são os riscos sociais a serem tutelados pelo Estado constitui debate central do Direito Previdenciário. Numa sociedade em que a força de trabalho representa, na maioria das vezes, o único mecanismo para a garantia da subsistência, é relevante compreender o processo que leva o Estado a reconhecer um evento como socialmente legítimo a ponto de justificar o afastamento do trabalho e ensejar a substituição da remuneração por um benefício previdenciário<sup>6</sup>.

O rol de riscos sociais resguardados em âmbito previdenciário mudou significativamente ao longo do tempo, juntamente com a própria sociedade e com a percepção do papel do Estado. Os primeiros arranjos protetivos institucionais, por exemplo, revelam uma compreensão muito diferente dos eventos sociais legitimados a receber o amparo previdenciário.

O surgimento dos regimes previdenciários, no final do século XIX, estava longe de representar um reconhecimento da solidariedade social em sua acepção comutativa, ou seja, “[d]o favorecimento ao sentimento de pertencimento da pessoa a um grupo determinado de iguais, bem como a avaliação de que se deve proteger o outro para que haja proteção de si mesmo em caso de necessidade” (TAVARES; SOUSA, 2016, p. 279). Ao contrário, no início a atuação estatal tinha como preocupação central a mitigação do crescimento da insatisfação das classes trabalhadoras e dos ideais socialistas. Justamente por isso, havia especial atenção para o efeito dos numerosos acidentes laborais – sobretudo

<sup>5</sup> Existem críticas à utilização do termo *risco social*, por englobar também eventos venturosos, como a maternidade, de forma que seria desejável sua substituição por outras expressões como *necessidades sociais*. Não concordamos com essa crítica, tendo em vista que o termo *risco* não necessariamente significa um evento indesejável, mas sim o conceito econômico utilizado para definir incertezas matematicamente mensuráveis. Para uma análise completa dos conceitos de risco e incerteza, ver Knight (1972).

<sup>6</sup> Ainda que haja benefícios sem o caráter de substituição à remuneração, essa é a regra geral.



na indústria – que, entre outras consequências, eliminavam ou reduziam a capacidade de trabalho dos indivíduos, levando-os à miséria e à indignidade. Não à toa os primeiros modelos previdenciários tinham uma concepção bastante limitada tanto dos grupos que mereceriam a atenção estatal quanto dos eventos que ensejariam a concessão de prestações previdenciárias.

Relativamente aos indivíduos cobertos, prevaleceu a visão mais restritiva, limitando a proteção a trabalhadores assalariados, os quais deveriam verter contribuições específicas, em conjunto com contribuições dos empregadores. Isso não era exatamente uma grande novidade, uma vez que já era comum a contratação de cobertura de seguros em face de tais eventos, prestada por seguradoras privadas. A diferença passava a ser a cobertura compulsória mediante um arranjo protetivo institucional, mas ainda com manutenção de características típicas dos seguros, como a limitação do grupo coberto e a exigência de contrapartida contributiva. Por isso, esse modelo previdenciário ficou conhecido como securitário. Em relação aos riscos sociais protegidos, privilegiaram-se os mais diretamente relacionados à atividade laboral em si, especialmente os acidentes de trabalho. Em seguida, foram incluídos também eventos como invalidez e idade<sup>7</sup>.

Aos poucos se modificaram os valores das sociedades, bem como a visão sobre os indivíduos que mereceriam proteção previdenciária e sobre os eventos que seriam merecedores da atenção governamental. O rol de riscos sociais juridicamente tutelados ganhou corpo, tendência identificável especialmente após a Segunda Guerra Mundial, e representou um rompimento notável com o paradigma anterior. O ideal de solidariedade deslocou-se para o centro do sistema – agora em sua acepção comutativa – como fundamento da proteção social.

Nesse segundo período, houve o alargamento da relação de pessoas e de eventos protegidos, bem como o surgimento de um paradigma distinto para conferir direitos previdenciários. O objetivo da proteção dos trabalhadores cedeu a uma visão de necessidade de promoção de proteção universal<sup>8</sup>. Os regimes passaram a ser financiados por tributos gerais e a garantir prestações mínimas a todos os cidadãos, sem distinção, com acepção distributiva de renda. Do lado dos riscos sociais, a segunda fase ampliou o rol de eventos a serem cobertos, de forma a garantir a proteção denominada “do berço ao túmulo”, passando a amparar também

---

<sup>7</sup> O marco inicial da cobertura previdenciária como um arranjo protetivo institucional é a legislação alemã sobre seguro de doença, em 1883, seguida pelo seguro de acidentes de trabalho, em 1884. Os eventos de invalidez e idade, por sua vez, passaram a ser cobertos a partir de 1889. Sobre o tema, ver Redi (2004).

<sup>8</sup> O principal documento inspirador do modelo de proteção social universal é o Relatório Beveridge (1942), plano de reestruturação do regime protetivo do Reino Unido, apresentado em 1942.

acontecimentos de natureza mais diversificada, como o desemprego e a maternidade. O que se observa nessa segunda fase é a ascensão da universalização dos regimes protetivos, com a ampliação da cobertura previdenciária no que diz respeito tanto à população coberta quanto aos riscos sociais.

Contudo, após esse período de *euforia protetora* (IBRAHIM, 2011) e a partir das primeiras crises do *Welfare State*, na década de 1980 as atenções voltaram-se para o equilíbrio financeiro dos sistemas, ora por meio de securitização dos esquemas universais, ora pela maior rigidez paramétrica, com a introdução ou a majoração de requisitos relacionados ao tempo de contribuição ou mesmo pela eliminação de certos benefícios e vantagens. É claro que o refluxo protetivo não se deu de forma brusca, estanque ou mesmo linear. Na prática, ao longo do tempo, observou-se a convergência entre os dois modelos, com mútua influência, ou seja, a inclusão tanto de aspectos universalizantes nos modelos inicialmente securitários quanto o oposto.

As mudanças foram sentidas com maior ou menor intensidade em cada regime protetivo e ocorreram de distintas maneiras em cada país, no que se refere tanto ao momento de concretização de tais alterações quanto ao conteúdo e à forma. A influência de cada um desses modelos no sistema previdenciário brasileiro e as dissonâncias deste em relação a outros modelos de proteção são aspectos relevantes para compreender algumas dificuldades, peculiaridades e tendências dos acordos internacionais.

### 3 Os riscos sociais protegidos no Brasil

No Brasil, a influência dos dois modelos protetivos – securitário e universal – é facilmente perceptível. A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2019a]) consagrou não somente a tendência de universalização dos direitos sociais verificada no pós-guerra, mas também ampliou o rol de riscos sociais amparados.

A universalização foi fixada como primeiro objetivo da seguridade social (art. 194, parágrafo único, I, da CRFB<sup>9</sup>), mas esse princípio jamais chegou a ser verdadeiramente concretizado na previdência social. Ao contrário do que aconteceu com a saúde, na previdência social foi mantido o paradigma securitário predominante desde os primeiros arranjos

---

<sup>9</sup>“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I – universalidade da cobertura e do atendimento” (BRASIL, [2019a]).

protetivos brasileiros, ainda que com aspectos de evidente influência dos modelos universalizantes<sup>10</sup>.

Quanto aos riscos sociais, a CRFB e a legislação previdenciária consolidaram a tendência de ampliação da proteção previdenciária, que inclui atualmente dez eventos: (i) idade avançada; (ii) tempo de contribuição sob condições especiais; (iii) morte; (iv) incapacidade total e permanente; (v) incapacidade parcial ou temporária; (vi) redução de capacidade laborativa; (vii) maternidade; (viii) despesas familiares com crianças; (ix) reclusão; e (x) desemprego<sup>11</sup>.

Apesar do rol amplo de eventos cobertos, justamente em razão da manutenção do paradigma predominantemente securitário, nem todos os trabalhadores gozam de tais garantias. Além dos excluídos da proteção previdenciária por não serem segurados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS)<sup>12</sup> ou por não preencherem os requisitos contributivos necessários, há um grupo de indivíduos que não raramente tem direito a um rol muito mais restrito de benefícios: os migrantes internacionais.

### **3.1 A concessão de benefícios no Regime Geral de Previdência Social**

A concessão de benefícios previdenciários no RGPS prevê, como regra geral, a exigência de carência e/ou tempo de contribuição. Esses requisitos tendem a ser especialmente mais elevados nos *benefícios programáveis*, ou seja, aqueles em que a materialização do risco social coberto é passível de ser previsto com razoável probabilidade. Eventos como idade avançada, por exemplo, podem ser antecipados com relativa precisão e, por isso, estão nessa categoria. Nesses casos, é justificável que o Estado exija um número de contribuições relativamente elevado para a concessão do benefício, a fim de que o montante vertido na fase inativa guarde razoável correspondência com as contribuições.

Os benefícios programáveis contrapõem-se aos denominados *não programáveis* ou *de risco*, isto é, que garantem a cobertura em face de acontecimentos de ocorrência incerta, tais como incapacidade laborativa ou maternidade. Justamente por poderem ocorrer a qualquer momento, não seria razoável exigir o cumprimento de longos períodos de contribuição para garantir a proteção em face desses infortúnios, sob perigo de desamparar boa parte dos trabalhadores.

---

<sup>10</sup> Resultado da influência de outro princípio constitucional, o da seletividade, previsto no art. 194, parágrafo único, III, da CRFB.

<sup>11</sup> A EC nº 103/2019 excluiu a cobertura do tempo de contribuição.

<sup>12</sup> Para uma análise dos padrões de inserção previdenciária no Brasil, ver Ansiliero e Costanzi (2017).

Por isso, observa-se uma grande discrepância entre os períodos mínimos de contribuição/carência exigidos entre benefícios programáveis (aposentadoria por idade, especial e por tempo de contribuição<sup>13</sup>), em que os períodos de carência ou tempo de contribuição exigidos são sempre superiores a quinze anos, e benefícios não programáveis (pensão por morte<sup>14</sup>, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, auxílio-acidente, salário-maternidade, salário-família, auxílio-reclusão e seguro desemprego), em que a exigência contributiva, quando há, é sempre igual ou menor que 1 ano, exceto no auxílio-reclusão, em que a carência é de dois anos<sup>15 16</sup>.

Para o direito à concessão de benefícios previdenciários no Brasil, tende a ser um problema especialmente sensível para os imigrantes a necessidade de cumprimento dos requisitos de tempo de contribuição ou de carência.

### **3.2 A totalização de períodos de contribuição por migrantes internacionais no Brasil**

Migrantes internacionais – sejam estrangeiros que vieram para o Brasil, sejam brasileiros que emigraram e voltaram – não raramente laboraram por períodos consideráveis no exterior, onde contribuíram para o regime previdenciário local. Ocorre que, ao virem para o Brasil, tais contribuições em princípio são ignoradas.

---

<sup>13</sup> Em que pese a eliminação da aposentadoria por tempo de contribuição do sistema previdenciário brasileiro depois da promulgação da EC nº 103/2019, o benefício ainda é assegurado aos que contam com direito adquirido à sua concessão. Além disso, a reforma previdenciária previu regras de transição mais suaves para determinados grupos com direito acumulado.

<sup>14</sup> Em relação à pensão por morte, o benefício pode ter natureza programável ou não programável, a depender do momento de ocorrência do evento gerador.

<sup>15</sup> Não havia exigência de carência até a edição da Medida Provisória nº 871/2019 (BRASIL, 2019e), convertida na Lei nº 13.846/2019 (BRASIL, 2019d).

<sup>16</sup> Devem ser consideradas as exceções previstas no art. 26 da Lei de Benefícios (Lei nº 8.213/1991) (BRASIL, [2019c]).

Esse contraste entre a relativa facilidade de mobilidade laboral e a dificuldade de mobilidade previdenciária é preocupante na sociedade contemporânea. De uma parte, a migração internacional é cada vez mais comum, mas, de maneira oposta, ainda existem importantes óbices à portabilidade de direitos previdenciários acumulados, imprescindíveis nos modelos protetivos securitários, como o brasileiro (BLANPAIN, 2013).

A principal forma de viabilizar tal portabilidade é pela cooperação internacional, com assinatura de acordos internacionais em matéria previdenciária que permitam a colaboração dos regimes de diferentes países, a fim de reconhecer reciprocamente direitos individuais acumulados, bem como estabelecer regras relativas a aspectos como operacionalização administrativa e compensação financeira.

O primeiro passo é a efetiva realização de tais acordos. Nesse ponto, não há dúvidas de que a cooperação internacional brasileira em matéria previdenciária apresentou avanços expressivos recentemente. Nos últimos 15 anos, observou-se a priorização dos países que têm elos migratórios históricos mais fortes com o Brasil, com a entrada em vigor de oito acordos bilaterais e dois multilaterais, que abrangeram um total de treze novos países, incluindo nove nações que representam as principais rotas migratórias para brasileiros<sup>17</sup>. Quantitativamente, isso significou um salto de cerca de 20% para mais de 80% na população de imigrantes abrangida (IBRAHIM; MARTINS, 2018)<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Vale mencionar a atualização de acordos internacionais mais antigos nesse período, como os firmados com a Espanha e Luxemburgo.

<sup>18</sup> Existem outros acordos internacionais em matéria previdenciária (incluindo um multilateral, envolvendo a Comunidade de Países de Língua Portuguesa) em processo de ratificação, além de processos em fase de tramitação ou de negociação com mais de uma dúzia de países. A estes se somam os países que ainda não ratificaram a Convenção Ibero-americana de Segurança Social.

Os acordos existentes e sua data de vigência constam da Tabela 1<sup>19</sup>:

**Tabela 1**

Países com os quais o Brasil mantém acordo de cooperação previdenciária e ano de início da vigência

PAÍS ACORDANTE	ACORDO ATUAL	PRIMEIRO ACORDO
Luxemburgo	2018	1967
Itália	1977	–
Cabo Verde	1979	–
Grécia	1990	–
Portugal	1995 <sup>20</sup>	1969
Espanha	2018	1995
Mercosul	2005	– <sup>21</sup>
Chile	2009	1996
Ibero-americano	2011	–
Japão	2012	–
Alemanha	2013	–
Canadá	2014	–
França	2014	–
Bélgica	2014	–
Coreia do Sul	2015	–
Quebec <sup>22</sup>	2016	–
Estados Unidos	2018	–
Suíça	2019	–

Fonte: elaborada pelos autores.

É inegável o avanço quantitativo dos acordos, mas há uma questão fundamental: qual é a proteção em face de riscos sociais assegurada por esses instrumentos em comparação com a cobertura prevista para os demais segurados do RGPS?

<sup>19</sup> Apesar da existência de esforços diplomáticos com o objetivo de coordenação de regimes de seguridade social anteriormente à Segunda Guerra Mundial, os acordos recíprocos no formato atual só emergiram após esse conflito (BRASIL, 2001).

<sup>20</sup> Também foi firmado um acordo adicional, em vigor desde 2006.

<sup>21</sup> Anteriormente já existiam acordos bilaterais firmados com o Uruguai (1980) e a Argentina (1982), além de acordo com o Paraguai, especialmente os relacionados aos trabalhadores da Usina Hidrelétrica de Itaipu.

<sup>22</sup> Conforme o Parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional sobre o Projeto de Decreto Legislativo nº 34/2015 (BRASIL, 2015b), no Canadá, embora sejam autônomas para organizar seus sistemas de seguridade, a maior parte das províncias delega sua administração ao governo central. A exceção é Quebec, que administra seu próprio sistema, tornando necessário firmar acordo específico. Tal possibilidade já havia sido prevista no acordo firmado com o Canadá.

## 4 A proteção previdenciária nos acordos internacionais

Imagine-se uma trabalhadora chamada Ana. Imagine-se que ela tenha morado em outro país dos vinte aos quarenta e sete anos de idade, tendo acumulado vinte anos de contribuição para o regime de previdência no exterior, e que se tenha mudado para o Brasil. Nos quinze anos seguintes, Ana alternou-se entre períodos de desemprego, de trabalho informal e de trabalho formal, somando 10 anos de contribuição para o RGPS.

Nesse cenário hipotético, a previdência brasileira, em princípio, reconhece apenas os dez anos de contribuição no Brasil, de forma que não será concedido a Ana qualquer benefício previdenciário que a proteja em face da idade avançada, dada a falta de carência, que é de 180 meses (15 anos). A única forma de assegurar a proteção previdenciária em face da velhice depende de o Brasil e o país em que ela trabalhou anteriormente cooperarem e reconhecerem reciprocamente os períodos de trabalho<sup>23</sup>.

Caso Ana tenha trabalhado, por exemplo, em Portugal, terá direito no RGPS à aposentadoria por idade. Caso tenha completado os requisitos até a promulgação da EC nº 103/2019, terá também acesso à aposentadoria por tempo de contribuição<sup>24</sup>. O mesmo aconteceria caso ela tivesse trabalhado na Alemanha ou na Grécia. Por outro lado, independentemente da data de cumprimento dos requisitos de elegibilidade, Ana terá direito unicamente à aposentadoria por idade caso tenha laborado anteriormente na Itália, Japão ou Chile. De forma mais grave, caso o trabalho tenha sido exercido na Colômbia, Venezuela, Israel, Suécia, Austrália ou China, ela não terá direito a benefício algum pelo RGPS.

O que se extrai desse cenário fictício é que indivíduos com situações fáticas muito similares têm direito a garantias jurídicas previdenciárias profundamente diferentes a depender do país em que tenham exercido atividades laborativas antes de migrarem para o Brasil, em virtude da existência ou não dos acordos de cooperação e dos termos em que são firmados.

### 4.1 As coberturas programáveis nos acordos previdenciários

A Tabela 2 mostra a atual previsão de cobertura previdenciária dos benefícios programáveis (que, como dito, tendem a ser os mais sensíveis para migrantes internacionais) em países com os quais o Brasil mantém acordo previdenciário:

---

<sup>23</sup> Deve ser ressalvada a hipótese de concessão de benefícios por período independente, em que não se utiliza o período de seguro de um dos países. Esse não é, no entanto, o foco da análise do presente artigo.

<sup>24</sup> Ou, naturalmente, caso se enquadre numa das hipóteses das regras de transição.

**Tabela 2**

Coberturas previstas nos acordos internacionais: benefícios programados

PAÍS ACORDANTE / BENEFÍCIO	Apos. por idade	Apos. por tempo de contribuição	Apos. especial
Luxemburgo	X	–	–
Itália	X	–	–
Cabo Verde	X	X	–
Grécia	X	–	–
Portugal	X	X	–
Espanha	X	–	–
Mercosul	X	–	–
Chile	X	–	–
Ibero-americano	X	–	–
Japão	X	–	–
Alemanha	X	X	X
Canadá	X	–	–
França	X	–	–
Bélgica	X	–	–
Coreia do Sul	X	–	–
Quebec	X	–	–
Estados Unidos	X	–	–
Suíça	X	–	–

Fonte: elaborada pelos autores.

Em relação aos benefícios programáveis, existe um evidente foco da cooperação internacional na cobertura da idade avançada, presente nos dezoito acordos internacionais firmados pelo Brasil. A previsão invariável de garantia da aposentadoria por idade não chega a ser surpreendente, pois se trata de uma das coberturas mais tradicionais – o principal risco social coberto pelos regimes previdenciários atualmente no mundo<sup>25</sup>.

É bem verdade que, no Brasil, a aposentadoria por idade dividia, até a EC nº 103/2019, o protagonismo dos benefícios programáveis com a aposentadoria por tempo de contribuição e, em menor medida, com a aposentadoria especial, sendo que o número de concessão dos dois últimos foi superior ao de aposentadorias por idade em áreas urbanas nos últimos anos (ANUÁRIO ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2017).

No resto do mundo, entretanto, o quadro é bastante diverso, o que se reflete nos acordos previdenciários. A aposentadoria por tempo de contribuição contava pouquíssimos equivalentes em regimes previden-

<sup>25</sup> A proteção social em face da idade avançada é a mais comum em todas as regiões do mundo. Sobre a cobertura previdenciária e assistencial comparada, ver International Labour Organization (2017).

ciários estrangeiros. Apenas doze países do mundo têm cobertura similar e nenhum deles tem elos migratórios especialmente fortes com o Brasil: Arábia Saudita, Argélia, Bahrein, Egito, Equador, Hungria, Iêmen, Irã, Iraque, Luxemburgo, Sérvia e Síria (NERY, 2016, p. 16).

No Brasil, mesmo antes das alterações promovidas pela EC nº 103/2019, a aposentadoria por tempo de contribuição sempre esteve recorrentemente no centro de discussões sobre a aceitabilidade de sua existência, sofrendo críticas principalmente em razão da pertinência de considerar tempo de contribuição como um risco social a ser protegido e quanto à regressividade do benefício.

A previsão da aposentadoria especial nos acordos previdenciários firmados pelo Brasil também parece sofrer com a inexistência de equivalentes diretos em sistemas estrangeiros. Apesar de se tratar de benefício relacionado a risco social mais justificável que o da aposentadoria por tempo de contribuição, a forma de cobertura invariavelmente é distinta da existente no Brasil, em que há um benefício específico relacionado com o exercício de atividades sob condições nocivas<sup>26</sup>. Nos regimes previdenciários estrangeiros, quando há alguma diferenciação, ela geralmente é apresentada sob a forma de redução dos requisitos para a aposentadoria por idade (por exemplo, diminuição dos critérios de idade mínima, de tempo de contribuição, ou majoração das contribuições acumuladas) (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2014).

Entre os países que dão tratamento diferenciado para esses trabalhadores, diversos mantêm acordos previdenciários com o Brasil, casos da Alemanha, Argentina, Bélgica, Espanha e Portugal. No entanto, há diferenças fundamentais. De todos, o Brasil é o único que não estipulava idade mínima para o benefício, com critério de concessão exclusivamente relacionado com número de anos de exercício da atividade, algo que somente foi modificado com a EC nº 103/2019. Além disso, não raramente tais benefícios são voltados para grupos muito mais restritos que os da legislação brasileira. Na Bélgica, por exemplo, a cobertura especial limita-se a mineradores, trabalhadores marítimos e trabalhadores da aviação. Em Portugal, o rol inclui apenas nove categorias, abrangendo algumas menos convencionais como bailarinos profissionais clássicos ou contemporâneos e bordadeiras da Região Autónoma da Madeira.

Uma hipótese é que essas acentuadas diferenças no tratamento do tema tenham influenciado a exclusão da aposentadoria especial da cobertura prevista pela imensa maioria dos acordos internacionais, com a única

---

<sup>26</sup> Não se pode desprezar a existência de debates acerca da natureza do benefício de aposentadoria especial, notadamente se seria espécie de aposentadoria por tempo de contribuição ou espécie autônoma de benefício. Neste artigo, os autores filiam-se à segunda corrente.



exceção do firmado com a Alemanha. Isso muitas vezes acaba por criar uma situação bastante curiosa, em que ambos os regimes reconhecem que certas atividades apresentam peculiaridades e necessidade de tratamento previdenciário especial; porém, em razão de cada regime tratar a questão de forma diversa, conferindo vantagens desiguais, pactua-se que o trabalhador não terá vantagem alguma.

## 4.2 As coberturas de risco nos acordos previdenciários

Quanto às coberturas não programáveis ou de risco, a previsão dos acordos internacionais previdenciários firmados pelo Brasil é a elencada nas Tabelas 3 e 4:

**Tabela 3**

Coberturas previstas nos acordos internacionais: benefícios de risco (incapacidade)

PAÍS ACORDANTE / BENEFÍCIO	Apos. invalidez	Auxílio-doença	Auxílio-acidente
Luxemburgo	X	–	–
Itália	X	X	X
Cabo Verde	X	X	X
Grécia	X	X	X
Portugal	X	X	X
Espanha	X	X <sup>27</sup>	X <sup>28</sup>
Mercosul	X	X <sup>29</sup>	–
Chile	X	–	–
Ibero-americano	X	X <sup>30</sup>	X <sup>31</sup>
Japão	X	–	–
Alemanha	X	–	X
Canadá	X	–	–
França	X	X	–
Bélgica	X	–	–
Coreia do Sul	X	–	–
Quebec	X	–	–
Estados Unidos	X	–	–
Suíça	X	–	–

Fonte: elaborada pelos autores.

<sup>27</sup> Apenas para os benefícios de natureza acidentária.

<sup>28</sup> Apenas para os benefícios de natureza acidentária.

<sup>29</sup> A previsão do benefício de auxílio-doença não consta do acordo, senão da Resolução nº 1/2005, da Comissão Multilateral Permanente.

<sup>30</sup> Apenas para os benefícios de natureza acidentária.

<sup>31</sup> Apenas para os benefícios de natureza acidentária.

**Tabela 4**

Coberturas previstas nos acordos internacionais: benefícios de risco (outros riscos)

PAÍS ACORDANTE / BENEFÍCIO	Pensão por morte	Salário-maternidade	Salário-família	Auxílio-reclusão	Seguro-desemprego
Luxemburgo	X	-	-	-	-
Itália	X	-	-	-	-
Cabo Verde	X	X	X	-	-
Grécia	X	X	X	-	-
Portugal	X	X	X	-	-
Espanha	X	-	-	-	-
Mercosul	X	-	-	-	-
Chile	X	-	-	-	-
Ibero-americano	X	-	-	-	-
Japão	X	-	-	-	-
Alemanha	X	-	-	-	-
Canadá	X	-	-	-	-
França	X	X	-	-	-
Bélgica	X	-	-	-	-
Coréia do Sul	X	-	-	-	-
Quebec	X	-	-	-	-
Estados Unidos	X	-	-	-	-
Suíça	X	-	-	-	-

Fonte: elaborada pelos autores.

É especialmente interessante nos acordos internacionais o panorama dos benefícios mais diretamente relacionados com a perda de capacidade laborativa: aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente.

Como já se mencionou, muito antes de representar o reconhecimento da igualdade dos indivíduos e a necessidade de instrumentos capazes de promover solidariedade social, o desenvolvimento inicial dos regimes de proteção social institucionais no século XIX teve como finalidade central a mitigação do crescimento da insatisfação das classes trabalhadoras. Por isso, a prioridade inicial de tais regimes era justamente garantir prestações pecuniárias em face da perda de capacidade laborativa, especialmente na hipótese de acidente de trabalho.

Esse foco de proteção em face da incapacidade para o trabalho, que marcou o início dos regimes previdenciários, ainda parece refletir-se nos acordos internacionais de previdência, configurando o risco social não programável mais amplamente atendido. Em todos os acordos há cobertura da incapacidade permanente e é muito mais comum a cobertura de incapacidade parcial/temporária e de redução de capacidade do que

outros riscos sociais não programáveis como a maternidade ou o desemprego. Ainda assim, não se pode dizer que a previsão das coberturas de incapacidade temporária e parcial seja comum: apenas oito dos dezoito acordos preveem direito ao benefício de auxílio-doença e apenas sete ao auxílio-acidente, sendo que, nos acordos Ibero-americano e com a Espanha, a cobertura existe apenas na hipótese de acidentes laborais.

Num primeiro momento, parece justificável a priorização da cobertura do benefício de aposentadoria por invalidez em razão da relação com um evento mais grave, a incapacidade total e permanente. No entanto, deve ser feita uma ressalva que evidencia a gravidade da diferença de tratamento dos benefícios por incapacidade do RGPS para os beneficiários dos acordos internacionais. Cabe lembrar que o auxílio-doença não se destina apenas à incapacidade laborativa temporária, mas também à incapacidade parcial e permanente, ou seja, quando o trabalhador não pode mais exercer a atividade em que laborava, mas pode ser reabilitado para outras funções.

Um exemplo pedagógico seria de um trabalhador jovem e com razoável nível de instrução, responsável pela instalação e manutenção de máquinas de uma fábrica e que perca a mobilidade de um braço. Sem dúvida, esse indivíduo não poderá mais exercer a atividade anterior, mas é plenamente viável que seja reabilitado para atuar em áreas administrativas da empresa, por exemplo. Mesmo nesses casos em que as sequelas são definitivas, por pairar no ar esse espírito da possibilidade de reabilitação (que raramente se concretiza), muitas vezes não é concedida a aposentadoria por invalidez, mas sim o benefício de auxílio-doença, ainda que por períodos extremamente longos, não sendo incomum que tenha duração superior a uma década.

Ao inviabilizar o auxílio-doença para os beneficiários dos acordos internacionais, atribui-se a esse grupo um ônus maior em caso de ocorrência

de algum acidente ou incapacidade laboral, com a exigência de comprovação de impossibilidade de reabilitação, mesmo nos casos em que as sequelas e a incapacidade para a atividade desempenhada sejam permanentes, sob risco da própria subsistência do indivíduo.

De forma parecida, o auxílio-acidente também se destina à cobertura de risco social com consequências perenes: a redução permanente de capacidade laborativa. Um exemplo de concessão do benefício seria um digitador que perca dois dedos de uma das mãos. Ele certamente não está incapaz para o trabalho, mas sua capacidade foi significativamente reduzida. Como também se observou a respeito da aposentadoria especial, mesmo nos acordos com países em que existem coberturas muito similares à do auxílio-acidente, a exemplo da França e do Chile, tal benefício não foi previsto.

Em relação aos demais riscos sociais não programáveis, eles parecem ocupar posição pouquíssimo prioritária nos tratados previdenciários. O caso mais grave, sem dúvida, é o do salário-maternidade, que, apesar de configurar risco social coberto em praticamente todos os países acordantes – a única exceção são os Estados Unidos<sup>32</sup> –, é garantido em apenas quatro acordos.

No mesmo sentido, em todos os países há garantia de algum tipo de cobertura protetiva ao desemprego temporário, mas o seguro-desemprego não é previsto em nenhum acordo internacional. A exclusão pode relacionar-se com um aspecto mais pragmático, tendo em vista que o desemprego é situação extremamente comum no momento da imigração.

Em relação ao salário-família e ao auxílio-reclusão, ambos os benefícios apresentam peculiaridades que explicam a sua inexistência como regra nos pactos de cooperação previdenciária.

---

<sup>32</sup> Nos Estados Unidos, não existem benefícios previdenciários institucionais de amparo à maternidade em âmbito nacional (SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION, 2018).

São benefícios que poderiam perfeitamente ser classificados como não previdenciários e, no segundo caso, a cobertura é em face de um risco social pouco ortodoxo.

O salário-família é voltado para segurados de grupos familiares de baixa renda e com filhos menores de 14 anos ou inválidos. No auxílio-reclusão, o risco é a prisão do instituidor de baixa renda. Tais coberturas aproximam-se muito mais de políticas assistenciais que previdenciárias, inclusive pela necessidade de comprovação de baixa renda para a sua concessão, característica tipicamente associada à assistência social. Por tais razões, apesar de não ser raro ver em países estrangeiros complementações de renda ou benefícios similares, especialmente em relação à cobertura de despesas familiares com crianças, é mais comum que componham o regime assistencial ou universal, o que pode ajudar a esclarecer sua exclusão dos tratados internacionais<sup>33</sup>.

### 4.3 A proteção social garantida pelos acordos internacionais previdenciários

Que reflexões se podem fazer relativamente à atual previsão de cobertura de riscos sociais nos acordos internacionais previdenciários dos quais o Brasil é signatário?

A primeira é a indiscutível preponderância da cobertura de três riscos sociais: (i) idade avançada, (ii) morte e (iii) incapacidade. São

benefícios básicos nos sistemas gerais de previdência e previstos, em geral, desde a origem nos diversos países. A ampla maioria dos acordos prevê a proteção apenas em face desses três riscos, aliás de forma bastante restritiva em relação à incapacidade, em que predomina a cobertura da incapacidade total e permanente ou em decorrência de acidentes laborais.

De forma geral, a tendência – em certa medida compreensível – parece ser a de cobertura justamente dos riscos sociais com caráter definitivo, preterindo coberturas em face de eventos que geram impedimentos temporários, como desemprego ou maternidade, no caso dos quais é mais rápida a aquisição dos requisitos de elegibilidade.

Cabe destacar aqui a utilização da palavra *tendência*: em regra, os acordos previdenciários com coberturas mais amplas de riscos sociais (casos de Portugal, Grécia, Itália e Cabo Verde) são exatamente os acordos mais antigos, e a limitação aos três benefícios mencionados tem sido a principal marca dos acordos recentes.

Também se pode afirmar que a cobertura previdenciária mais restritiva que caracteriza a maioria dos acordos não representa um estágio inicial de relação de cooperação previdenciária entre os países, que poderia posteriormente evoluir para uma cobertura mais abrangente de benefícios e riscos sociais, mas sim uma tendência de restrição dos direitos previdenciários nos acordos internacionais. Essa observação é ratificada por exemplos notáveis de redução da cobertura ao longo do tempo, a partir da assinatura de tratados de atualização da cooperação previdenciária, que apresentaram termos bem mais restritivos.

É extremamente elucidativo o caso da Espanha: o acordo firmado com o país ibérico em 1995 contava com previsão protetiva bastante ampla – com cobertura de benefícios como auxílio-doença, aposentadoria por tempo de

<sup>33</sup>No mundo, 69 países garantem benefícios em face de despesas familiares em sistemas não contributivos, ante 34 países em que tal cobertura exige a comprovação de contribuições e mais 14 países em que coexistem os dois modelos. Em relação aos países em que é exigida a contrapartida contributiva, a imensa maioria é de nações africanas e asiáticas que não mantêm cooperação internacional previdenciária com o Brasil. Dos países que garantem a cobertura de despesas familiares e que têm acordos firmados em matéria previdenciária, 9 asseguram tal risco em modelos securitários: Argentina, Bolívia, Chile, Japão, Bélgica, Grécia, Itália, Portugal e Reino Unido. À exceção da Grécia, em todos os casos existem coberturas paralelas em modelos assistenciais (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2017).

serviço, salário-maternidade e salário-família –, mas o direito a tais prestações foi eliminado com a entrada em vigor em 2018 do Acordo Complementar de Revisão do Convênio de Seguridade Social (BRASIL, 2018), que passou a prever apenas as prestações básicas mais comuns nos pactos internacionais: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, pensão por morte e benefícios em decorrência de acidentes de trabalho e doenças profissionais.

O mesmo ocorreu com Luxemburgo, o primeiro país a firmar acordo de cooperação em matéria previdenciária com o Brasil. O primeiro pacto entre os países previa a concessão, pelo RGPS, de benefícios como auxílio-doença e salário-maternidade, ao passo que o novo acordo, também de 2018, prevê unicamente o direito aos benefícios de aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez e pensão por morte.

## 5 Conclusão

A análise dos riscos sociais cobertos nos acordos internacionais de cooperação em matéria previdenciária dos quais o Brasil é signatário aponta um relevante crescimento da população abrangida, em função da assinatura de acordos com países de relevante fluxo migratório com o Brasil nos últimos anos. Com isso, a população de migrantes internacionais potencialmente beneficiada por tais tratados passou de cerca de 20% em 2005 para mais de 80% atualmente – um inquestionável avanço. Apesar desse progresso quantitativo, é fundamental o exame dos termos de tais acordos, ou seja, da evolução do conteúdo da cooperação internacional brasileira em matéria previdenciária, com foco na cobertura de riscos sociais, o elemento central da proteção previdenciária.

Nessa perspectiva, o cenário é distinto: observa-se uma limitação do foco da coopera-

ção internacional previdenciária a três riscos sociais: idade avançada, morte e incapacidade (especialmente a incapacidade total e permanente ou a decorrente de acidentes laborais), os quais são cobertos em todos os acordos em vigor e caracterizam-se, além da longa tradição histórica de sua cobertura pelos regimes previdenciários, pelo fato de geralmente garantirem prestações vitalícias ou de longo prazo<sup>34</sup>. Entre eles, é especialmente relevante a cobertura da idade avançada, sem dúvida o risco social protagonista de qualquer regime previdenciário nas sociedades contemporâneas. A onipresença de sua cobertura nos acordos internacionais é fato que merece destaque, inclusive em virtude de o benefício correlato – aposentadoria por idade – exigir período bastante longo de carência, o que reforça a importância de sua previsão nos tratados internacionais previdenciários. De qualquer forma, uma coisa é certa: a cobertura dos migrantes beneficiários dos acordos internacionais é muito distinta dos demais segurados do RGPS.

Quanto aos benefícios programáveis, os beneficiários dos acordos geralmente não têm direito à aposentadoria por tempo de contribuição e à aposentadoria especial, ainda que a própria existência do primeiro seja passível de críticas, inclusive com sua recente eliminação do RGPS em razão das alterações constitucionais promovidas pela EC nº 103/2019.

Também impressiona que prestações temporárias comuns em regimes previdenciários estrangeiros e que garantem a cobertura em face de riscos sociais relevantes, como incapacidade temporária ou gravidez, sejam tão pouco comuns nos tratados: apenas oito dos dezoito acordos preveem o direito ao auxílio-doença

<sup>34</sup> Em relação à pensão por morte, devem-se considerar as alterações no tocante à duração do benefício, promovidas pela Lei nº 13.135/2015 (BRASIL, 2015a) na Lei nº 8.213/1991.

(dois deles apenas em caso de acidente de trabalho) e somente quatro ao salário-maternidade. A esses benefícios juntam-se salário-família, auxílio-acidente, auxílio-reclusão e seguro-desemprego, todos com poucos ou nenhum caso de previsão normativa nos acordos internacionais. Nesses casos, não se pode deixar de mencionar que a gravidade da ausência de previsão é mitigada pela relativa rapidez para a obtenção dos requisitos de elegibilidade de tais benefícios, em todos os casos inferior a dois anos e quase sempre igual ou inferior a um ano.

Mesmo assim, tais restrições parecem gerar uma diferença notável na distribuição de benefícios concedidos à população brasileira em geral e nos benefícios concedidos aos migrantes internacionais com base nos acordos previdenciários. Juntos, aposentadoria por idade, pensão por morte e aposentadoria por invalidez representaram 94,6% do total de benefícios concedidos em 2017 no âmbito dos acordos internacionais, percentual muito superior ao que representaram tais benefícios do RGPS para a população geral: menos de 30% (ANUÁRIO ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2017).

Em razão de tudo o que se observou, é possível chegar a duas conclusões relevantes. Primeiramente, a proteção previdenciária garantida pelos acordos internacionais previdenciários é muito mais restrita que a dos demais segurados do RGPS. Em segundo lugar, tais diferenças não representam um estágio inicial de cooperação internacional previdenciária que poderia evoluir ao longo do tempo até a total compatibilização dos regimes. Pelo contrário, observa-se que tanto os acordos mais recentes quanto os convênios de atualização dos acordos firmados no passado têm pactuado termos mais restritivos, limitando-se normalmente à proteção de três riscos sociais: idade avançada, morte e incapacidade laborativa.

Se inicialmente os acordos internacionais previdenciários firmados pelo Brasil pareciam ter pretensões ambiciosas, com grande integração entre os regimes e reconhecimento recíproco dos períodos de totalização aplicável praticamente à integralidade dos benefícios previstos no RGPS, hoje se verifica um objetivo mais discreto, com foco nos três riscos sociais mencionados, que, além de seu caráter permanente, guardam outra característica em comum: foram justamente os três primeiros riscos sociais acobertados pelos primeiros arranjos institucionais previdenciários, num momento de visão muito mais restritiva sobre os direitos sociais dos indivíduos.

Por fim, uma constatação objetiva ilustra a gravidade dessa tendência atual de restrição protetiva dos acordos internacionais: além de não assegurar aos imigrantes a efetiva cobertura dos riscos sociais garantidos na CRFB, a maioria dos acordos seria incapaz sequer de cumprir as normas mínimas de cobertura previdenciária de riscos sociais previstas nos prin-

cipais tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil, inclusive as do Protocolo de San Salvador e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

## Sobre os autores

Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutorando em Direito Público na Université Lyon III (Jean Moulin), Lyon, França; professor adjunto da UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; juiz federal, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
E-mail: marceloltavares@globo.com

Luis Lopes Martins é mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutorando em Direito do Trabalho e Previdenciário na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; assessor de desembargadora no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
E-mail: lopesmartins.luis@gmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

TAVARES, Marcelo Leonardo; MARTINS, Luis Lopes. Proteção previdenciária de imigrantes no Brasil: a cobertura dos acordos internacionais de cooperação previdenciária. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 61-82, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p61](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p61)

(APA)

Tavares, M. L., & Martins, L. L. (2020). Proteção previdenciária de imigrantes no Brasil: a cobertura dos acordos internacionais de cooperação previdenciária. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(225), 61-82. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p61](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p61)

## Referências

ANSILIERO, Graziela; COSTANZI, Rogério Nagamine. Cobertura e padrão de inserção previdenciária dos trabalhadores autônomos no regime geral de previdência social. *Texto para Discussão (Ipea)*, Rio de Janeiro, n. 2.342, p. 5-70, out. 2017. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8113/1/td\\_2342.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8113/1/td_2342.pdf). Acesso em: 27 dez. 2019.

ANUÁRIO ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Brasília, DF: Ministério da Fazenda: DATAPREV: INSS, 2017, v. 24. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2019.

AVATO, Johanna; KOETTL, Johannes; SABATES-WHEELER, Rachel. Social security regimes, global estimates, and good practices: the status of social protection for international

migrants. *World Development*, [s. l.], v. 38, n. 4, p. 455-466, Apr. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2009.10.003>.

BEVERIDGE, William Henry. *Social insurance and allied services*. London: H. M. Stationery Office, 1942. Disponível em: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.275849>. Acesso em: 27 dez. 2019.

BLANPAIN, Roger (ed.). *Social security and migrant workers: selected studies of cross-border social security mechanisms*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013. (Bulletin of Comparative Labour Relations, 84).

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 9.567, de 16 de novembro de 2018*. Promulga o Acordo Complementar de Revisão do Convênio de Seguridade Social Firmado entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, em Madri, em 24 de julho de 2012. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9567.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9567.htm). Acesso em: 27 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019*. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em: 27 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 27 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015*. Altera as Leis nº 8.213, de 24 de julho de 1991, nº 10.876, de 2 de junho de 2004, nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm). Acesso em: 27 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019*. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019d. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13846.htm). Acesso em: 27 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 871, de 18 de janeiro de 2019*. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019e. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm). Acesso em: 27 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Previdência e Assistência Social. *Acordos internacionais de previdência social*. Brasília, DF: MPAS, 2001. (Coleção Previdência Social, v. 14). Disponível em: [https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/norma%20sem%20numero/Acordos%20Internacionais%20com%20Brasil\\_previdencia.pdf](https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/norma%20sem%20numero/Acordos%20Internacionais%20com%20Brasil_previdencia.pdf). Acesso em: 27 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Parecer [da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, sobre o Projeto de Decreto Legislativo nº 34, de 2015]*. Brasília, DF: Senado Federal, 2015b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4726926&ts=1559285723090&disposition=inline>. Acesso em: 27 dez. 2019.

FAIST, Thomas (ed.). *Transnational social protection: an emerging field of study*. Bielefeld: COMCAD, 2013. (COMCAD Working Paper Series, n. 113). Disponível em: [https://www.uni-bielefeld.de/en/soz/ab6/ag\\_faist/downloads/WP\\_113.pdf](https://www.uni-bielefeld.de/en/soz/ab6/ag_faist/downloads/WP_113.pdf). Acesso em: 27 dez. 2019.



GLOBAL COMMISSION ON INTERNATIONAL MIGRATION. *Migration in an interconnected world: new directions for action*. Switzerland: SRO-Kundig, c2005. Disponível em: [https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy\\_and\\_research/gcim/GCIM\\_Report\\_Complete.pdf](https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/gcim/GCIM_Report_Complete.pdf). Acesso em: 27 dez. 2019.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência social no Estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói: Impetus, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte; MARTINS, Luis Lopes. Migração internacional e efetivação de direitos econômicos e sociais: o papel da cooperação internacional previdenciária. In: LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa (org.). *Direito previdenciário nos 30 anos da Constituição Federal e 70 anos da Declaração Universal de Direitos Humanos*. Curitiba: IBDP, 2018. p. 49-66.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *World social protection report 2017-19: universal social protection to achieve the sustainable development goals*. Geneva: ILO, 2017. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_604882.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_604882.pdf). Acesso em: 27 dez. 2019.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *World migration report 2018*. Geneva: IOM, c2017. Disponível em: [https://www.iom.int/sites/default/files/country/docs/china/r5\\_world\\_migration\\_report\\_2018\\_en.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/country/docs/china/r5_world_migration_report_2018_en.pdf). Acesso em: 27 dez. 2019.

KNIGHT, Frank H. *Risco, incerteza e lucro*. Traduzido por Hunfredo Cantuária. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1972. (Economia e Administração).

MCAULIFFE, Marie; GOOSSENS, Alexandra M.; SENGUPTA, Anita. Mobility, migration and transnational connectivity. In: INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *World migration report 2018*. Geneva: IOM, c2017. p. 149-169. Disponível em: [https://www.iom.int/sites/default/files/country/docs/china/r5\\_world\\_migration\\_report\\_2018\\_en.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/country/docs/china/r5_world_migration_report_2018_en.pdf). Acesso em: 27 dez. 2019.

NERY, Pedro Fernando. Idade mínima: perguntas e respostas. *Textos para Discussão (Senado Federal)*, Brasília, DF, n. 190, p. 3-41, mar. 2016. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518439/Textos\\_para\\_discussao\\_190.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518439/Textos_para_discussao_190.pdf). Acesso em: 27 dez. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Jubilación anticipada por trabajos de naturaleza penosa, tóxica, peligrosa o insalubre: un estudio comparado*. Santiago: OIT, 2014. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms\\_244747.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_244747.pdf). Acesso em: 27 dez. 2019.

PAUL, Ruxandra. Welfare without borders: unpacking the bases of transnational social protection for international migrants. *Oxford Development Studies*, Oxford, UK, v. 45, n. 1, p. 33-46, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1080/13600818.2016.1271868>.

REDI, Maria Fernanda de Medeiros. *Fundamentos da regulação da previdência privada no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

SABATES-WHEELER, Rachel; KOETTL, Johannes. Social protection for migrants: the challenges of delivery in the context of changing migration flows. *International Social Security Review*, [s. l.], v. 63, n. 3-4, p. 115-144, July 2010. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-246X.2010.01372.x>.

SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION. *Social security programs throughout the world: the Americas*, 2017. Washington, DC: SSA, 2018. Disponível em: <https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2016-2017/americas/ssptw17americas.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2019.

TAVARES, Marcelo Leonardo; SOUSA, Ricardo José Leite. O princípio da solidariedade aplicado à previdência social. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 1, n. 42, p. 277-293, 2016. DOI: 10.21902/revistajur.2316-753X.v1i42.1495. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1495/1023>. Acesso em: 27 dez. 2019.

UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs. *Promoting inclusion through social protection: report on the world social situation 2018*. New York: United Nations, 2018. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/dspd/wp-content/uploads/sites/22/2018/07/1-1.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2019.

VAN PANHUYS, Clara; KAZI-AOUL, Samia; BINETTE, Geneviève. Migrant access to social protection under bilateral labour agreements: a review of 120 countries and nine bilateral arrangements. *ESS – Working Paper*, Geneva, n. 57, p. 1-81, 2017. Disponível em: <https://www.social-protection.org/gimi/gess/RessourcePDF.action?ressource.ressourceId=54405>. Acesso em: 27 dez. 2019.

VILLEN, Patrícia. *(In)visíveis globais: imigração e trabalho no Brasil*. São Paulo: Alameda, 2018.

VONK, Gijsbert. Sailing the seven seas: a schematic overview of mechanisms that can be used to strengthen the social security protection of persons moving in and out of the EU. *European Journal of Social Security*, [s. l.], v. 20, n. 2, p. 204-216, June 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/1388262718771793>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1388262718771793>. Acesso em: 27 dez. 2019.

# Compliance inteligente

## O uso da inteligência artificial na integridade das contratações públicas

LAURO ISHIKAWA

ALISSON CARVALHO DE ALENCAR

**Resumo:** O presente trabalho analisa o panorama da integridade no setor público brasileiro, especialmente em relação às compras e contratações públicas. Com base em metodologia analítico-propositiva e em levantamento bibliográfico e documental, é traçado um panorama geral da integridade do setor público e dos programas de *compliance* do Governo Federal. Propõe-se o aprimoramento dos mecanismos de *compliance* e da atividade fiscalizatória no Brasil, por meio do uso de novas ferramentas tecnológicas para detecção e prevenção de fraudes em licitações e compras públicas, em especial o uso da inteligência artificial (IA).

**Palavras-chave:** *Compliance* inteligente. Inteligência artificial. Contratação pública. Integridade. Prevenção.

### Smart compliance: the use of artificial intelligence in the integrity of public contracts

**Abstract:** This paper analyzes the panorama of integrity in the Brazilian public sector, especially with regard to public procurement and public contracts. Through analytical-propositional methodology and through a bibliographic and documentary survey, a general overview of the integrity of the public sector and compliance programs of the Federal Government is pointed out. It is proposed to improve compliance mechanisms and enforcement activities in this sector in Brazil through the use of new technological tools for detection and prevention of public bids and procurement frauds, especially with the use of artificial intelligence.

**Keywords:** Smart compliance. Artificial intelligence. Public procurement. Integrity. Prevention.

Recebido em 24/10/19

Aprovado em 2/12/19

# 1 Introdução

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), todos os anos 1 trilhão de dólares são pagos em suborno e cerca de 2,6 trilhões de dólares são desviados em atos de corrupção, o que representa mais de 5% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial (AGÊNCIAS..., 2017). Isso demonstra que, apesar dos esforços em combater a corrupção, ela ainda alcança patamares elevados em todo o mundo<sup>1</sup>. Em razão desse cenário, a problemática da corrupção está no foco de debates nacionais e internacionais, que buscam soluções para frear o seu avanço e punir os responsáveis.

O Índice de Percepção da Corrupção (IPC) produzido pela Transparência Internacional, que mede os níveis de percepção de corrupção no setor público em todo mundo, usa uma escala de zero (altamente corrupto) a 100 (altamente íntegro). Dos 180 países avaliados pelo índice de 2018, mais de dois terços receberam uma nota abaixo de 50 – o Brasil está entre eles, com um índice de apenas 35 pontos, ocupando a 105ª posição (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, [2019])<sup>2</sup>. A expressividade do prejuízo impacta diretamente o desenvolvimento do País e o cotidiano da população, que sofre com a falta de hospitais (POR FALTA..., 2014) e a crise na segurança pública (GOMBATA, 2018)<sup>3</sup>.

O Brasil conta com a atuação dos órgãos de controle, que fiscalizam os gastos e a aplicação do dinheiro público. São órgãos como o Ministério Público, os Tribunais de Contas da União e dos Estados, as Controladorias da União e dos Estados, e os diversos mecanismos de controle interno nas instituições públicas. Apesar dessa estrutura oficial, não há como negar: a atividade de controle é falha, pois a corrupção continua sendo um dos

---

<sup>1</sup> Quanto ao Brasil em específico, o Procurador Deltan Dallagnol, um dos representantes do Ministério Público Federal na Operação Lava Jato, ao citar dados também da ONU, apontou que o país perde cerca de R\$ 200 bilhões por ano com a corrupção (BRUNO; FERNANDES; TRAJANO, 2015).

<sup>2</sup> Conforme o Relatório da Transparência Internacional, “o Brasil caiu 9 posições no IPC este ano em comparação ao ano anterior, ocupando a 105ª colocação entre 180 países avaliados. A pontuação passou de 37 para 35. Este é o pior resultado desde 2012, quando os dados passaram a ser comparáveis ano a ano, e representa a 3ª queda anual seguida. Esse resultado reforça um alerta que já vem sendo feito pela Transparência Internacional. Os esforços notáveis do país contra a corrupção podem estar em risco e não foram suficientes para chegar à raiz do problema. Não tivemos nos últimos anos qualquer esboço de resposta às causas estruturais da corrupção no país. A Lava Jato foi crucial para romper com o histórico de impunidade da corrupção no Brasil – principalmente de réus poderosos. Mas para o país efetivamente avançar e mudar de patamar no controle da corrupção, são necessárias reformas legais e institucionais que verdadeiramente alterem as condições que perpetuam a corrupção sistêmica no Brasil” (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, [2019]).

<sup>3</sup> Na apuração de um dos casos brasileiros mais recentes, o custo da corrupção em apenas uma das empreiteiras investigadas é de R\$ 10 bilhões e representaria, segundo estimativa de especialistas, a construção de 5.150 postos de saúde, ou a edificação de 5.421 creches (DINHEIRO..., 2017), em um país em que os índices oficiais em saúde e educação são alarmantes em razão da ausência de recursos e da gestão ineficiente nessas áreas prioritárias.

maiores problemas do Brasil (MARTINI, 2014). O cerne do problema está nas contratações públicas<sup>4</sup>: superfaturamento nos preços de bens e serviços, superestimativa de quantidades e exigência excessiva de critérios qualitativos dos itens a serem contratados. São esses os principais mecanismos de viabilização da corrupção no setor de compras públicas.

Diante desse quadro, este artigo, depois de demonstrar a dimensão do impacto da corrupção nas compras e contratações públicas no Brasil, traça um panorama do nível atual de integridade do setor público e da métrica de implantação dos programas de integridade no Governo Federal. Em seguida, propõe-se uma nova forma de atuação dos mecanismos de controle e dos programas de integridade nas contratações públicas, com base no uso de ferramentas tecnológicas, em especial, da IA – modelo denominado *compliance* inteligente, conforme se verá adiante.

## 2 O impacto da corrupção e a dimensão das compras públicas no Brasil

Conforme já assinalado, a corrupção é um problema que assola não só o Brasil, mas também muitos outros países. É importante salientar, de início, que grande parte da corrupção ocorre no setor de compras. Segundo a Associação de Examinadores Certificados de Fraude dos Estados Unidos, o risco de haver corrupção no setor de compras era de 74% em 2014 e passou a ser de 77% em 2018 (ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS, c2018), demonstrando a extrema vulnerabilidade do

---

<sup>4</sup> Segundo levantamento realizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), o tema de Licitações e Contratos envolve de 10 a 15% do PIB nacional, com valores de aproximadamente R\$ 500 bilhões/ano (BRASIL, 2015b).

setor nessa matéria. Cumpre destacar ainda a dificuldade inerente ao estudo e enfrentamento do problema da corrupção no âmbito das compras públicas e de seus processos burocráticos (MOHALLEM; RAGAZZO, 2017, p. 95). Isso porque as compras públicas envolvem grande quantidade de transações e de capital, estimando-se que seus gastos somam de 13 a 20% do PIB mundial (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, [2019]) e movimentam cerca de 500 bilhões de reais ao ano no Brasil, correspondendo a uma porcentagem de 10 a 15% do PIB nacional (BRASIL, 2015b).

Diante disso, é importante compreender de que forma a corrupção tem se desenvolvido no Brasil.

Segundo a legislação brasileira, as compras e contratações públicas devem seguir, em regra, o procedimento de uma licitação pública, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade previstos na própria lei (BRASIL, [2019a]). Sem entrar no mérito do rito procedimental licitatório, cabe frisar que os órgãos de controle e a população em geral tomam conhecimento de uma licitação após a publicação de seu edital nos diários oficiais ou na internet.

Além de observar outras exigências previstas na legislação (BRASIL, [2019e]), um edital deve especificar o objeto a ser contratado e seu respectivo orçamento, que deverá estar detalhado. Entre a publicação do edital e a sessão de julgamento – que definirá a proposta vencedora para fins de contratação –, o prazo médio é de cerca de trinta dias, nas modalidades de concorrência e tomada de preço, que são espécies de licitação para obras, aquisições e serviços de alto custo (BRASIL, [2019e]), ou oito dias úteis, caso se esteja diante da modalidade pregão, utilizada para compra de bens e serviços mais simples (BRASIL, [2019f]).

Deve-se destacar que a modalidade pregão, apesar de ser utilizada para a contratação de

serviços e compra de bens de menor complexidade, merece atenção especial, pois um mesmo edital de pregão pode ser utilizado para a compra de quantidade expressiva de itens, para o prazo de doze meses de fornecimento (BRASIL, [2018a]). Observe-se que a ata de registro de preço pode ser repassada a vários órgãos públicos por meio do procedimento conhecido como “carona”, o que implica um grande impacto financeiro para os cofres públicos e, conseqüentemente, a exigência de grande responsabilidade fiscal sobre essa modalidade de licitação (BRASIL, [2018a]).

O prazo exíguo entre a publicação dos editais (tomada de conhecimento do procedimento licitatório) e o julgamento das propostas dificulta a atuação dos órgãos de controle em caráter preventivo e/ou concomitante. Caso a atividade de controle pudesse efetivamente realizar-se antes da escolha da melhor proposta, aumentar-se-iam as chances de localizar brechas no edital (tentativas de viabilizar a corrupção) e de tomar providências para que fossem sanadas. Assim, com a atuação dos órgãos de controle, o setor da Administração Pública responsável alteraria o edital publicado, excluindo tais brechas e dificultando a ocorrência de fraudes ou abusos. Excluídas as brechas que poderiam ensejar sobrepreço ou superfaturamento de produtos, a execução do contrato seguiria as novas regras então definidas, e as empresas que se submetessem à licitação elaborariam suas propostas baseadas em um objeto real, dentro do preço de mercado, contabilizando apenas o custo do produto e seus lucros.

A corrupção nas aquisições de bens e nas contratações de serviços e obras públicas ocorre, na maioria das vezes, por meio de:

a) Superfaturamento de preços (SANTOS; SOUZA, 2018, p. 31): o valor do item constante como objeto da licitação é superior ao preço praticado no mercado. Isso pode ocorrer devido a (i) um termo de referência mal elaborado pela

Administração, que já prevê, desde o início do certame, um preço superior ao devido em razão de pesquisa de preços deficiente; ou (ii) uma etapa de concorrência frágil durante a sessão de julgamento (normalmente nos procedimentos dos pregões), quando as empresas atuam em conluio e deixam de realizar uma competição real de preços, propondo um valor contratado incompatível com a média de mercado;

b) Superestimativa de quantidade (SANTOS; SOUZA, 2018, p. 35): o valor do item pode até estar de acordo com a média de mercado, mas a quantidade de um ou mais itens é superior ao necessário. Por exemplo, um edital para a construção de uma creche com uma metragem específica, em que se exige uma quantidade superior de material ao que comumente é utilizado em obras semelhantes. Tal situação é muito comum em licitações cujo objeto seja a compra de combustíveis ou a contratação de obras públicas; e

c) Exigência excessiva de critérios qualitativos (SANTOS; SOUZA, 2018, p. 31): o valor e a quantidade dos itens estão dentro dos padrões de normalidade, porém insere-se a exigência de uma qualidade muito específica e desnecessária no material a ser empregado. Isso implica a redução da concorrência e o direcionamento da licitação, já que poucas empresas estarão habilitadas para atender às exigências do edital. Restringe-se, pois, a livre concorrência apenas aos fornecedores que atendam aos requisitos descomedidos. No momento de execução do contrato, contudo, as empresas utilizam-se de materiais de qualidade inferior ao exigido, mas que não prejudicam o resultado útil do serviço ou da obra. Além de favorecer o direcionamento do procedimento licitatório a empresas específicas, a Administração acaba pagando um valor superior ao necessário.

A exigência excessiva de critérios qualitativos em relação aos itens e serviços é um dos meios

mais utilizados para canalizar recursos públicos e direcionar processos licitatórios, pois é mais difícil identificar o uso de materiais de qualidade inferior ao contratado, sem que haja um serviço especializado de fiscalização *in loco* na execução dos contratos. São nesse sentido as conclusões de Santos e Souza (2018, p. 37):

Assim, a inclusão de cláusulas restritivas nos editais de licitação compromete a efetiva competição entre os licitantes, por meio de direcionamento indevido do processo a determinado fornecedor. Nesse sentido, o direcionamento de licitações públicas é um dos mecanismos mais comuns para se devolver “favores” acertados durante a campanha eleitoral, bem como para canalizar recursos públicos para os agentes fraudadores. O gestor mal intencionado dirige as licitações a determinados fornecedores, por meio da especificação de condições impeditivas da livre concorrência, incluindo exigências que os demais fornecedores em potencial não têm condições de atender.

Diante desse problema, o TCU não tem aceitado que se estabeleçam exigências excessivas que possam restringir indevidamente a competitividade dos certames<sup>5</sup>, de modo que os editais claramente restritivos devem ser denunciados à autoridade competente.

Em relação ao superfaturamento de preços de produtos, é dever do administrador público realizar efetiva pesquisa de mercado:

A pesquisa de preços de referência nas aquisições públicas deve adotar amplitude e rigor metodológico proporcionais à materialidade da contratação e aos riscos envolvidos, não podendo se restringir à obtenção de três orçamentos junto a potenciais fornecedores, mas deve considerar o seguinte conjunto (cesta) de preços aceitáveis: preços praticados na Administração Pública, como fonte prioritária; consultas em portais oficiais de referenciamento de preços e em mídias e sítios especializados de amplo domínio público; fornecedores; catálogos de fornecedores; analogia com compras/contratações realizadas por corporações privadas; outras fontes idôneas, desde que devidamente detalhadas e justificadas (MATO GROSSO, 2016).

Existem diversos bancos de dados, com livre consulta, que podem auxiliar na pesquisa de preços públicos de bens e serviços. Citem-se, por exemplo, os portais de Compras Governamentais (BRASIL, [2019i]), o Painel de Preços do Ministério da Economia (BRASIL, [2019g]), o Banco de Preços em Saúde (BRASIL, [2019h]) e o Portal de Licitações do Banco

---

<sup>5</sup> “[O] Tribunal de Contas da União não tem aceitado que se estabeleçam exigências excessivas que possam restringir indevidamente a competitividade dos certames, a exemplo da comprovação de experiência em percentual superior a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos a executar (Acórdãos nºs 1.284/2003; 2.088/2004; 2.656/2007; 608/2008; 2.215/2008 e 2.147/2009, todos do Plenário)” (BRASIL, 2013b).

do Brasil ([2019]). Outra solução eficaz seria capacitar a população para realizar pesquisas de mercado e fiscalizar os preços de bens e serviços apresentados nos orçamentos detalhados nos editais de licitação.

Considerando que as compras públicas têm sido utilizadas para direcionar processos licitatórios e centralizar grandes esquemas de fraudes e corrupção, a solução encontrada para prevenir a perda de recursos públicos e os prejuízos aos cidadãos é a aliança com as novas tecnologias. Por meio delas é possível realizar análises em larga escala, oferecer transparência completa aos processos de contratação (MOHALLEM; BRANDÃO; OLIVEIRA; FRANCE; ARANHA; MARTINI; ANGÉLICO; WANICK, [2018], p. 25) e colaborar na aplicação de mecanismos de *compliance* no setor público. Essa solução será abordada mais detalhadamente na quarta seção deste trabalho.

Antes de abordar a real potencialidade do uso da IA e outras tecnologias no combate às fraudes e à corrupção, é necessário delinear um panorama do nível de integridade em que se encontra o setor público.

### 3 Panorama da integridade do setor público

Conforme já assinalado neste trabalho, o IPC no Brasil evidencia que a sociedade brasileira reconhece que o problema é complexo, pois a corrupção está enraizada na cultura do País desde o início de sua história (AYER, 2017).

Diante dessa situação, o Congresso Nacional firmou, em 2013, uma legislação específica para o combate ao ilícito: a Lei nº 12.846/2013, que ficou popularmente conhecida como Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013a). O diploma normativo trouxe dispositivos de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídi-

cas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Vale dizer, além de proteger o próprio Estado brasileiro, buscou resguardar os Estados estrangeiros que viessem a sofrer com a corrupção de empresas brasileiras.

A nova legislação positivou a mudança comportamental de governança que a sociedade brasileira tem demandado nos últimos anos, cunhada na baixa tolerância aos atos de corrupção, especialmente no setor público. Entre as inovações introduzidas pela Lei Anticorrupção, destaca-se o instrumento denominado “acordo de leniência”, utilizado para estimular a colaboração nas investigações sobre o ilícito.

A Lei nº 12.846/2013 foi regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015 (BRASIL, 2015a), que disciplinou também um novo instrumento de prevenção e combate à corrupção: os programas de integridade, que são uma ferramenta de *compliance*<sup>6</sup> e haviam sido apenas citados na Lei Anticorrupção como uma atenuante à aplicação de sanções.

Com esse decreto, os programas de integridade ganharam uma roupagem formal, que consiste em um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades no âmbito da pessoa jurídica e na adoção efetiva de códigos de ética e de conduta, bem como de políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

A partir de então, verificou-se uma forte onda de implantação desses programas nas empresas brasileiras, que passaram a se preocupar com a questão da integridade. Paralelamente houve a exigência moral de que o setor público se adequasse às novas regras, que acabaram se

<sup>6</sup> Para fins didáticos, neste trabalho os termos integridade e *compliance* são tratados como sinônimos.



tornando obrigatórias em 2017, com o Decreto nº 9.203/2017 (BRASIL, [2019d]). Com esse decreto, os órgãos e as entidades da administração direta, autárquica e fundacional tiveram de instituir programas de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção.

Em 2018, para facilitar a adoção dos programas no setor público, a Controladoria-Geral da União (CGU) publicou uma Portaria (BRASIL, 2018b) que dividiu em fases a implementação dos programas de integridade nos órgãos e entidades públicos. A fim de averiguar a real aplicação do Decreto da Integridade, a CGU tem realizado a fiscalização e o levantamento constante de informações sobre o tema. Além disso, para facilitar a prestação de contas e a participação da sociedade na implementação dos mecanismos de *compliance* do setor público, a CGU criou, para as entidades do setor público federal, um “medidor da integridade”, que analisa a adoção efetiva dos programas de integridade em sua rotina.

Segundo dados do Portal da Integridade (BRASIL, [2019c]), dos 187 órgãos do Governo Federal que tinham obrigatoriedade de adotar o programa, 72% (135 unidades) indicaram a criação de uma unidade de gestão da integridade, e 63% (118 unidades) tiveram seus planos aprovados pela CGU. Com base nessa amostra, verifica-se que a aplicação dos programas de integridade está realmente se efetivando no setor público brasileiro, mas é importante destacar que, após implementados, esses programas deverão ser fiscalizados regularmente não só pela CGU, mas também por outros órgãos de controle.

Surge, então, uma nova questão: diante da implementação dos mecanismos de *compliance* no setor público e da necessidade de fiscalização

das contratações públicas que têm significado uma parcela expressiva do orçamento nacional, como realizar tal atividade de controle em atos administrativos tão numerosos? Esse questionamento será enfrentado na próxima seção.

#### **4 O uso da IA aliado ao *compliance* nas contratações públicas e a modernização das atividades de controle**

Diante do incontroverso fato de que a corrupção tem prejudicado sobremaneira os cofres públicos no Brasil, é urgente a necessidade de medidas de fiscalização mais aprimoradas, com vistas à prevenção e combate à corrupção e ao desvio de dinheiro público.

Devido à dimensão do problema, vislumbra-se que, para garantir maior integridade às contratações públicas, o aprimoramento deve incluir o uso de ferramentas tecnológicas de IA para a otimização dos mecanismos de *compliance* na Administração Pública, visando alcançar um patamar fiscalizatório de larga escala e uma eficiência de nível ótimo.

Técnicas como o *machine learning* e o *analytics em big data* são conceitos que podem ser utilizados para a otimização do exercício do controle externo e dos mecanismos de *compliance*. São técnicas extremamente avançadas, que usam sistemas de IA. Tais ferramentas já estão sendo utilizadas por diversos governos e empresas ao redor do mundo, com o intuito de otimizar as atividades públicas e privadas. O governo dos Estados Unidos, por exemplo, utilizou a técnica de análise de dados (*analytics*) para o combate a fraudes fiscais. Segundo Pianko (2018), a profissional responsável pelo projeto, o uso da IA tem sido muito efetivo para combater a ocorrência de fraudes e para a proteção do orçamento. Pianko (2018) destaca algumas

aplicações práticas de IA na detecção de fraudes fiscais, como o sistema de verificação de identificação dos usuários, que analisa a probabilidade (o risco) de praticarem fraudes; a detecção da probabilidade de ocorrência de fraudes anteriores e posteriores ao pagamento, identificadas com base em regras de negócios ou critérios legais, para fins de modelagem preditiva; a identificação de ameaças de funcionários; e robustos recursos de elaboração de relatórios, para todos os níveis da organização.

As funcionalidades citadas no referido estudo podem ser úteis para o desenvolvimento de um sistema de análise de dados e aprendizado de máquinas. Na Administração Pública, a IA poderia analisar dados de empresas, seus dirigentes e partícipes, e traçar uma matriz de risco para a prevenção de fraudes fiscais.

No combate à corrupção em licitações em contratos, a IA poderia identificar casos de fraudes em documentos e editais, detectando os padrões de ação de cada um deles. A detecção e a definição de padrões permitem a atuação preventiva. Alertado sobre um comportamento suspeito, o gestor poderá fortalecer a integridade do setor, impedindo a ocorrência de eventual dano ao erário.

Silva (2016, p. 21) já abordou o tema, sugerindo que uma simples rede neural artificial seria capaz de classificar com alta precisão os tipos de deliberações contidos em acórdãos proferidos pelo TCU. Essa classificação seria fundamental para a delimitação de um contexto e a posterior extração dos atributos das diversas deliberações que precisam ser constantemente monitoradas pelos especialistas. Segundo o autor,

[n]o caso de tratamento de sequências, uma rede recorrente pode ser treinada com as séries temporais de ofertas de preços e atributos dos objetos de licitações, aprendendo a identificar sequências que representam irregularidades no processo licitatório. Isso é possível graças ao grande número de exemplos existentes de sequências anteriores, que foram classificadas como irregulares ou não por especialistas. Sendo assim, esse tipo de solução conteria o conhecimento consolidado de muitos profissionais ao longo de décadas de experiência.

Redes neurais também podem ser utilizadas para o encaminhamento e a classificação de irregularidades em processos de Tomada de Contas Especial, por meio do reconhecimento de padrões textuais e lógicos em documentos provenientes de diversas fontes de dados não estruturados. Esse processo consiste na realização de treinamentos não supervisionados, feita em uma grande quantidade de documentos com a finalidade de encontrar agrupamentos semânticos que posteriormente podem ser associados a grupos de irregularidades em tais processos. Após a associação de tais agrupamentos aos significados identificados por especialistas, é possível criar modelos neurais supervisionados capazes de realizar o mesmo tipo de classificação e encaminhamento de novos documentos que não fizeram parte do treinamento inicial (SILVA, 2016, p. 22).

As técnicas de redes neurais artificiais são um exemplo claro de como as ferramentas de IA podem ser úteis para o aprimoramento das ações de controle e, conseqüentemente, de fortalecimento dos mecanismos de integridade. Tais técnicas poderão servir para a identificação de sequências de irregularidades em processos licitatórios e para o reconhecimento de padrões textuais que favoreçam o surgimento de brechas que permitam a prática de ilícitos. O que se busca é lançar um novo olhar antifraude, com o objetivo de detectar os “buracos e as brechas” que permitem a corrupção, de modo a fechá-los previamente, evitando a fraude e fortalecendo a integridade do setor.

Somente o uso de IA pode aplicar um sistema de modelagem preditiva capaz de identificar padrões de ações suspeitas e prevenir a ocorrência de fraudes. Poderia, também, realizar a detecção de anomalias em grupos e perfis distintos, definindo o que seria um comportamento comum e um incomum – essas características, bastante sensíveis, dificilmente são detectadas, tendo em vista que é necessária a análise de um número bastante expressivo de dados para essa finalidade. Para o *machine learning*, no entanto, esse tipo de análise exponencial de dados não é um problema. Assim, para que se modernize a atividade de controle e sejam otimizados os resultados das políticas de *compliance* nas contratações públicas, há que se realizar algumas mudanças no setor.

Em primeiro lugar, é primordial que se tenha como objetivo uma *atuação preventiva*, que permita aos órgãos de controle evitar a ocorrência de danos ao erário, e não apenas uma atuação repressiva, posterior ao dano, como atualmente tem ocorrido (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 164). A metodologia de controle será aprimorada se o trabalho dos controladores for realizado antes da ocorrência do dano, concomitantemente ao procedimento administrativo e antes da contratação final. Assim, será possível evitar os atos que podem ensejar ilícitos e prevenir os danos, e não apenas corrigi-los *a posteriori*.

Em segundo lugar, é necessário que se aprimorem as ferramentas de análise de documentos e informações. Na fiscalização das compras públicas, é fundamental a análise individualizada de processos e editais de licitação. Entretanto, a demanda de trabalho aos órgãos de controle tem crescido exponencialmente. Segundo dados da Controladoria Geral da União (CGU), somente na esfera federal foram realizadas mais de 433.352 licitações nos últimos três anos (BRASIL, [2019b]). A expressividade desse número faz com que a análise individual dos casos inviabilize a atuação preventiva, pois é enorme o ônus temporal desse tipo de trabalho. Assim, é imprescindível que se desenvolvam ferramentas que possibilitem a atuação em larga escala, favoreçam a otimização do tempo de execução da atividade de controle e a atuação preventiva (SILVA, 2016, p. 22).

É possível notar, ainda, um terceiro aspecto a ser modernizado: o trabalho artesanal dos técnicos e analistas de controle, que não dispõem de ferramentas que os auxiliem na análise meritória dos processos. Já existem algumas iniciativas de soluções tecnológicas que buscam auxiliar na virtualização dos documentos, mas essas ferramentas ainda não facilitam a análise de mérito desses documentos. Para minimizar o problema, sugere-se o incentivo constante ao desenvolvimento de ferramentas tecnológicas que utilizem a IA (BALANIUK, 2010, p. 84). Diante dos avanços ocorridos nos setores de tecnologia, estratégias de *big data* (SIMON, 2015), *deep learning* (PONTI; COSTA, 2017, p. 65) e *machine learning* (ZIMMERMAN, 2015, p. 7), entre outras<sup>7</sup>, devem ser exploradas, com o objetivo de potencializar a análise de mérito dos processos. Com o uso dessas técnicas, objetiva-se favorecer a atividade dos controladores na criação de trilhas de investigação, de modo a evitar a ocorrência de brechas nos editais de licitação e compras públicas e inibir a ocorrência posterior de corrupção quando da execução dos contratos.

A respeito do tema, destaca-se a iniciativa do TCU, que tem realizado um brilhante trabalho com sua equipe de Tecnologia da Informação, para desenvolver a ferramenta ALICE – acrônimo de Análise de Licitações e Editais. Trata-se de um sistema de análise de dados utilizado pelo TCU para otimizar a fiscalização de editais de licitação e atas de registros de preços em plataformas de compras públicas (3º SEMINÁRIO..., 2017).

O último relatório de resultados emitido pelo TCU demonstra a potencialidade do robô ALICE: a ferramenta foi capaz de analisar 200 editais de licitação por dia, atingindo um total de 800 mil

documentos e 284.369 licitações analisados entre os anos de 2013 e 2016 (TECNOLOGIA..., 2017). Tais números demonstram, claramente, que a IA pode alcançar resultados muito mais amplos que o trabalho humano, sendo possível filtrar as questões que realmente demandam atenção e repassá-las à equipe técnica especializada, otimizando a atuação dos órgãos fiscalizatórios.

Saliente-se, no entanto, que a proposta do presente trabalho analítico vai além da mera análise “fria” de dados. Mais que o escaneamento das informações contidas em editais de licitações e atas de registros de preços – atividade já realizada pelo robô ALICE –, o que se propõe aqui é o desenvolvimento de ferramentas de aprendizado artificial, de modo que os algoritmos das máquinas otimizem também o trabalho de análise do mérito, realizado pelos controladores. Em outras palavras, busca-se não apenas o uso de ferramentas tecnológicas para a mera análise de textos em larga escala, com base em trilhas de auditoria desenvolvidas para descobrir irregularidades presentes nos arquivos textuais. Ademais, busca-se que a tecnologia, por meio de aprendizado avançado de máquina, com a supervisão de auditores/controladores ou outros técnicos treinados, possa detectar indícios de irregularidades que não seriam perceptíveis à cognição humana.

Outro ponto de destaque é que as novas tecnologias permitem a superação da metodologia individualizada de trabalho, que hoje tem sido majoritariamente utilizada nos órgãos de controle. Deve-se fomentar a atuação colaborativa entre esses órgãos, para que o compartilhamento de informações, documentos e provas otimize o trabalho de fiscalização e combate à corrupção (MOHALLEM; RAGAZZO, 2017, p. 105). Como exemplo de atuação colaborativa, citem-se as iniciativas das Redes de Controle e dos Fóruns de Combate à Corrupção, que são extremamente louváveis e merecem reconhecimento. Trata-se

---

<sup>7</sup> Outras técnicas comprovadamente úteis na detecção e combate a fraudes são o Gerenciamento e a Análise de Dados (*management and data analytics*), cuja eficiência foi atestada em trabalhos como o de Pianko (2018).

de acordos de cooperação celebrados entre diversas instituições de controle com o propósito de facilitar a execução de suas atividades. A atuação em rede faz parte, certamente, do futuro desses órgãos.

Por fim, mas com igual importância, merece atenção especial o fomento à participação ativa da sociedade civil na fiscalização da gestão e das contas públicas. Como se depreende da prática, a mera disponibilização de informações em portais de transparência – conforme exigência da Lei de Acesso à Informação – não é suficiente para incentivar a participação social. Cite-se como modelo a metodologia utilizada no Reino Unido, que atribui ao cidadão o papel de fiscal e informante de irregularidades ocorridas na gestão pública. Em contrapartida, o Estado oferece proteção integral ao denunciante, chamado de *whistleblower*, evitando que ele sofra qualquer tipo de tratamento prejudicial em função da divulgação de informações (MOHALLEM; RAGAZZO, 2017, p. 33). O instrumento legislativo que prevê tal prática foi publicado no ano de 1998 (UNITED KINGDOM, 1998) e reformado no ano de 2013 (UNITED KINGDOM, 2013), passando a (MOHALLEM; RAGAZZO, 2017, p. 33): (a) introduzir um teste de interesse público, para verificar se a denúncia foi realizada com esse interesse em mente; (b) retirar a previsão que determinava a desconsideração da denúncia caso ela tivesse sido feita de má-fé, autorizando-se apenas uma redução da indenização compensatória nesse caso; e (c) autorizar o *whistleblower* a processar empregadores caso venha a sofrer retaliação ou *bullying* de seus colegas em virtude da denúncia.

Considera-se que não basta apenas a existência de canais de ouvidoria para denúncias ou a mera disponibilização de informações em portais de transparência. Deve-se, além disso, desenvolver uma estrutura que resguarde o cidadão denunciante de eventuais tentativas de

prejudicá-lo, que não incentive o denunciante de má-fé e o puna em caso de dolo.

Para evitar a ocorrência de danos ao erário, fica clara a necessidade de desenvolver uma espécie de *compliance* inteligente, consubstanciado em ações preventivas de controle, em larga escala e com o uso de IA, para otimização da análise de dados e de mérito das irregularidades, além de incentivar a atuação colaborativa dos órgãos de controle e a participação ativa do cidadão, que deve encontrar resguardo estatal em sua prática de fiscalização.

No momento em que diversos setores da economia mundial estão passando pelo processo de transformação digital (ROMETTY, 2016, p. 11) e em que ferramentas de IA têm o poder de aumentar significativamente a precisão, velocidade e eficiência de programas de conformidade (AALBERS, 2018), o setor público e as instituições que exercem atividades de controle devem repensar suas práticas fiscalizatórias e de integridade, a fim de acompanhar esse processo e otimizar o combate à corrupção.

## 5 Conclusão

A corrupção impacta intensamente grandes áreas públicas, como a saúde, a educação e a segurança.

Merece destaque o estudo de Mauro (1995), que vai além da influência da corrupção na economia, apontando que o ilícito compromete a distribuição de renda de três formas (HERNANDES, 2011): (a) altera a progressividade do sistema tributário – os mais favorecidos economicamente conseguem burlar o fisco; (b) modifica o foco dos gastos com políticas sociais – pois, novamente, os mais abastados conseguem “tratamentos especiais” por meio do pagamento de “propinas”, ou seja, por meio de suborno; e (c) inibe a formação de capital

humano, pois piora a qualidade do sistema de ensino, saúde e segurança, por meio da fuga de recursos.

Essas três formas de impactar o desenvolvimento do País evidenciam a necessidade de mecanismos de integridade mais sofisticados, que fortaleçam o combate à corrupção no setor público e busquem diminuir seus efeitos deletérios.

A primeira seção deste trabalho apresentou uma visão geral de como a corrupção se concretiza no setor de compras públicas no Brasil, por meio do superfaturamento de preços, exigência excessiva de qualidade e superdimensionamento da quantidade de itens adquiridos por meio de licitações e contratos.

Em seguida, com o objetivo de introduzir uma proposta de aprimoramento dos mecanismos de *compliance* no setor público, traçou-se um panorama da evolução da integridade nesse setor, desde o surgimento da legislação anticorrupção até, mais recentemente, as iniciativas da CGU de acompanhar a implantação dos programas de integridade nos órgãos do Governo Federal.

Por fim, com o intuito de perseguir a necessária modernização da atividade fiscalizatória no Brasil, foi sugerido um modelo de *compliance* aliado ao uso de IA nas contratações públicas (*compliance* inteligente). Foram discutidas mudanças que visem à implantação de ações de controle preventivo, em larga escala, com o uso de IA e de ferramentas de *machine learning* na análise meritória de informações, além de um trabalho colaborativo entre as instituições de controle e o fomento à participação social efetiva, por meio da fiscalização pelos cidadãos e da proteção estatal ao cidadão denunciante.

As sugestões de utilização das ferramentas de tecnologia da informação foram apresentadas com o propósito de fomentar o debate sobre novas soluções a serem aplicadas nas atividades de fiscalização e controle exercidas pelas instituições. Não se pretendeu, no entanto, esgotar o tema, e sim estimular o diálogo e a busca de formas de otimização dos resultados do setor.

O Brasil vivencia, há algum tempo, um cenário de crise econômica, fiscal e política. Nesse contexto, algumas das principais aflições podem ser sintetizadas no custo e na ineficiência da Administração Pública, bem como na malversação de recursos públicos. Os órgãos de controle, embora pugnem incansavelmente por seus objetivos, são tolhidos, ora pela carência de infraestrutura, ora pelo arcabouço normativo que limita suas capacidades. Ao mesmo tempo, o surgimento de estratégias para desvios de verbas nas contratações públicas supera a capacidade de monitoramento. É no contexto descrito e como forma de revertê-lo que se apresenta a ideia de *compliance* inteligente na defesa da integridade das compras públicas.

## Sobre os autores

Lauro Ishikawa é doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor pela Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha; professor da graduação em Direito, professor e coordenador adjunto do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil; professor da graduação em Direito e coordenador de extensão das Faculdades Integradas Rio Branco, São Paulo, SP, Brasil; professor da Escola de Direito da Universidade Anhembi Morumbi, São Paulo, SP, Brasil; bolsista da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular, Brasília, DF, Brasil; advogado em São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: lauro.ishikawa@unialfa.com.br

Alisson Carvalho de Alencar é mestre em Administração Pública pela Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil; especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil; graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas, Saúde, Exatas e Jurídicas de Teresina, Teresina, PI, Brasil; doutorando na Faculdade Autônoma de Direito em São Paulo em cotutela com a Universidade de Salamanca, Espanha; Procurador-Geral de Contas do Ministério Público de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil.

E-mail: alissoncalencar@hotmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

ISHIKAWA, Lauro; ALENCAR, Alisson Carvalho de. *Compliance inteligente: o uso da inteligência artificial na integridade das contratações públicas*. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 83-98, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p83](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p83)

(APA)

Ishikawa, L., & Alencar, A. C. de (2020). *Compliance inteligente: o uso da inteligência artificial na integridade das contratações públicas*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(225), 83-98. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p83](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p83)

## Referências

AALBERS, Geert. Inteligência artificial e *big data* no combate à corrupção. *Valor Econômico*, [s. l.], 21 maio 2018. Disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniao/5537063/inteligencia-artificial-e-big-data-no-combate-corrupcao>. Acesso em: 29 jun. 2018.

AGÊNCIAS da ONU alertam para impactos da corrupção no desenvolvimento dos países. *Nações Unidas*, [s. l.], 15 dez. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencias-da-onu-alertam-para-impactos-da-corrupcao-no-desenvolvimento-dos-paises>. Acesso em: 11 dez. 2019.

ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS. *2018 report to the nations: global study on occupational fraud and abuse*. [S. l.]: ACFE, c2018. Disponível em: <https://s3-us-west-2.amazonaws.com/acfe-public/2018-report-to-the-nations.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

AYER, Flávia. Corrupção está enraizada no Brasil desde o período colonial, revela historiadora. *Jornal Estado de Minas*, [s. l.], 13 ago. 2017. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/08/13/interna\\_politica,891482/corruptao-esta-enraizada-no-brasil-desde-o-periodo-colonial-revela-hi.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/08/13/interna_politica,891482/corruptao-esta-enraizada-no-brasil-desde-o-periodo-colonial-revela-hi.shtml). Acesso em: 11 dez. 2019.

BALANIUK, Remis. A mineração de dados como apoio ao controle externo. *Revista do TCU*, Brasília, DF, v. 42, n. 117, p. 77-84, jan./abr. 2010. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/282>. Acesso em: 11 dez. 2019.

BANCO DO BRASIL. *Licitações-e*. [S. l.]: Banco do Brasil, [2019]. Disponível em: <http://www.licitacoes-e.com.br>. Acesso em: 11 dez. 2019.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Controladoria-Geral da União. *Licitações com contratação realizada*. [Brasília, DF]: Portal da Transparência, [2019b]. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Controladoria-Geral da União. *Painel integridade pública*. [S. l.]: CGU, [2019c]. Disponível em: <http://paineis.cgu.gov.br/integridadepublica/index.htm>. Acesso em: 16 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013*. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015*. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017*. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2019d]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019e]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002*. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019f]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Economia. *Painel de preços*. [Brasília, DF]: Ministério da Economia, [2019g]. Disponível em: <http://paineldeprescos.planejamento.gov.br/>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Banco de preços em saúde*. [S. l.]: Ministério da Saúde, [2019h]. Disponível em: <http://bps.saude.gov.br>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Transparência; Controladoria-Geral da União. *Portaria nº [1.089], de 25 de abril de 2018*. Estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação,



a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências. [Brasília, DF]: CGU, 2018b. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/noticias/2018/04/cgu-lanca-regulamentacao-para-programas-de-integridade-no-governo-federal/portaria-cgu-1089-2018.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Portal de compras*. [Brasília, DF]: Governo Federal, [2019i]. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 397/2013*. Representação. Construção de casas populares do PAC (concorrência nº 013/2007 e contrato nº 034/2008). Restrição ao caráter competitivo da licitação [...]. Relator: Min. Valmir Campelo, 6 de março de 2013b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1262176%22>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 2.622/2015*. Levantamento. Governança e gestão das aquisições na Administração Pública Federal. Análise sistêmica das oportunidades de melhoria. Recomendações aos órgãos governantes superiores. Relator: Min. Augusto Nardes, 21 de outubro de 2015b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1539501%22>. Acesso em: 11 dez. 2019.

BRUNO, Cássio; FERNANDES, Letícia; TRAJANO, Heloísa. Quem rouba milhões mata milhões. *Senado Federal*, [s. l.], 28 jul. 2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/513389>. Acesso em: 11 dez. 2019.

DINHEIRO de propina da Odebrecht poderia fazer muito pela população. *G1*, [s. l.], 17 abr. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/04/dinheiro-de-propina-da-odebrecht-poderia-fazer-muito-pela-populacao.html>. Acesso em: 11 dez. 2019.

GOMBATA, Marsílea. Modelo brasileiro de segurança favorece a corrupção. *Valor Econômico*, São Paulo, 19 fev. 2018. Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/5329415/modelo-brasileiro-de-seguranca-favorece-corruptcao>. Acesso em: 11 dez. 2019.

HERNANDES, Pedro Petronillio. Combate à corrupção no Brasil: análise sob a ótica da economia da corrupção. In: BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Prevenção e combate à corrupção no Brasil: 6º concurso de monografias da CGU*. Brasília, DF: Esaf, 2011. p. 11-54. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/6-concurso-monografias-2011.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

MARTINI, Máira. *Brazil: overview of corruption and anti-corruption*. [S. l.]: Transparency International, 2014. (Anti-Corruption Helpdesk). Disponível em: [https://www.transparency.org/whatwedo/answer/brazil\\_overview\\_of\\_corruption\\_and\\_anti\\_corruption](https://www.transparency.org/whatwedo/answer/brazil_overview_of_corruption_and_anti_corruption). Acesso em: 11 dez. 2019.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATO GROSSO. Tribunal de Contas (Plenário). *Resolução de Consulta nº 20/2016 - TP*. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. Reexame da tese prejudgada na Resolução de Consulta nº 41/2010. Licitação. Aquisições públicas. Balizamento de preços [...]. Relator: Cons. Domingos Neto, 9 de agosto de 2016. Disponível em: [https://www.tce.mt.gov.br/protocolo/decisao/num/131938/ano/2016/num\\_decisao/20/ano\\_decisao/2016](https://www.tce.mt.gov.br/protocolo/decisao/num/131938/ano/2016/num_decisao/20/ano_decisao/2016). Acesso em: 11 dez. 2019.

MAURO, Paolo. Corruption and growth. *The Quarterly Journal of Economics*, [s. l.], v. 110, n. 3, p. 681-712, Aug. 1995. DOI: <https://doi.org/10.2307/2946696>.

MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno; OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso de; FRANCE, Guilherme de Jesus; ARANHA, Ana Luiza; MARTINI, Máira; ANGÉLICO, Fabiano; WANICK, Luca. *Novas medidas contra a corrupção*. [Rio de Janeiro]: Transparência Internacional: Ed. FGV, [2018]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/23949>. Acesso em: 11 dez. 2019.

MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coord.). *Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017.

PIANKO, Deborah. Analytics to fight tax fraud: challenges, opportunities and the value of tax fraud analytics. [Entrevista cedida a] Robert Morison. *International Institute for Analytics*, [s. l.], Mar. 2018. Disponível em: [https://www.sas.com/en\\_us/whitepapers/iaa-analytics-to-fight-tax-fraud-108220.html](https://www.sas.com/en_us/whitepapers/iaa-analytics-to-fight-tax-fraud-108220.html). Acesso em: 29 out. 2018.

PONTI, Moacir A.; COSTA, Gabriel B. Paranhos da. Como funciona o *deep learning*. In: VIEIRA, Vaninha; RAZENTE, Humberto Luiz; BARIONI, Maria Camila Nardini (org.). *Tópicos em gerenciamento de dados e informações 2017*. Uberlândia: SBC, 2017. p. 63-93. Disponível em: <http://sbbd.org.br/2017/wp-content/uploads/sites/3/2017/10/topicos-em-gerenciamento-de-dados-e-informacoes-2017.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

POR FALTA de recursos, um hospital fecha por semana no Brasil. *Associação Nacional de Hospitais Privados (Anahp)*, [s. l.], 18 jul. 2014. Disponível em: <http://anahp.com.br/noticias/noticias-do-mercado/por-falta-de-recursos-um-hospital-fecha-por-semana-no-brasil>. Acesso em: 11 dez. 2019.

ROMETTY, Ginni. Digital today, cognitive tomorrow. *MIT Sloan Management Review*, [s. l.], Sept. 12, 2016. Disponível em: <https://sloanreview.mit.edu/article/digital-today-cognitive-tomorrow>. Acesso em: 11 dez. 2019.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto de. *Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVA, Luís André Dutra e. Utilização de *deep learning* em ações de controle. *Revista do TCU*, Brasília, DF, v. 48, n. 135, p. 18-23, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1321>. Acesso em: 11 dez. 2019.

SIMON, Phil. *Too big to ignore: the business case for big data*. Cary, NC: SAS Institute Inc., 2015.

TECNOLOGIA: varredura diária de irregularidades em editais. *Governo Aberto*, [s. l.], 9 out. 2017. Disponível em: <http://governoaberto.cgu.gov.br/noticias/2017/tecnologia-varredura-diaria-de-irregularidades-em-editais>. Acesso em: 11 dez. 2019.

3º SEMINÁRIO sobre análise de dados na Administração Pública – 25/9 – manhã. [S. l.: s. n.], 2017. 1 vídeo (166 min). Publicado pelo canal Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pw-DW5ptvQ>. Acesso em: 11 dez. 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice de percepção da corrupção 2018*. [S. l.]: Transparência Internacional, [2019]. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br>. Acesso em: 11 dez. 2019.

UNITED KINGDOM. *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*. An Act to make provision about the UK Green Investment Bank; to make provision about employment law; to establish and make provision about the Competition and Markets Authority and to abolish the Competition Commission and the Office of Fair Trading [...]. [S. l.]: Legislation, 2013. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/contents/enacted>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Public Interest Disclosure Act 1988*. An Act to protect individuals who make certain disclosures of information in the public interest; to allow such individuals to bring action in respect of victimisation; and for connected purposes. [S. l.]: Legislation, 1998. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/23/contents>. Acesso em: 11 dez. 2019.

ZIMMERMAN, Evan Joseph. *Machine minds: frontiers in legal personhood*. *Social Science Research Network*, [s. l.], Feb. 12, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2563965>. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2563965>. Acesso em: 11 dez. 2019.

# Seguro e eventos extremos

## Limites e possibilidades

FERNANDA DAMACENA

**Resumo:** O contrato de seguro tem o propósito principal da transferência de risco. Todavia, algumas situações acabam excluídas desse portfólio, como alguns eventos extremos. O presente artigo analisa os limites e a potencialidade da relação entre os eventos extremos, decorrentes ou não das mudanças climáticas, e o contrato de seguro. O artigo é norteado por uma postura construtivista voltada à gestão de riscos atuais e futuros. Entre os resultados da investigação, destaca-se que, para o seguro se tornar uma realidade mais abrangente, uma série de barreiras precisam ser superadas. Exemplos de programas de seguro voltados a eventos climáticos extremos, desenvolvidos no âmbito do Direito Comparado, demonstram a viabilidade e a compatibilidade desse instrumento normativo e econômico como parte de uma estrutura compensatória das vítimas de eventos extremos no sistema brasileiro.

**Palavras-chave:** Mudança climática. Seguro. Evento extremo. Direito.

### Insurance and extreme events: limits and possibilities

**Abstract:** The purpose of the insurance contract has as its main core the transfer of risk. Exceptionally, however, some situations are excluded from this portfolio. Extreme events, arising or related to climate change are examples of this exclusion. This article analyzes the limits and potentiality of the relationship between climate change and the insurance contract. The primary method adopted was the constructivist approach, guided by a constructivist approach focused on the management of current and future risks. Examples of insurance programs focused on extreme weather events, developed under comparative law, demonstrate the viability and compatibility of this kind of normative and economic instrument as an integral part of a compensatory structure for the victims of extreme events in the Brazilian system.

Recebido em 18/10/19

Aprovado em 22/11/19

**Keywords:** Climate change. Insurance. Extreme event. Law.

## 1 Introdução

A natureza ou o propósito do contrato de seguro tem como núcleo a transferência de risco. Nesse contexto, as pessoas vislumbram a probabilidade de específicos tipos de perda e buscam proteção em relação às suas consequências (para si, propriedades e bens). De regra, apólices de seguro são subscritas para assegurar perdas determinadas, independentemente da causa do dano. Excepcionalmente, porém, alguns eventos acabam excluídos desse portfólio. Os eventos extremos, decorrentes de mudanças climáticas ou correlatos a elas, são exemplos dessa exclusão.

Por pertencer ao grupo dos contratos privados, o seguro tem certo grau de autonomia na determinação do escopo da cobertura a ser ofertada. Contudo, diante de uma série de eventos extremos e seus efeitos negativos, uma releitura dessa espécie de contrato precisa ser considerada. Com essa perspectiva, o presente artigo analisa os limites e a potencialidade da relação entre os eventos extremos, decorrentes ou não das mudanças climáticas, e o contrato de seguro. Uma observação diferenciada das funções do contrato de seguro é desenvolvida pela revisão da literatura jurídica, econômica e financeira, que o considera instrumento potencialmente capaz de contribuir para a compensação. No Brasil, essa interpretação diferenciada é possível em virtude da postura inclusiva e solidária da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e do Código Civil (CC) (BRASIL, [2019a], [2019b]).

Nesse sentido, embasado por uma revisão da literatura nacional e internacional, e norteado por uma postura construtivista voltada à gestão de riscos atuais e futuros, o artigo procura destacar o que há de mais moderno a respeito da temática. Os exemplos apresentados enfatizam a inundação, o que é absolutamente relevante para o Brasil, dada sua vulnerabilidade hídrica.

Para tanto, introduz-se a conexão entre o contrato de seguro e os eventos extremos. Na sequência, com base na noção de segurabilidade, são destacadas as principais limitações, custos, vantagens e obstáculos do contrato de seguro para eventos extremos. Objetivando salientar diversas possibilidades no Direito Comparado, apresenta-se o exemplo da compulsoriedade do seguro francês, as hipóteses do resseguro e da transferência de risco no mercado de capitais, bem como as alternativas de programas de seguro bem-sucedidas em países em desenvolvimento, como o sistema de microsseguros e os exemplos do Caribbean Catastrophe Risk Insurance Facility (CCRIF), da African Risk Capacity (ARC) e do Shore Up Connecticut Loan Program.

## 2 Seguro: noções preliminares

Algumas características do contrato de seguro fazem dele um mecanismo de compensação com traços muito específicos – peculiaridade exacerbada quando observado do ponto de vista das mudanças climáticas. Entre essas características estão: i) a perda potencialmente devastadora do segurado; ii) a incerteza de que a perda venha a acontecer; e iii) o estabelecimento do equilíbrio entre os que sofreram perdas e os interesses das organizações (públicas e privadas). De regra, essas têm sido as razões apresentadas durante muito tempo pelo mercado privado segurador para não disponibilizar certos tipos de cobertura (BROWN; SECK, 2013, p. 545-546). Esse é o caso, por exemplo, de inundações e terremotos.

A principologia de base do seguro também explica essa postura. Os princípios da fortuidade e aleatoriedade da perda são fundamentais para a garantia da subsistência das seguradoras e estão ligados a questões como i) quando acontece,

ii) a quem atinge e iii) qual sua extensão. Logo, quando a probabilidade de perda potencial se torna muito provável, as seguradoras respondem de duas formas: i) limitam a cobertura por meio de contratos mais restritivos ou exclusões mais amplas (ou, ainda, pela retirada do tipo específico de cobertura por completo); ou ii) aumentam as franquias. Nessas circunstâncias, “os pressupostos de cálculo de custos e outras decisões de subscrição baseiam-se nos piores cenários possíveis” (BROWN; SECK, 2013, p. 548, tradução nossa).

Nesse sentido, quando o seguro é ofertado, pode-se tornar muito caro, um sério problema para países onde a população mais exposta a riscos não pode arcar com esse custo. Não por outra razão, a conexão entre eventos extremos e seguro tem recebido cada vez mais atenção nos países em desenvolvimento. Entre as explicações para o interesse estão a insuficiência do instituto da responsabilidade civil para compensar vítimas e o fato de o Estado (e, em última medida, o contribuinte) acabar agindo como segurador universal nas ações de resposta ou como réu em quase todas as demandas judiciais.

Ademais, as denominadas *anti-concurrent-causation clauses* retratam um sério problema de comunicação entre seguradoras e consumidores. São cláusulas que excluem, por exemplo, a cobertura de danos causados pelo vento se uma “inundação sem seguro” ocorrer ao mesmo tempo (HEMBREE, 2017). Essas cláusulas são muito difíceis de ser compreendidas pelos consumidores, já que a maioria deles não acredita que sua companhia de seguros venderia uma política com cobertura de vento que poderia desaparecer mediante uma cláusula escondida no fundo da linguagem da apólice. Essa ambiguidade, não raras vezes, acaba por garantir a negativa de coberturas ou o pagamento de valores menores. Nesses casos, o recurso subsequente acaba sendo o Poder Judiciário, tanto que inúmeros escritórios de advocacia já trabalham nesse propósito atualmente nos estados norte-americanos atingidos (HEMBREE, 2017). O outro lado da moeda é o drama da insolvência para muitas seguradoras. Diante de eventos dessa magnitude, nem mesmo as solventes estão necessariamente preparadas (HEMBREE, 2017).

Brown e Seck (2013) argumentam que um mercado mais restritivo é problemático em termos sociais e pode desencadear pressões por legislações capazes de regular políticas de preços, instituir o envolvimento direto do governo no fornecimento de seguros ou alterar legislação específica existente. Uma alternativa para a questão dos eventos extremos seria o estabelecimento não apenas da transferência de risco em circunstâncias não previstas, mas a criação de mecanismos para que isso se torne possível, conforme se verificará na sequência. Contudo, há que se ter em conta que a imposição de obrigações às seguradoras sem considerações

atuariais realistas é extremamente improvável de ser bem-sucedida. Um dos argumentos nesse sentido é que, em algumas circunstâncias, determinadas obrigações podem representar a receita para uma calamidade financeira (BROWN; SECK, 2013). Por essa razão, o equilíbrio entre a possibilidade real da oferta do seguro e sua necessidade diante de eventos extremos requer inicialmente a compreensão do conceito de segurabilidade, abordado a seguir.

### 3 Segurabilidade no contexto dos eventos extremos

A fim de ponderar o seguro como instrumento de compensação para vítimas de eventos extremos, importa esclarecer de que espécie de seguro se está tratando. A literatura especializada (BRUGGEMAN, 2010; FAURE; HARTLIEF, 2006; KUNREUTHER; MICHEL-KERJAN, 2007) na matéria *seguro e desastres* tem mencionado que o seguro de responsabilidade civil se aplica com maior adequação aos desastres oriundos da atividade econômica (os denominados *man-made disasters*) ao passo que o *first party insurance* aplicar-se-ia aos desastres “naturais”. Nesta última espécie, a vítima contrata o seguro como forma de proteção contra danos futuros, caso em que a cobertura do seguro é desencadeada pela ocorrência do dano, não por responsabilidade (FAURE; BRUGGEMAN, 2008). Trata-se, portanto, de seguro diverso do seguro de responsabilidade civil.

O princípio subjacente nessa espécie de seguro é que a companhia de seguros efetua o pagamento logo que ocorre um dano, desde que seja comprovado que o dano específico era um risco segurado coberto pela apólice. Entre suas vantagens está o fato de as vítimas poderem adquirir coberturas de acordo com suas necessidades; e o principal: a seguradora pode (por meio do controle de risco moral) cobrar prêmios de acordo com o risco (FAURE; WIBISANA, 2013).

Importante: essa espécie de seguro não diminui as perdas globais de um evento adverso, mas espalha seu impacto financeiro, habilitando os que estão em risco a pagarem um prêmio relativamente pequeno para que possam ser protegidos contra uma grande perda que tem pouca chance de ocorrer. Por isso, o seguro das perdas reflete apenas uma parte do dano econômico total infligido por um desastre (KUNREUTHER; MICHEL-KERJAN, 2007).

O uso do seguro como ferramenta de transferência de risco tem cinco características principais: permite a disseminação de risco entre as partes, reduz a variância do risco para cada pessoa, permite a segregação de risco, encoraja medidas de redução de danos e fornece uma ferramenta

para monitorar e controlar o comportamento (FREEMAN; KUNREUTHER, 2002).

O conceito de seguridade pode ser compreendido com base num exemplo. Considere-se um seguro padrão no qual os prêmios são pagos por um período para cobrir perdas durante um intervalo (geralmente um ano). De regra, duas condições precisam ser atendidas antes que os provedores de seguros estejam dispostos a oferecer cobertura contra um evento incerto. A primeira é que o “provedor seja capaz de identificar, quantificar e estimar as chances de ocorrência do evento, assim como a extensão das prováveis perdas. Em segundo lugar, a seguradora precisa poder estabelecer prêmios para cada cliente potencial ou classe de clientes” (BOTZEN; VAN DEN BERGH, 2008, p. 417, tradução nossa), o que corresponde à denominada *segregação dos riscos*. Se tais condições forem satisfeitas, um risco é considerado segurável (KUNREUTHER; MICHEL-KERJAN, 2007).

Em matéria de evento extremo, importa mencionar alguns desafios impostos ao setor de seguros. Além da conhecida incerteza climática, questões socioeconômicas como a pobreza e a vulnerabilidade têm sido consideradas como causas altamente relevantes para o aumento dos danos. Ademais, características muito comuns em países em desenvolvimento costumemente negligenciadas, como a falta de controle em relação ao uso da terra, fraca imposição ou regulamentação de códigos de edificação, tendência de crescimento populacional em áreas geográficas de risco e pouca manutenção de infraestruturas, são fatores que interceptam e influenciam a viabilidade do seguro para eventos extremos (BLAZEY; GOVIND, 2007).

Apesar de tudo, o debate em torno da segurabilidade ou não dos desastres “naturais” tem crescido nos últimos tempos. As principais restrições relativas à segurabilidade giram em torno da seleção adversa, do risco moral, do

fato de o risco catastrófico ser classificado como risco altamente correlacionado e da possibilidade de estimativa da frequência e probabilidade dessa espécie de evento, bem como sua expectativa de dano (probabilidade-magnitude) (BRUGGEMAN, 2010).

### **3.1 Seleção adversa, risco moral e correlação de riscos**

A seleção adversa manifesta-se quando os indivíduos de alto risco têm mais probabilidade de necessitar da cobertura do seguro que as pessoas de baixo risco. É causada por assimetrias de informações entre empresas de seguros e segurados. Esse problema pode surgir quando os indivíduos são capazes de determinar suas características de risco individuais, e as companhias de seguros têm dificuldades em distinguir os bons dos maus riscos (BOTZEN; VAN DEN BERGH, 2009).

No contexto da mudança climática, a seleção adversa não é o maior problema, pois é difícil que os que estão em risco tenham mais informações vantajosas em comparação com as seguradoras. Em geral, estas investem significativos valores para terem essa vantagem informacional em relação aos segurados que, de regra, não têm condições ou interesse em custear estudos de avaliação de risco.

O conceito de risco moral está ligado a um aumento nas perdas esperadas (probabilidade ou quantidade de perda condicional em um evento) causado por mudanças no comportamento do segurado. Um exemplo de risco moral é um comportamento mais descuidado. “Se a seguradora não puder prever esse comportamento e confiar em dados de perdas passadas de indivíduos não segurados para estimar taxas, o prêmio resultante provavelmente será insuficiente para cobrir perdas” (KUNREUTHER; MICHEL-KERJAN, 2007, p. 1.825, tradução nossa). Entretanto,

alternativas como contratos com cláusulas excludentes em caso de comprovação de comportamento de risco, introdução de franquias específicas, cosseguro e limites superiores de coberturas podem ser ferramentas contributivas para a redução do risco moral.

Além da seleção adversa e do risco moral, a correlação de riscos é outro fator seriamente levado em consideração pelas seguradoras no momento de estabelecer a cobertura de um evento por seguro. Essa variável está diretamente relacionada à solvência da seguradora. Sua insolvência é possível quando muitas perdas ocorrem simultaneamente devido a um único evento. Essa situação pode surgir quando os riscos são altamente correlacionados. Por exemplo, inundações podem ter consequências devastadoras, uma vez que uma grande inundação costuma prejudicar muitas propriedades e empresas em uma área concentrada e ao mesmo tempo. Não é raro que grandes enchentes possam estar além da capacidade das seguradoras devido à falta de capital. Por isso, a propagação do seguro sobre diferentes bacias hidrográficas, áreas costeiras e polders é necessária para garantir certo grau de independência de eventos inundáveis.

O conteúdo das razões mais comumente apontadas para a segurabilidade ou não de um risco não fornece uma resposta simples acerca da segurabilidade ou não dos desastres naturais. Por essa razão, uma vez mencionadas e conceituadas as características mais relevantes da segurabilidade, pode-se dizer que a oferta de seguro para eventos extremos climáticos depende basicamente de duas condições: i) da capacidade de o mercado de seguro atrair *fontes adicionais de capital*, as quais podem financiar camadas superiores de riscos catastróficos – isso faz com que o mercado possa operar mais completamente, mesmo nos casos em que grandes perdas são esperadas; e ii) de que as técnicas de modelação dos desastres “naturais” se mantenham atualizadas e refinadas, especialmente com relação ao impacto das mudanças climáticas na frequência e intensidade dos desastres naturais (BRUGGEMAN, 2010).

Dadas essas condições, é simples compreender o porquê da afirmação de que o seguro é mais eficaz para riscos envolvendo fogo, automóveis e perda de vida. Afinal, tais situações permitem estimar probabilidades e perdas muito mais facilmente. Diferentemente, por sua vez, os riscos associados às mudanças climáticas não satisfazem essas condições, o que à primeira vista os torna mais difíceis de serem assegurados.

Uma forma de repensar essa noção tradicional é observar com mais cuidado as relações entre i) risco e incerteza e ii) eventos extremos e seus custos. No que diz respeito à primeira relação, o esclarecimento acerca do que é conhecido, conhecido parcialmente ou totalmente ignorado pode ser o ponto de partida para a transformação da crença de que seguro e mudança climática são incompatíveis.



Como argumenta Bruggeman (2010), a falta de confiabilidade estatística não constitui motivo para a não segurabilidade do risco catastrófico, pois incerteza em relação à probabilidade de um dano é um elemento que o segurador pode, *ex ante*, levar em consideração no momento em que estabelece o prêmio. Ademais, a assunção de determinado grau de risco depende da decisão de cobri-lo ou não, o que em geral ocorre com base no conhecimento das probabilidades de um resultado, preferencialmente baseado num modelo de análise.

As estimativas de perdas levadas em consideração pela seguradora costumam basear-se em dados passados (por exemplo, histórico de perdas do portfólio de segurados ou histórico de perdas numa região específica), juntamente com dados sobre o que os especialistas conhecem sobre um risco particular, por meio de modelos de catástrofe. Tendo em vista que essas estimativas nem sempre se têm revelado as melhores, sobretudo diante das mudanças climáticas, Kunreuther e Michel-Kerjan (2007, p. 1.813-1.814, tradução nossa) propõem um modelo diferenciado, que se baseia em quatro componentes: “risco, portfólio (inventário), vulnerabilidade e perda”. A partir dessa perspectiva,

[p]rimeiro determina-se o risco de ocorrência de um fenômeno. Na sequência realiza um inventário, da forma mais transparente possível, de propriedades em risco (o que pode ser feito por meio de coordenadas que apontem, por exemplo, a localização espacial, o tipo de construção, sua idade e o histórico de eventos extremos sofridos). Essa espécie de inventário torna possível o cálculo da vulnerabilidade ou suscetibilidade ao dano das estruturas em risco. Contudo, como o grau de vulnerabilidade varia de acordo com cada região, o ideal é que o modelo não seja único. Nessa espécie de modelo os danos possuem natureza direta e indireta. As primeiras incluem os custos de reparação ou substituição da estrutura. As indiretas abrangem a interrupção de negócios e a realocação de residentes que precisarem ser evacuados (KUNREUTHER; MICHEL-KERJAN, 2007, p. 1.814, tradução nossa).

Baseado nos resultados do modelo, o segurador pode calcular a denominada *curva de probabilidade excedida*, que especifica a probabilidade de certo número de perdas ser excedido em certa localidade num determinado período. Essa metodologia não é válida apenas para as seguradoras: agências governamentais também podem utilizá-la para estimar a probabilidade de excessos de danos numa determinada região, o que fortalece a previsibilidade do grau de assistência governamental necessária para determinada localidade (KUNREUTHER; MICHEL-KERJAN, 2007).

Feito o inventário, caso o segurador decida ofertar a cobertura para extremos climáticos, surge uma etapa extremamente complexa. Trata-se da determinação do valor do prêmio, que não pode estar desconectado

da garantia de lucro que garanta sua sobrevivência (KUNREUTHER; MICHEL-KERJAN, 2007). Além dessa questão, conforme já se mencionou, o segurador considera a assimetria das informações, normalmente caracterizadas pela seleção adversa e pelo risco moral, e o grau de correlação do risco. Se segurar custa caro, mais caro custa não segurar. Essa é uma verdade que, hoje, já pode ser vislumbrada em números.

Até pouco tempo o custo dos eventos extremos recebia pouca atenção da mídia, seguradoras e poderes envolvidos, exceto após sua ocorrência. Esse pensamento foi-se modificando nos últimos anos, quando países desenvolvidos e em desenvolvimento começaram a contabilizar os prejuízos do crescimento vertiginoso dessa espécie de evento, cujo auxílio ou resposta de emergência se refletem diretamente no orçamento público e indiretamente no contribuinte.

## 4 O custo dos eventos extremos

As seguradoras têm consciência de que, devido às mudanças no clima, os efeitos negativos futuros dos eventos extremos se tornarão ainda mais severos. De acordo com alerta recente da Swiss Re Group, “caso nenhuma medida seja tomada, as mudanças climáticas podem custar à economia mundial um valor estimado de 20% do PIB global até o final deste século” (MANAGING..., c2017, tradução nossa).

Dados disponibilizados pela Swiss Re Group, no relatório Sigma nº 1/2018, informam que, também em 2017, o total de danos segurados causados por catástrofes naturais e antropogênicas de grande magnitude foi de 144 bilhões de dólares. A temporada de furacões no Atlântico Norte e uma série de incêndios florestais, tempestades e chuvas fortes em diferentes regiões levaram ao nível mais alto de perdas globais já registrado por catástrofe num único ano. Os danos econômicos totais foram de 337 bilhões de dólares, gerando uma lacuna de proteção global contra catástrofes de 193 bilhões de dólares em 2017. Em todo o mundo, mais de 11 mil pessoas perderam a vida ou desapareceram e milhões ficaram desabrigadas (BEVERE; POURRABBANI; SHARAN, 2018).

Esses dados significam que a relação entre danos econômicos e assegurados é uma conexão muito mais real do que antigamente – porém, insuficiente ainda. De fato, o contrato de seguro não representa isoladamente uma solução para os custos gerados pelos eventos extremos, mas seu crescimento demonstra o potencial desse instrumento compensatório num contexto maior e em comparação com os demais instrumentos de compensação. O seguro tem a possibilidade de incentivar, com baixos prêmios, o indivíduo que investe em medidas de redução de risco, ao

mesmo tempo em que é responsável por pagar essa mesma pessoa pelos danos sofridos, caso o evento ocorra (KUNREUTHER; ROTH, 1998). Essa característica revela também sua face preventiva, pouco reconhecida pela leitura clássica do instituto, mas absolutamente relevante para um círculo de gestão de riscos catastróficos.

Além do traço preventivo, as discussões em torno da segurabilidade dos eventos extremos têm contribuído para o debate em torno de duas “questões fundamentais dos programas de gestão de risco: i) quem deve arcar com o custo para tornar seguras as comunidades em áreas de risco (?); e ii) quem deve pagar pelas perdas causadas por desastres (?” (KUNREUTHER; ROTH, 1998, p. 2, tradução nossa). O objetivo principal desses programas é a redução das perdas futuras, caso o evento se concretize. Os critérios de eficiência e equidade são normalmente utilizados como parâmetros iniciais para a resposta a essas duas questões. O primeiro relaciona-se com a alocação de recursos econômicos para maximizar o bem-estar social. Este, contudo, não é um critério tão simples quanto parece. A concepção de bem-estar social está vinculada à cidadania, cuja compreensão varia de uma entidade política para outra. Assim,

[a] sociedade que acredita que todos os cidadãos têm responsabilidade pelo pagamento das perdas das vítimas em caso de desastre, em geral, considera a tributação ferramenta política eficiente para a regeneração da receita a fim de cobrir tais custos. Por outro lado, a sociedade que crê que cada indivíduo é responsável por arcar com os encargos dos riscos que assume pode considerar o seguro, com uma taxa variável baseada nos riscos, uma alternativa mais apropriada (KUNREUTHER; ROTH, 1998, p. 3, tradução nossa).

O critério da equidade refere-se à preocupação com justiça e distribuição dos recursos. É fato que, em matéria de desastre, a distribuição de recursos demanda especial tratamento de alguns indivíduos em relação a outros. Considerando a vulnerabilidade da maioria das comunidades em real situação de risco, essa distribuição não seria problema, caso fosse pontual e esporádica, o que não tem sido a realidade. Ademais, nem sempre o que é considerado equitativo e justo logo após a ocorrência de um evento extremo se revela eficiente a longo prazo. Por exemplo, a concessão de empréstimos e financiamentos a moradores de áreas de risco, com o objetivo de torná-los capazes de recuperar suas moradias e permanecer nesses locais, não apenas incentiva o estabelecimento de mais pessoas naquele local, como sujeita o contribuinte ao aumento de despesas para assegurar as vítimas de futuros desastres (KUNREUTHER; ROTH, 1998).

Dada a complexidade engendrada pelos critérios de eficiência e equidade, entende-se que outros dois princípios são basilares para que o seguro

desempenhe um papel mais significativo na gestão e no financiamento de riscos catastróficos. O primeiro deles é o de que os prêmios devem refletir os riscos. Esse princípio tem por finalidade oferecer aos indivíduos sinais precisos quanto à natureza dos riscos que enfrentam e encorajá-los a adotar medidas de mitigação rentáveis para reduzir sua vulnerabilidade. Prêmios baseados em risco também se refletem no custo do capital que as seguradoras precisam embutir em seus preços para assegurar um retorno adequado aos investidores. Ocorre que isoladamente esse princípio não é adequado a todas as situações, pois, caso venha a ser disponibilizado, nem todo cidadão terá condições de arcar com seu valor. Essa é a realidade de países como o Brasil. Por essa razão, um segundo princípio precisa ser levado em consideração: o enfrentamento da iniquidade e da inacessibilidade. A ponderação desses dois princípios é o ideal, especialmente para não deixar desamparados os vulneráveis, que mais necessitam de auxílio num cenário de riscos climáticos. Com o objetivo de oferecer acessibilidade para quem mais precisa, alguns países têm desenvolvido programas de *vouchers* e incentivos, especialmente mediante parceria público-privada, conforme se verificará.

Por ora, além das limitações, muitos indícios apontam que o papel do seguro na compensação das vítimas de desastres extremos deve aumentar. Isso se evidencia em diversos movimentos como as recentes negociações internacionais no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (UNFCCC), as iniciativas de muitos países em desenvolvimento para distribuírem seus riscos e o estabelecimento de novos mecanismos de seguros em países desenvolvidos, incluindo inundações, entre outros eventos extremos (LYSTER, 2015). Para compreender essa tendência, é relevante proceder a um paralelo entre as vantagens e os obstáculos relacionados à segurabilidade climática.

#### **4.1 Vantagens e obstáculos da segurabilidade de eventos extremos**

Boa parte da literatura (BOTZEN; VAN DEN BERGH, 2009; MILLS; LECOMTE, 2006) tem destacado que as seguradoras vislumbram a mudança climática como potencial oportunidade de negócios, razão pela qual também podem ser grandes parceiras na promoção da adaptação ao fenômeno (HECHT, 2008).

Blazey e Govind (2007, p. 29, tradução nossa) vão além e afirmam que “mudança climática e seguro dependem um do outro, e as seguradoras desempenham grande papel na adaptação enquanto a adaptação contribui para que a indústria do seguro se mantenha viável”. Esse raciocínio faz parte da escola que considera o seguro como valia para a implementação das medidas de controle e gestão de risco dos governos, tendo em vista

a influência que as seguradoras desempenham no comportamento de risco individual e organizacional. Nesse sentido, o seguro é compreendido como instrumento de incentivo e orientação de comportamento preventivo (SURMINSKI; ORAMAS-DORTA, 2014), não se limitando a desempenhar um papel apenas compensatório. Seria um mecanismo capaz de fornecer sinais de preços e comunicação de risco que influenciariam indivíduos, governos e empresas a reduzirem sua vulnerabilidade por meio de prevenção ou mitigação de perda (LYSTER, 2015, p. 294).

Desse modo, em relação ao seguro contra inundações, por exemplo, as seguradoras poderiam estabelecer políticas diferentes para famílias e empresas estabelecidas em áreas propensas a inundações. A variação de prêmios em classes de risco desincentiva o desenvolvimento em planícies inundáveis, o que pode reduzir indiretamente os riscos de inundação. Ou seja, incentivos para que os indivíduos limitem sua exposição ao risco, de modo que se tornem elegíveis para prêmios mais baixos, podem estimular a transparência e a consciência dos custos que uma área de risco traz.

Para Kunreuther (2008) e Priest (1996), porém, o governo é um regulador superior às seguradoras quando se trata de regulação de risco, seja agindo pela via do zoneamento aprimorado, controle de uso da terra ou códigos de construção mais rígidos. De fato, há uma relação umbilical entre seguro para riscos catastróficos e política pública. Seguradoras precisam de efetiva estratégia governamental para se manterem solventes, a qual diz respeito ao engajamento da indústria de seguros em políticas públicas, o que também pode ser uma forma de auxiliar os governos a enfrentarem as consequências financeiras dos eventos extremos. A coleta de dados e informações confiáveis em nível local é uma das formas de intersecção da política pública com a indústria de seguros.

Assim, a fim de evitar o conhecido quadro do encolhimento do mercado segurador e a intervenção do governo para reduzir os riscos e auxiliar nas ações pós-desastre (MILLS, 2009), seguradoras e poder público podem unir-se para promover modificação de comportamentos (BLAZEY; GOVIND, 2007). Por exemplo, a regulamentação pública em relação a zonas de risco, emissão de gases do efeito estufa, remoção de pessoas de áreas de risco e minimização do potencial de futuros danos representa grande incentivo para que as seguradoras assumam riscos de baixa probabilidade e alta magnitude em termos de consequências (BLAZEY; GOVIND, 2007).

A despeito das possibilidades e vantagens apontadas para o seguro como mecanismo adequado para a compensação de desastres, por uma variedade de razões ele é pouco utilizado na prática. Além dos obstáculos mencionados para a materialização do seguro como mecanismo de compensação climática, pode-se observar que os indivíduos tendem

a não contratar, mesmo nos países onde seguros como o de inundação estão disponíveis no mercado.

Algumas razões dessa postura: i) limitação cognitiva – eventos de baixa probabilidade como desastres naturais são sistematicamente mal avaliados, em geral resultando no pensamento “não acontecerá comigo ou não acontecerá de novo”; ii) auxílio governamental após a ocorrência do desastre pode ser um fator que reduz o incentivo para aquisição do seguro (RASCHKY; WECK-HANNEMANN, 2007); iii) preferências por perdas incertas (SCHOEMAKER; KUNREUTHER, 1979); iv) informação ineficaz; e v) o seguro é compreendido como um investimento que não traz retorno (BRUGGEMAN, 2010).

Em relação à última justificativa, Kunreuther e Lyster (2016, p. 33, tradução nossa) destacam uma realidade comum nos EUA:

A maioria dos proprietários em áreas propensas a inundações não adquire voluntariamente seguro contra inundações, mesmo quando é altamente subsidiado, ao menos até sofrerem danos [...]. Caso contratem, mas não experimentem perdas nos anos subsequentes, provavelmente cancelarão sua apólice.

Por isso, um dos grandes desafios das seguradoras é convencer os segurados de que o melhor retorno para um contrato de seguro é não ter retorno algum (KUNREUTHER; LYSTER, 2016). Afinal, trata-se de uma atividade protetiva, não de um investimento. Esse desafio é maior do que parece, e seu grau de dificuldade passa despercebido, pois envolve comportamento. Logo, quem tem acesso ao seguro, em termos tanto de oferta quanto de acessibilidade, “deve comemorar a ausência de perda durante um determinado período, em vez de simplesmente cancelar a apólice pela ausência de uso” (KUNREUTHER; LYSTER, 2016, p. 35, tradução nossa).

Existem dois caminhos para tornar o seguro um instrumento compensatório mais efetivo em face de eventos extremos: um segue a perspectiva de escolha do cidadão na contratação do seguro (perspectiva da discricionariedade), o outro defende a ideia do seguro compulsório.

Kydland e Prescott (1977) asseveram que uma política discricionária pode ser ideal, mas não necessariamente resultar em algo socialmente ótimo a longo prazo. Para os autores, a menos que os indivíduos sejam proibidos de instalar-se e permanecer em área de inundação, por exemplo, será muito difícil forçá-los a saírem de suas casas, pois acreditam que, caso não saiam, o Poder Público construirá barragens e diques como forma de proteção. De fato, isso acaba acontecendo, porque em geral o número de pessoas presentes nesses locais é grande. Por essa razão, em vez de investimento em planos de contenção de inundação para manter

grupos em áreas de risco, os autores argumentam que a saída são regras explícitas que restrinjam o desenvolvimento nessas áreas, e não dar às pessoas discricionariedade de escolha.

Kunreuther e Pauly (2006) são enfáticos ao se posicionarem favoravelmente em relação ao seguro compulsório. Justificam-no como uma saída para a baixa demanda por seguros e para os grandes problemas pós-desastre, tanto para as vítimas quanto para o governo. Em geral, os proprietários que sofrem danos graves não dispõem de recursos para reconstruir seus imóveis e acabam recorrendo ao governo, que geralmente responde com uma assistência pós-desastre altamente dispendiosa, pouco estratégica e não compensatória. Para evitar grandes despesas *ex post*, a opção do seguro privado obrigatório com taxas baseadas em risco é apontada como uma opção pelos autores. Nesse sentido, de acordo com os autores, “é mais eficiente um programa público *ex ante* que garanta cobertura de perdas catastróficas e subsidie residentes de baixa renda (que não podem pagar a cobertura) do que uma resposta pública que sequer pode ser chamada de programa público de auxílio *ex post*” (KUNREUTHER; PAULY, 2006, p. 101, tradução nossa).

Van den Bergh e Faure (2006, p. 25, tradução nossa) afirmam que “a necessidade de criar um grupo de risco suficientemente grande para apaziguar, entre outras questões, o problema de seleção adversa pode justificar a cláusula de vinculação”. Nesse contexto, “os argumentos da eficiência e da solidariedade são fortes para justificar a extensão compulsória dos contratos de seguro de propriedade, subscritos voluntariamente, para cobrir o risco de desastres ‘naturais’” (VAN DEN BERGH; FAURE, 2006, p. 54, tradução nossa).

A exceção de solidariedade foi desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça europeu. Ou seja, do ponto de vista do bem-estar global, algumas regras podem ser motivadas por objetivos de solidariedade nacional (VAN DEN BERGH; FAURE, 2006). E mais: é aceitável que, em função da hipossuficiência econômica demonstrada, alguns recebam um subsídio para o custeio do seguro. A compulsoriedade em matéria de seguro já é uma realidade na Europa.

## 5 O exemplo da compulsoriedade

Na França, a compensação das vítimas de desastres extremos faz parte de um sistema regulamentado e inclusivo que socializa o risco, disseminando o custo dos danos causados por desastres para toda a população (BRUGGEMAN, 2010). Sua justificativa está no Preâmbulo da Constituição de 1946, que “proclama a solidariedade e a igualdade de

todos os franceses em suportar o fardo resultante das calamidades nacionais (§ 12)” (FRANÇA, [2004]). O sistema de gerenciamento de desastre não impõe limitações à possibilidade de proposição de ação de responsabilidade civil contra o governo ou atores privados. Em vez disso, está estruturado para desincentivá-la por meio do fornecimento de um seguro alternativo, que é menos caro e normativamente superior por ser associado à solidariedade social. Importante ressaltar que o país tem um sistema de seguridade social robusto, que cobre o custo do tratamento de danos físicos por desastre (CANNARSA; LAFAY; MORÉTEAU, 2006).

Como resposta às perdas sofridas em decorrência de desastres “naturais”, em 1982 o país aprovou a Lei nº 82-600, “relative à l’indemnisation des victimes de catastrophes naturelles” (FRANCE, [2008]). De acordo com esse sistema, a compra voluntária do seguro básico dos proprietários desencadeia a obrigação de pagar um prêmio adicional para o seguro contra perdas relacionadas a desastres naturais e interrupções de negócios. Há, assim, uma extensão de cobertura obrigatória de contratos de seguro de propriedade, subscritos voluntariamente. A cobertura suplementar para a perda catastrófica é financiada por um prêmio adicional de 12% em todos os contratos de seguro de propriedade. A cobertura obrigatória é aplicada a todos os indivíduos segurados, independentemente de serem particularmente vulneráveis a catástrofes naturais (VAN DEN BERGH; FAURE, 2006, p. 30).

O sistema, denominado CAT/NAT, é uma criação do governo, mas concretizou-se com a participação de companhias de seguros, que no início relutaram em expor passivos potencialmente significativos num mercado sobre o qual tinham informações limitadas. O convencimento das seguradoras pelo governo resultou da criação de uma companhia de resseguros

financiada pelo Estado, a Caisse Centrale de Réassurance (CCR), que reassegura 50% do risco de apólices de seguro contra desastres a uma taxa extremamente competitiva. O sistema é atraente para seguradoras privadas, que retêm 50% do risco e vendem os 50% restantes para o CCR. O governo fornece ao CCR uma garantia financeira, intervindo para pagar o excesso de responsabilidade quando 90% das reservas do CCR estiverem esgotadas (FELDMAN; FISH, 2015).

Os prêmios do seguro são uniformes, calculados como uma percentagem fixa do custo, independentemente dos fatores de risco do segurado. Para alguns, esse aspecto da política CAT/NAT pode incentivar o risco moral, em particular pela possibilidade de o valor da solidariedade ser minado por indivíduos que assumem riscos inadequados, sabendo da possibilidade de poderem espalhar suas perdas relacionadas com desastre à população em geral (FELDMAN; FISH, 2015).

Essa observação parte do tradicional paradigma (BEN-SHAHAR; LOGUE, 2012) de que todo seguro cria risco moral. Ou seja, embora o seguro represente uma alternativa de alívio no pós-desastre, sua desvantagem é que ele diminui o incentivo do segurado no sentido de mitigar as perdas. Ora, ainda que em algumas configurações de contrato essa seja a realidade, partir desse pressuposto é ótima desculpa para evitar o enfrentamento da questão por meio dessa alternativa de compensação. Se exemplos de insucesso são possíveis, o oposto também pode ser verdadeiro e merece reflexão. Por exemplo, algumas cláusulas dos contratos, como incentivos à mitigação e outras obrigações, podem levar os contratantes não apenas a evitar o risco moral, mas a tomar precauções mais eficientes (GOLDBERG, 2009).

O sistema CAT/NAT aplica essa lógica, incentivando a implementação de políticas de



prevenção sob a forma de planos de prevenção de riscos (PPR). Os municípios acabam tendo duas razões principais ou incentivos para elaborar PPRs eficazes e efetivos. A falta de um PPR expõe os municípios às ações de responsabilidade civil. Em segundo lugar, também permite que o governo aumente a franquia na política CAT/NAT após a declaração de desastres naturais (esse valor não é fixo).

O exemplo francês de uma cobertura abrangente obrigatória foi seguido recentemente pela Bélgica, que regulamentou a extensão da cobertura de seguro de incêndio adquirida voluntariamente para os chamados riscos simples, para eventos como inundações, terremotos e deslizamentos de terra. A diferença entre o sistema da Bélgica e o da França é que a seguradora pode investigar o risco para cada caso individual e ajustar o prêmio em conformidade. Logo, o prêmio final será diferente em função do risco real (FAURE; HARTLIEF, 2006).

Todavia, as diferentes realidades da França, Bélgica e Brasil não podem ser desconsideradas. Ademais, a criação de um sistema como o exemplificado demandaria estruturas que não seriam facilmente adaptáveis em países em desenvolvimento. Nesse sentido, é importante refletir acerca de alternativas que potencializem a solvência das seguradoras. O resseguro e a transferência de riscos são dois exemplos bastante desenvolvidos na atualidade.

## **6 O resseguro e a alternativa da transferência de risco para o mercado de capitais**

Conforme se destacou, desastres demandam reconstrução, que necessita de dinheiro, o que remete ao seguro, que enfrenta problemas tanto de demanda quanto de oferta. Em diversos casos, especialmente nos casos de eventos catastróficos,

as perdas esperadas em geral excedem a capacidade de um segurador individual. Para evitar essa realidade, existem dois mecanismos para aumentar a capacidade da seguradora: o resseguro (que é o seguro das seguradoras) e a transferência de riscos para o mercado de capitais.

Em países desenvolvidos, o mercado de resseguros é um dos setores financeiros mais importantes, pois possibilita que as empresas tenham cobertura securitária para os bens já existentes e para a construção de obras de infraestrutura, necessárias para o desenvolvimento de uma nação.

O grande crescimento do setor no Brasil ocorreu a partir de 2008, com o fim do monopólio estatal sobre as operações de resseguro no Brasil. Conforme a Superintendência de Seguros Privados (Susep), “o volume de prêmio cedido às resseguradoras atingiu 8,6 bilhões de reais em 2016, crescimento de 1% em relação aos 8,5 bilhões de reais registrados no ano anterior” (O QUE..., 2017).

Todavia, o resseguro pode ser insuficiente para fornecer a capacidade necessária e cobrir catástrofes de baixa probabilidade e alto risco (como um furacão de categoria 5, por exemplo). Nos EUA tem-se observado uma realidade em que não raras vezes, após anos catastróficos, o mercado de risco secundário trata as seguradoras primárias da mesma forma como elas tratam os clientes de seguros de propriedade, aumentando os preços e diminuindo a cobertura (BERGHMAN, 2013). Na sequência de desastres significativos, a demanda do seguro de propriedades é alta, mas as seguradoras primárias não podem arriscar mais. Como consequência, voltam-se para as resseguradoras, a fim de criar uma capacidade de subscrição adicional, mas o capital do mercado secundário também foi drenado, deixando as resseguradoras indisponíveis para renovar políticas antigas ou satisfazer a novas demandas. Infelizmente, os custos acabam

sendo transferidos para o consumidor e os preços aumentam. Por certo, essa realidade não perdura para sempre, mas em geral por um período, até que o mercado se reestabeleça do desastre.

Por essa razão, novas fontes de capital são fundamentais para facilitar o ciclo. Na última década, os mercados de capitais têm demonstrado interesse e capacidade para assumir riscos catastróficos.

A natureza cíclica do mercado de resseguros faz com que as seguradoras primárias elevem os prêmios ou se retirem completamente dos riscos de subscrição em áreas propensas a catástrofes. Os mercados de capitais, por sua vez, representam uma solução potencial para essa falta de capacidade, e a maturidade do mercado de títulos (*cat bonds*) indica que eles podem ser a melhor solução (BERGHMAN, 2013, p. 27, tradução nossa).

Essas novas fontes de capital fazem parte do mecanismo denominado *transferência alternativa de riscos*, que aumenta a capacidade de securitização do risco (BERGHMAN, 2013). Esse mercado existe para proporcionar capacidade extra às seguradoras primárias. Usando vários métodos, essas entidades assumem segmentos dos riscos, subscrevem mais políticas, ao mesmo tempo em que estabilizam os preços.

Os títulos de catástrofe (também conhecidos como *catastrophe bonds*) transferem um conjunto específico de riscos de um patrocinador para investidores. Foram criados e utilizados pela primeira vez em meados da década de 1990, no rescaldo do furacão Andrew e do terremoto de Northridge. Por esse mecanismo, investidores adquirem um título, cujo capital é perdido quando o parâmetro determinado pelo contrato for desencadeado.

Por exemplo, quando um furacão de categoria cinco atingir uma determinada cidade e causar pelo menos 15 bilhões em danos, imediatamente as obrigações assumidas pela aquisição do título vinculado ao risco estarão em vigor. Nos casos em que o evento (probabilisticamente baixo) ocorrer, o valor investido será utilizado para pagar as reivindicações de seguros (BERGHMAN, 2013, p. 224, tradução nossa).

Essa solução também pode ser pensada para os casos de inundação. A transferência de risco é uma opção que representa a convergência dos mercados de seguros e de capitais. Mercados tradicionalmente separados trabalhando em conjunto para desenvolver produtos que permitam espalhar e transferir o risco sobre a imensa capacidade dos mercados financeiros (BERGHMAN, 2013). As *catastrophe bonds* estão mais próximas da transferência de risco pura, pois, caso uma obrigação seja desencadeada, a seguinte não será mais cara, devido à capacidade substancialmente maior dos mercados de capitais (BERGHMAN, 2013).

## 7 Alternativas de seguro para países em desenvolvimento

Freeman e Kunreuther (2002, p. 211) argumentam que uma distinção primária entre países desenvolvidos e em desenvolvimento é o papel integral que a transferência de risco desempenha na gestão de risco. Em muitos países desenvolvidos, a transferência de risco é um componente de integração de estratégias variadas de gerenciamento de risco. Na maioria dos países em desenvolvimento, em geral a transferência de risco não é um componente de uma estratégia abrangente.

Além disso, há uma diferença fundamental entre formas de transferir riscos de desastres “naturais” entre países desenvolvidos e economias emergentes. Na maioria dos países desenvolvidos, o seguro é a principal forma de transferir o risco. Na maioria dos países emergentes ou em desenvolvimento, o governo compromete-se a financiar a reconstrução após um desastre (FREEMAN; KUNREUTHER, 2002, p. 202).

Eventos extremos de início repentino são um problema crônico, especialmente em países em desenvolvimento. Embora as catástrofes climáticas estejam minando capacidades, nesses países os mecanismos de compensação são altamente inadequados, e os governos geralmente não têm recursos e vontade política de se envolverem num planejamento de longo prazo. Ademais, esse planejamento envolve questões urbanísticas, instituição ou readequação de códigos de construção, reassentamento e deslocamento, com vistas a reduzir a exposição a eventos climáticos extremos (LYSTER, 2015).

Uma inundação pode ter consequências devastadoras para o processo de desenvolvimento econômico de um Estado, bem como ser um dos responsáveis por manter a população na pobreza. Daí surge a questão de saber como, mais particularmente para o caso dos países em desenvolvimento, uma compensação adequada e efetiva pode ser fornecida às vítimas. Muitos diriam que não existe nenhuma resposta adequada, pois a melhor maneira de proteger a vítima é obviamente a prevenção. Por certo, a prevenção é sempre relevante. No entanto, é preciso lembrar que ela muitas vezes se baseia numa cultura de gestão de risco, no raciocínio de longo prazo e no pressuposto de que o indivíduo tem várias opções e, portanto, pode escolher a menos arriscada (estabelecendo-se numa área segura). Infelizmente, essa não é a realidade das populações em países em desenvolvimento (FAURE; WIBISANA, 2013).

Nos EUA e na Europa há uma tendência de crescimento da compensação baseada em seguro, complementada por parceria público-privada com apoio governamental (geralmente atuando como ressegurador) para fornecer resseguro onde os mercados falharem (MICHELKERJAN; MARCELLIS-WARIN, 2006). Esses acordos são desenvolvidos

principalmente para perdas de propriedade (casas) ou econômicas, e não para danos pessoais ou danos à saúde, sendo estes últimos regidos pelo sistema de seguridade social. Ainda que alguns países europeus e os EUA tenham exemplos interessantes de compensação por meio do seguro, há que se ter em conta que sua aplicabilidade em países em desenvolvimento não é tão simples. Um sistema de seguro abrangente (obrigatório, como é o caso da França, por exemplo) pode gerar custos adicionais, e as necessidades e prioridades de indivíduos em países em desenvolvimento são muito diversas das do mundo desenvolvido. Além disso, um sistema de seguro abrangente requer uma estrutura administrativa para geri-lo, que pode não estar em vigor em todos os países em desenvolvimento. Especialmente para indivíduos de baixa renda, mesmo que a informação sobre os riscos esteja disponível (o que não é a regra), alternativas não estão, muitas vezes, disponíveis para a população (LINNEROOTH-BAYER; MECHLER; HOCHRAINER-STIGLER, 2011).

Em geral, países em desenvolvimento e seus Estados têm as dificuldades cotidianas agravadas na sequência do desastre porque as rendas (que já são baixas) diminuem, as reservas ficam exauridas e o declínio de crédito dificulta empréstimos. A situação comumente é resolvida pelo redirecionamento de valores orçados para outras finalidades ou por empréstimo do mercado interno e de instituições financeiras internacionais.

Dada a necessidade de mudar essa realidade, programas de seguros recentes e inovadores representam alternativas para os países em desenvolvimento. Alguns exemplos serão analisados na sequência.

### **7.1 O sistema de microsseguros e os exemplos do CCRRIF, da ARC e do Shore Up Connecticut Loan Program**

O sistema de microsseguros é um exemplo de programa que fornece cobertura de baixo custo para famílias de baixa renda e empresas de pequeno porte, ao mesmo tempo em que oferta cobertura para aqueles que não podem pagar prêmios baseados em risco. “Serve para resolver o problema da acessibilidade” (FAURE; WIBISANA, 2013, p. 269, tradução nossa). Para expandir essa alternativa, o desafio é criar sistemas público-privados, apoiados por *expertise* e capital internacional, que possam sustentar eventos de grande magnitude.

O sistema baseia-se em índice (é paramétrico). O seguro convencional é subscrito contra perdas reais, ao passo que o seguro paramétrico é baseado em índice e subscrito em função de gatilhos físicos ou econômicos (LINNEROOTH-BAYER; MECHLER; HOCHRAINER-STIGLER, 2011). Tradicionalmente, as seguradoras pagam créditos com base em perdas reais (seguro baseado em indenização), o que exige extensas redes de peritos que

avaliam perdas individuais após um evento. Isso faz com que programas tradicionais de seguro, como de colheitas, sejam dispendiosos e demorados para segurado e segurador. Para evitar os altos custos de transação dos sistemas de seguro baseados em indenizações, os sistemas baseados em índice ou paramétricos fazem com que os pagamentos dependam de um gatilho físico, como a precipitação mensurada numa estação meteorológica regional, o que evita liquidações caras e demoradas. Desse modo, no caso de derivados do clima, os agricultores têm acesso ao pagamento do seguro se o índice atingir certa medida, independentemente das perdas reais.

Esses sistemas podem oferecer uma alternativa menos onerosa e, portanto, mais viável à cultura tradicional baseada em indenização. Essa espécie de seguro já está à disposição para agricultura e pecuária em países como Malawi e Mongólia, respectivamente. Apesar de inovador, e com potencial de aplicabilidade até para casos de inundação, seu sucesso depende da capacidade de pagamento das coberturas necessárias, do apoio de assistência técnica, de subsídios nacionais ou de doadores internacionais (LINNEROOTH-BAYER; MECHLER; HOCHRAINER-STIGLER, 2011).

À luz dos custos significativos que envolvem os eventos extremos, outro desafio é identificar camadas apropriadas de transferência de risco com custos mais baixos (LINNEROOTH-BAYER; MECHLER; HOCHRAINER-STIGLER, 2011). A palavra *camada* aqui tem exatamente a noção de reforço em diferentes níveis. O CCRIF é o primeiro sistema de *pool de risco entre Estados* do mundo nesses moldes e apresenta vários recursos inovadores. O CCRIF funciona como uma companhia de seguros controlada pelos governos participantes. Oferece seguro de catástrofe menos oneroso do que os disponíveis nos mercados comerciais de seguros e resseguros. Embora interaja com os atores do setor

privado nos mercados de seguros e resseguros comerciais, os representantes governamentais contribuem para o funcionamento do sistema, garantindo que a tomada de decisões reflita as necessidades dos Estados membros. Ao reunir o risco de nível regional, os países do Caribe podem evitar ter que reservar grandes quantidades de dinheiro público para atender ao risco de um ciclone ou terremoto tropical catastrófico. O *pool* de riscos em nível regional proporciona eficiência na administração do seguro. Em vez de cada Estado ter uma administração separada do seguro de risco catastrófico, essa função é centralizada em nível regional pelo CCRIF (MCGEE; PHELAN; WENTA, 2014). O CCRIF cobre uma pequena proporção das reivindicações potenciais mediante contribuições dos Estados membros e compra cobertura de resseguro nos mercados de resseguros internacionais para cobrir reivindicações até determinado nível no ano.

A cobertura do seguro baseia-se no mecanismo de gatilho paramétrico. O valor a ser pago ao abrigo do seguro é predeterminado por um modelo de estimativa de perdas que identifica o valor devido ao Estado segurado após um ciclone tropical ou um terremoto de particular gravidade, por exemplo. O CCRIF é, portanto, capaz de distribuir rapidamente dinheiro para os Estados afetados e evitar atrasos que por vezes ocorrem nas políticas de danos de propriedade indenizáveis disponíveis nos mercados de seguros comerciais. Sua capitalização inicial proveio do financiamento de países desenvolvidos e organizações internacionais de fora da região do Caribe (MCGEE; PHELAN; WENTA, 2014).

Embora represente um modelo instrutivo como mecanismo de transferência de risco regional para uma maior adaptação aos eventos climáticos extremos relacionados com mudanças climáticas, esse sistema tem uma desvantagem. As perdas financeiras sofridas como resultado do evento catastrófico podem diferir do valor

calculado de acordo com o modelo de estimativa de perda, deixando os Estados membros com uma queda na cobertura. Ainda assim, os segurados têm assumido esse tipo de risco para garantir o acesso rápido aos fundos, visto que nessas circunstâncias é difícil avaliar com precisão a perda real associada a um evento climático extremo (MCGEE; PHELAN; WENTA, 2014).

O *pool* de riscos pode dispersar riscos entre regiões, grupos regionais, nacionais e até internacionais. Entre os setores público e privado, pode reduzir consideravelmente o custo do risco. O desafio, contudo, é desenvolver procedimentos unificados de estimativa e “cultura de risco” comum para as regiões e países envolvidos (LINNEROOTH-BAYER; MECHLER; HOCHRAINER-STIGLER, 2011), bem como identificar características de exposição e vulnerabilidade semelhantes.

O CCRIF (THE CARIBBEAN..., c2008) e a ARC (AFRICAN UNION, 2016) são dois exemplos de como configurar um sistema e conceber limites objetivos hidrológicos e meteorológicos que desencadeiem pagamentos de seguros. A ideia de um *pool* de risco nesses programas baseia-se no fato de que as secas ou inundações não acontecem em todos os anos nas mesmas partes do continente e, portanto, nem todos os países que participam do *pool* receberão um pagamento.

Uma alternativa para manter os prêmios baseados em risco, sem desconsiderar acessibilidade, é a concessão de valores (que cubram parte do custo do seguro) ou empréstimos para investimento em mitigação. Por exemplo, o Departamento de Habitação de Connecticut, nos EUA, desenvolveu o Shore Up Connecticut Loan Program, voltado para residências unifamiliares próprias ou alugadas e empresas. O financiamento tem por objetivo aprimorar elevações das propriedades e facilitar adaptações relacionadas às atividades de proteção contra

inundações e vento. O valor do *voucher* (valor concedido pelo programa) é determinado pelo rendimento da família e a magnitude do aumento do prêmio do seguro (KUNREUTHER; MICHEL-KERJAN, 2013).

A parceria público-privada também é uma alternativa. Como resultado das últimas enchentes no país e décadas de negociação, em 2014 o governo britânico e a Associação Britânica de Seguradores fecharam um acordo cujo objetivo era estabelecer um equilíbrio entre governo e o setor privado de seguro, diante das mudanças climáticas e desastres relacionados ao clima. As tratativas receberam autoridade estatutária nos termos da Parte 4 do Water Act 2014 (UNITED KINGDOM, 2014) e vigoram por 25 anos, expirando em 2039. Resumidamente, os principais pontos do acordo são: oferta de seguro em áreas de alto risco com preços acessíveis; estabelecimento de um sistema de resseguro para inundação – Flood Reinsurance Scheme (Flood Re) –, com o fim de proporcionar disponibilidade e acessibilidade para as moradias, bem como gerenciar a transição do preço relacionado ao risco do seguro contra inundações ao longo de um período de 25 anos para as famílias; garantia de que o governo será o primeiro responsável pelas perdas em caso de um evento catastrófico que o sistema de resseguro não possa arcar; e a assunção, pelo governo, da responsabilidade de aumentar os gastos com medidas de proteção contra a inundação.

O exemplo inglês é inovador e pode oferecer *insights* e inspiração para outras jurisdições em busca do equilíbrio entre o público e o privado diante dos desastres naturais e da compensação das vítimas. Contudo, a existência de alternativas ligando seguro a eventos extremos não é suficiente para apagar as diferenças de realidades, vulnerabilidades, culturas e economias. Não há uma fórmula de seguro aplicável a desastres. Ademais, é improvável que os prêmios possam

refletir adequadamente o risco de catástrofes climáticas extremas ou que a equidade e a acessibilidade possam ser resolvidas no curto prazo nos países em desenvolvimento. Por essa razão, governos, agências multilaterais e países doadores serão fundamentais para estabelecer iniciativas de *pool* de riscos catastróficos e sistemas de microsseguro de pequena escala, alternativas capazes de oferecer uma espécie de alívio às vítimas (KUNREUTHER; LYSTER, 2016).

## 8 Conclusão

Para que o seguro seja instrumento de compensação contributivo num contexto compensatório de vítimas de eventos extremos, inicialmente há que se superar o raciocínio excludente de que esses eventos não são seguráveis. Num segundo momento, as disposições contratuais são de grande importância, visto que podem controlar e motivar comportamentos do segurado com o objetivo de evitar e minimizar a ocorrência de perdas.

No Brasil, a hipótese de uma releitura do contrato de seguro a fim de incluir os eventos, correlatos com o clima ou não, está absolutamente respaldada no “princípio da função social, ora acolhido expressamente no Código Civil (art. 421 e 1.228, § 1º), [que] constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado, [...] [segundo] a diretriz constitucional da solidariedade social (CF, art. 3º, III, *in fine*)” (MARTINS-COSTA, 2005, p. 41). Há que se ter em conta que o Direito Contratual da atualidade se situa num quadro de referências principiológicas. Disso decorre a autonomia privada solidária, força estruturante de uma nova dogmática contratual, oriunda da conjugação ou entrelaçamento entre as ideias-chave da liberdade de contratar e da função social do contrato.

Nesse sentido, “a segurabilidade deve ser compreendida como um conceito fundamental, mas variável” (FAURE; HE, [2018], tradução nossa). De fato, se comparados a outros riscos, o climático é *sui generis* por sua associação a uma considerável incerteza. Todavia, com o desenvolvimento das bases de dados e dos modelos tecnológicos, torna-se cada vez mais possível identificá-lo e quantificá-lo, afastando-o da linha do risco de alta incerteza.

Acerca da variabilidade, pode-se dizer que aquilo que hoje não é segurável pode tornar-se logo em seguida. A evolução de tecnologia que permita maior informação acerca dos riscos é relevantíssima nesse contexto. Ademais, além da previsibilidade, dois fatores precisam ser considerados na verificação da segurabilidade ou não da relação risco e evento extremo: a perda potencial no caso de o risco materializar-se e a aleatoriedade do risco. Esses fatores – e mais alguns, a depender da

especificidade de cada país ou região (vulnerabilidade local) – são a base da existência de diferentes políticas de seguro no mundo. Os mais conhecidos são o seguro de catástrofe e o agrícola (existente no Brasil), mas há uma expectativa de crescimento também dos seguros voltados para as consequências dos eventos extremos relacionados com a mudança climática. Contudo, para que essa possibilidade se torne uma realidade mais abrangente, uma série de barreiras precisam ser superadas.

O primeiro passo nesse processo de superação de obstáculos é verificar com que objetivo se pensa o seguro. Se o intuito é torná-lo instrumento compensatório, capaz de desempenhar papel significativo na gestão e financiamento de risco de desastres (eventos extremos de baixa probabilidade e grandes consequências), alguns princípios precisam ser observados: os prêmios devem refletir os riscos e, em países em desenvolvimento, a premissa do valor dos prêmios não deve perder de vista questões como justiça e acessibilidade.

Sem a atenta observação do binômio prêmio (risco verdadeiro) e acessibilidade, a estrutura de seguro, especialmente para inundação, nasce fadada ao insucesso. Além disso, o setor público também pode desempenhar seu papel, oferecendo proteção contra perdas catastróficas que não podem ser cobertas pelo setor privado, o que representa uma alternativa à solvência da seguradora. Ressalte-se, nesse caso, que o Poder Público não é o primeiro a ter que agir, tampouco é segurador de primeiro grau, mas uma espécie de reforço financeiro numa cadeia de diversos atores. E, em países como o Brasil, o sistema de microsseguros e os exemplos do CCRIF, da ARC e do Shore Up Connecticut Loan Program devem ser observados com atenção.

Se potencialidades existem, as limitações também são consideráveis. Nessa linha, a aderência à noção compensatória, tendo como instrumento o seguro ou outro, está conjugada com uma série de medidas que não são apenas jurídicas, mas econômicas, culturais e, em última medida, psicológicas (comportamentais). Logo, uma estratégia que pretenda obter sucesso em termos de gestão e transferência de risco precisa observar e desenvolver, paralelamente, questões que desaguam no Direito, mas são muito mais profundas e anteriores a ele.

Experiências de países que já enfrentaram e ainda vivenciam grandes eventos extremos como inundações (caso dos EUA e de alguns países da Europa) demonstram que, se o intuito é desenvolver o seguro como instrumento compensatório, além das orientações anteriormente destacadas e o aprendizado com erros do passado, alguns passos são fundamentais. Entre os principais destacam-se a redução de vulnerabilidades, o envolvimento de diversos atores, mais de uma camada de gestão de risco para suportar grandes magnitudes sem comprometer uma seguradora e a parceria público-privada.



## Sobre a autora

Fernanda Damacena é doutora e mestre em Direito Público pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; pós-doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), Curitiba, PR, Brasil; professora de Direito Ambiental em cursos de graduação e pós-graduação da PUC-PR, Curitiba, PR, Brasil; advogada.  
E-mail: fer.dl.damacena@gmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

DAMACENA, Fernanda. Seguro e eventos extremos: limites e possibilidades. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 99-124, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p99](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p99)

(APA)

Damacena, F. (2020). Seguro e eventos extremos: limites e possibilidades. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(225), 99-124. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p99](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p99)

## Referências

AFRICAN UNION. African Risk Capacity. *Strategic framework 2016-2020*. [S. l.]: ARC, 2016. Disponível em: [https://www.africanriskcapacity.org/wp-content/uploads/2017/01/PI\\_Strategic-Framework-2016-2020\\_20161207\\_EN\\_TA.pdf](https://www.africanriskcapacity.org/wp-content/uploads/2017/01/PI_Strategic-Framework-2016-2020_20161207_EN_TA.pdf). Acesso em: 15 jan. 2020.

BEN-SHAHAR, Omri; LOGUE, Kyle D. Outsourcing regulation: how insurance reduces moral hazard. *Michigan Law Review*, [s. l.], v. 111, n. 2, p. 197-248, 2012. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss2/2/>. Acesso em: 2 jan. 2020.

BERGHMAN, Thomas. A market under(writing) the weather: a recommendation to increase insurer capacity. *University of Illinois Law Review*, [s. l.], v. 2013, n. 1, p. 221-278, 2013. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4bfc/b3508814ba6cbe4c5ca200c246f55d3ed7c5.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2020.

BEVERE, Lucia; POURRABBANI, Marla Schwartz; SHARAN, Rajeev. Sigma 1/2018: natural catastrophes and man-made disasters in 2017: a year of record-breaking losses. *Swiss Re Institute*, [Zurich], 11 Apr. 2018. Disponível em: <https://www.swissre.com/institute/research/sigma-research/sigma-2018-01.html>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BLAZEY, Patricia; GOVIND, Paul. Financial adaptation challenges for the insurance industry due to climate change. *Macquarie Journal of Business Law*, [s. l.], v. 4, p. 15-48, 2007.

BOTZEN, Willem J. Wouter; VAN DEN BERGH, Jeroen C. J. M. Bounded rationality, climate risks, and insurance: is there a market for natural disasters? *Land Economics*, [s. l.], v. 85, n. 2, p. 265-278, May 2009. DOI: <https://doi.org/10.3368/le.85.2.265>.

\_\_\_\_\_. Insurance against climate change and flooding in the Netherlands: present, future, and comparison with other countries. *Risk Analysis*, [s. l.], v. 28, n. 2, p. 413-426, Apr. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1539-6924.2008.01035.x>.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 2 jan. 2020.

BROWN, Craig; SECK, Sara. Insurance law principles in an international context: compensating losses caused by climate change. *Alberta Law Review*, [s. l.], v. 50, n. 3, p. 541-576, 2013. DOI: <https://doi.org/10.29173/alr96>. Disponível em: <https://www.albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/96>. Acesso em: 2 jan. 2020.

BRUGGEMAN, Véronique. *Compensating catastrophe victims: a comparative law and economics approach*. Netherlands: Kluwer Law International, 2010.

CANNARSA, Michel; LAFAY, Fabien; MORÉTEAU, Olivier. France. In: FAURE, Michael; HARTLIEF, Ton (ed.). *Financial compensation for victims of catastrophes: a comparative legal approach*. Wien: Springer, 2006. (Tort and Insurance Law, v. 14). p. 81-118.

FAURE, Michael; BRUGGEMAN, Véronique. Catastrophic risks and first-party insurance. *Connecticut Insurance Law Journal*, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 1-52, 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1086036](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1086036). Acesso em: 16 dez. 2019.

FAURE, Michael; HARTLIEF, Ton (ed.). *Financial compensations for victims of catastrophes: a comparative legal approach*. Wien: Springer, 2006. (Tort and Insurance Law, v. 14).

FAURE, Michael; HE, Qihao. Private law and climate disasters: insurance law. In: LYSTER, Rosemary; VERCHICK, Robert R. M. (ed.). *Research handbook on climate disaster law: barriers and opportunities*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, [2018]. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3089496>. Acesso em: 16 dez. 2019.

FAURE, Michael; WIBISANA, Andri (ed.). *Regulating disasters, climate change and environmental harm: lessons from the Indonesian experience*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.

FELDMAN, Eric A.; FISH, Chelsea. Natural disasters, nuclear disasters, and global governance. *Penn Law: legal scholarship repository*, [s. l.], p. 1-54, 2015. Disponível em: [http://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/1552](http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1552). Acesso em: 17 dez. 2019.

FRANÇA. [Constituição (1946)]. *Constituição*. [S. l.]: Conseil Constitutionnel, [2004]. Disponível em: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf). Acesso em: 17 dez. 2019.

FRANCE. *Loi nº 82-600 du 13 juillet 1982*. Relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles. [S. l.]: Legifrance, [2008]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000691989>. Acesso em: 17 dez. 2019.

FREEMAN, Paul K.; KUNREUTHER, Howard. Environmental risk management for developing countries. *The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice*, [s. l.], v. 27, n. 2, p. 196-214, Apr. 2002. DOI: <https://doi.org/10.1111/1468-0440.00164>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1111/1468-0440.00164>. Acesso em: 2 jan. 2020.

GOLDBERG, Victor P. The Devil made me do it: the corporate purchase of insurance. *Review of Law & Economics*, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 541-553, 2009. DOI: <https://doi.org/10.2202/1555-5879.1376>. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/1571/](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1571/). Acesso em: 2 jan. 2020.

HECHT, Sean B. Climate change and the transformation of risk: insurance matters. *UCLA Law Review*, [s. l.], v. 55, n. 6, p. 1.559-1.620, 2008. Disponível em: <https://www.uclalawreview.org/pdf/55-6-3.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2019.

HEMBREE, Diana. Are Hurricane Irma victims getting a fair shake from insurers? *Forbes*, [s. l.], Sept. 13, 2017. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/dianahembree/2017/09/13/fighting-for-a-fair-insurance-claim-payment-after-hurricane-irma/#135021b66318>. Acesso em: 17 dez. 2019.

KUNREUTHER, Howard; LYSTER, Rosemary. The role of public and private insurance in reducing losses from extreme weather events and disasters. *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, [s. l.], v. 19, n. 1, p. 29-54, 2016. DOI: <https://doi.org/10.4337/apjel.2016.01.02>.

KUNREUTHER, Howard; MICHEL-KERJAN, Erwann. Climate change, insurability of large-scale disasters and the emerging liability challenge. *University of Pennsylvania Law Review*, [s. l.], v. 155, n. 6, p. 1.795-1.842, 2007. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol155/iss6/9/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol155/iss6/9/). Acesso em: 17 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Managing catastrophic risks through redesigned insurance: challenges and opportunities. In: DIONNE, Georges (ed.). *Handbook of insurance*. 2th ed. New York: Springer, 2013. p. 517-546.

KUNREUTHER, Howard; PAULY, Mark. Rules rather than discretion: lessons from Hurricane Katrina. *Journal of Risk and Uncertainty*, [s. l.], v. 33, n. 1-2, p. 101-116, Sept. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11166-006-0173-x>. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=927387](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927387). Acesso em: 18 dez. 2019.

KUNREUTHER, Howard. Reducing losses from catastrophic risks through long-term insurance and mitigation. *Social Research*, [s. l.], v. 75, n. 3, p. 905-930, 2008. Disponível em: [https://repository.upenn.edu/oid\\_papers/273/](https://repository.upenn.edu/oid_papers/273/). Acesso em: 17 dez. 2019.

KUNREUTHER, Howard; ROTH, Richard J. (ed.). *Paying the price: the status and role of insurance against natural disasters in the United States*. Washington, DC: Joseph Henry Press, 1998. (Natural Hazards and Disasters).

KYDLAND, Finn; PRESCOTT, Edward. Rules rather than discretion: the inconsistency of optimal plans. *Journal of Political Economy*, [s. l.], v. 85, n. 3, p. 473-491, 1977. DOI: <https://doi.org/10.1086/260580>. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Rules-Rather-than-Discretion%3A-The-Inconsistency-of-Kydland-Prescott/9e5773b5812c1ed16c9bf6091ce92f4ef0da8a5d>. Acesso em: 18 dez. 2019.

LINNEROOTH-BAYER, Joanne; MECHLER, Reinhard; HOCHRAINER-STIGLER, Stefan. Insurance against losses from natural disasters in developing countries: evidence, gaps and the way forward. *Journal of Integrated Disaster Risk Management*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 59-81, 2011. DOI: <https://doi.org/10.5595/idrim.2011.0013>. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Insurance-against-Losses-from-Natural-Disasters-in-Linnerooth-Bayer-Mechler/04a392326135afae34c1ab861fde26ff602981de6>. Acesso em: 18 dez. 2019.

LYSTER, Rosemary. *Climate justice and disaster law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2015.

MANAGING climate and natural disaster risk. *Swiss Re*, [Zurich], c2017. Disponível em: <http://reports.swissre.com/corporate-responsibility-report/2016/cr-report/risk-landscape/our-top-topics/managing-climate-and-natural-disaster-risk.html>. Acesso em: 20 dez. 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>. Acesso em: 20 dez. 2019.

MCGEE, Jeffrey; PHELAN, Liam; WENTA, Joseph. Writing the fine print: developing regional insurance for climate change adaptation in the Pacific. *Melbourne Journal of International Law*, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 444-472, Dec. 2014. Disponível em: <https://law.unimelb.edu.au/mjil/issues/issue-archive/151>. Acesso em: 18 dez. 2019.

MICHEL-KERJAN, Erwann; MARCELLIS-WARIN, Nathalie de. Public-private programs for covering extreme events: the impact of information distribution on risk-sharing. *Asia-Pacific Journal of Risk and Insurance*, [s. l.], v. 1, n. 2, p. 21-49, 2006. DOI: <https://doi.org/10.2202/2153-3792.1008>.

MILLS, Evan. A global review of insurance industry responses to climate change. *The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice*, [s. l.], v. 34, n. 3, p. 323-359, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1057/gpp.2009.14>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1057%2Fgpp.2009.14>. Acesso em: 20 dez. 2019.

MILLS, Evan; LECOMTE, Eugene. *From risk to opportunity: how insurers can proactively and profitably manage climate change*. Boston, MA: Ceres, 2006. Disponível em: <http://citeserx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.174.1451&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 2 jan. 2020.

O QUE é o mercado de resseguros e porque ele está em crescimento. *Exame*, [s. l.], 3 mar. 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/o-que-e-o-mercado-de-resseguros-e-por-que-ele-esta-em-crescimento>. Acesso em: 2 jan. 2020.

PRIEST, George L. The government, the market, and the problem of catastrophic loss. *Journal of Risk and Uncertainty*, [s. l.], v. 12, n. 2-3, p. 219-237, 1996. DOI: <https://doi.org/10.1007/BF00055795>.

RASCHKY, Paul; WECK-HANNEMANN, Hannelore. Charity hazard – a real hazard to natural disaster insurance? *Environmental Hazards*, [s. l.], v. 7, n. 4, p. 321-329, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.envhaz.2007.09.002>.

SCHOEMAKER, Paul J. H.; KUNREUTHER, Howard. An experimental study of insurance decisions. *Journal of Risk & Insurance*, [s. l.], v. 46, n. 4, p. 603-618, Dec. 1979. DOI: <https://doi.org/10.2307/252533>.

SURMINSKI, Swenja; ORAMAS-DORTA, Delioma. Flood insurance schemes and climate adaptation in developing countries. *International Journal of Disaster Risk Reduction*, [s. l.], v. 7, p. 154-164, 2014. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ijdr.2013.10.005>.

THE CARIBBEAN Catastrophe Risk Insurance Facility. [S. l.]: CCRIF, c2018. Disponível em: <http://www.ccrif.org/content/about-us>. Acesso em: 16 jan. 2020.

UNITED KINGDOM. *Water Act 2014*. An Act to make provision about the water industry; about compensation for modification of licences to abstract water; about main river maps; about records of waterworks [...]. [London]: Legislation, 2014. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/21/contents>. Acesso em: 2 jan. 2020.

VAN DEN BERGH, Roger; FAURE, Michael. Compulsory insurance of loss to property caused by natural disasters: competition or solidarity? *World Competition*, [s. l.], v. 29, n. 1, p. 25-54, 2006.

# O controle judicial de projetos legislativos

Uma análise exploratória

NATASHA SCHMITT CACCIA SALINAS

GUILHERME DA FRANCA COUTO FERNANDES DE ALMEIDA

**Resumo:** A literatura internacional descreve uma mudança de paradigma na postura de alguns tribunais constitucionais que se têm dedicado mais à análise do processo de produção legislativa. Em que medida o Supremo Tribunal Federal (STF) adota uma posição similar com relação ao Congresso Nacional? Neste artigo, cruzamos dados sobre proposições legislativas com dados sobre as decisões tomadas pelo STF para explorar o controle judicial do processo legislativo. Nossas análises mostram um crescimento no número de menções a proposições legislativas pelo STF e traçam um panorama da atuação do tribunal nesses casos. O STF reluta em avaliar o mérito de projetos de lei, inclusive quando a análise se enquadra na categoria de controle semiprocedimental, em que é levada em consideração a qualidade da deliberação, e não a do resultado. Além disso, a maior parte das menções a proposições legislativas ocorre no contexto de ações movidas contra omissões do Poder Legislativo.

**Palavras-chave:** Processo legislativo. Legística. Controle judicial. Comportamento judicial. Direito e política. Produção normativa.

## Judicial control of legislative bills: an exploratory analysis

**Abstract:** The international literature describes a paradigm shift in the practice of some constitutional courts which are increasingly concerned with the analysis of legislative drafting procedures. To what extent does STF adopt a similar approach towards Congress? In this article, we explore the judicial review of Congress' legislative activity by crossing data on drafting bills with STF's decisions. Our analysis shows an increase in the number of draft bills quoted in STF's opinions, and provides a framework for understanding the court's behavior in these cases. The STF refuses to review the content of these bills, even when it adopts a semi-procedural approach, which requires an analysis of the quality – not the result – of

Recebido em 26/8/19  
Aprovado em 14/11/19

the deliberation. Moreover, the majority of quotations of draft bills take place in the context of judicial review of legislative inaction.

**Keywords:** Lawmaking process. Legistics. Judicial review. Judicial behavior. Law and politics. Legislative drafting.

## Introdução

A literatura jurídica europeia, segundo o diagnóstico de Oliver-Lalana e Meßerschmidt (2016), passa por uma “virada legística”, iniciada no começo dos anos 2000<sup>1</sup> e com uma herança intelectual que remonta a Bentham ([1843]). Essa virada propõe uma mudança de foco aos juristas: ao invés de centrarmos nossas teorias no Judiciário, deveríamos gastar mais tempo discutindo a elaboração das regras jurídicas.

O movimento sugere que as técnicas geralmente empregadas na análise de decisões judiciais sejam aplicadas ao processo de criação de leis. Dessa forma, se a filosofia da linguagem é importante no contexto da interpretação de textos legais<sup>2</sup>, ela é igualmente importante na escolha da linguagem utilizada nestes textos (SGARBI, 2013; ALMEIDA, 2017); se a análise da adequação é importante para determinar a constitucionalidade de certas opções (SILVA, 2002), a avaliação legislativa de projetos de lei é um passo crucial do processo legislativo (SALINAS, 2013); e assim por diante.

Esse despertar para o processo de formação das leis não ficou restrito a discussões teóricas. A virada legística teve reflexos nas instituições. O exemplo mais emblemático talvez seja o da Alemanha, onde a Corte Constitucional passou a determinar, em diversos julgados, que o Parlamento deveria observar regras de legística ou metódica legislativa (MORAND, 1988). Essas regras conferem exigências de racionalidade ao processo normativo, tais como a necessidade de que o legislador estabeleça objetivos claros, formule alternativas viáveis e escolha a solução que maximize os objetivos previamente estabelecidos (MORAND, 1999). A Corte alemã está, portanto, autorizada a invalidar leis cujo processo de elaboração não atenda a essas e outras exigências de racionalidade.

No Brasil, uma política legislativa construída sob essas premissas de racionalidade tem sido paulatinamente construída (PAULA, 2016), mas

---

<sup>1</sup> Ver Wintgens (2002).

<sup>2</sup> Ver, por exemplo, Macedo Junior e Barbieri (2011).

ela ainda é predominantemente direcionada ao Poder Executivo<sup>3</sup>. As exigências de racionalidade impostas ao Poder Executivo para a elaboração de suas normas, no entanto, provêm de leis editadas pelo Parlamento e regulamentadas pelo chefe do Poder Executivo.<sup>4</sup> Ainda é cedo para averiguar como o Judiciário exercerá o controle desse tipo de produção normativa no Brasil.<sup>5</sup>

O foco deste artigo, todavia, é o controle judicial do processo de elaboração normativa empregado pelo Poder Legislativo. Pretende-se investigar como o STF exerce o controle do processo legislativo e se este incorpora, em algum grau, exigências de racionalidade. Embora exista ampla produção sistemática e quantitativa a respeito da atuação judicial do STF (FALCÃO; HARTMANN; ALMEIDA; CHAVES FILHO, 2017), por um lado, e do Congresso (SAMUELS, 2002; SANTOS; SILVA; FIGUEIREDO FILHO; ROCHA, 2015), por outro, não há, até onde sabemos, investigação desse tipo quanto às interseções do Congresso com o STF, principalmente no que diz respeito à atuação do Tribunal sobre o processo legislativo em si. Dada essa situação, é difícil responder a perguntas importantes sobre a “virada legística”. Houve, afinal, um aumento do interesse do STF por questões de técnica legislativa nos últimos anos? Se sim, em que contexto se manifesta esse interesse?

O presente artigo pretende preencher essa lacuna oferecendo uma visão sistemática e quantitativa da atuação do STF sobre projetos de lei oriundos da Câmara dos Deputados. Nosso estudo alia a pesquisa quantitativa censitária sobre as decisões tomadas pelo STF entre 1998 e 2017<sup>6</sup> ao método amostral para delinear as formas de atuação do tribunal sobre o procedimento legislativo. Em particular, pretendemos investigar as decisões do STF que citam projetos legislativos da Câmara dos Deputados e os contextos nos quais essas citações ocorrem. Afinal, se o processo legislativo está recebendo mais atenção da Corte, é de se esperar que o número de citações aumente. Da mesma forma, se o cenário internacional se reflete no Brasil, esperamos que o número de casos que versam diretamente sobre projetos de lei também tenha aumentado durante o período do recorte.

---

<sup>3</sup>Fenômeno inverso ocorre na Alemanha, onde a Corte Constitucional intervém no processo legislativo parlamentar, mas reluta para revisar o processo normativo do Poder Executivo (ROSE-ACKERMAN; EGIDY; FOWKES, 2015).

<sup>4</sup>Um exemplo recente é o da Lei nº 13.848/2019 (BRASIL, 2019b), que tornou a Análise de Impacto Regulatório obrigatória para o processo normativo de todas as agências reguladoras federais no País.

<sup>5</sup>No plano teórico, começa a surgir no Brasil um movimento que alça o direito de justificativa no processo de elaboração normativa à estatura de um direito fundamental (BARCELLOS, 2017).

<sup>6</sup>No momento da elaboração do artigo, a base de dados utilizada ainda não tinha sido completamente atualizada para o ano de 2018, de maneira que fizemos os levantamentos tomando 2017 como ponto final.

A estrutura da exposição é a seguinte: na primeira seção, oferecemos uma taxonomia dos diferentes contextos em que pode ocorrer a interseção do Poder Judiciário com o Poder Legislativo, revisando brevemente a literatura sobre cada um deles; em seguida, apresentamos os métodos utilizados para catalogar as decisões do STF que mencionam projetos legislativos e estimar o percentual dessas decisões que efetivamente têm esses projetos como seu objeto, assim como para identificar o número de vezes em que os projetos aparecem em cada categoria de análise. A seção seguinte apresenta e discute os resultados quantitativos. Na sequência, vemos alguns exemplos representativos de cada um dos tipos de controle judicial do processo legislativo e discutimos as teses aceitas ou rejeitadas pelo tribunal. Na conclusão, discutimos o panorama, apontando caminhos para pesquisas futuras.

## 1 Hipóteses de controle judicial de proposições legislativas

A seguir, destrinchamos as principais formas de controle judicial do processo legislativo. Nosso objetivo é oferecer uma taxonomia inicial que nos permita mapear, do ponto de vista teórico, os contextos mais prováveis em que se podem citar proposições legislativas<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> As menções a proposições legislativas nem sempre se referem a essas hipóteses. Ao longo da nossa pesquisa, descobrimos que não é incomum que decisões em *Habeas Corpus* (HC) façam referência a projetos de lei. Isso acontece quando algum militante de movimentos sociais ou políticos pretende garantir seu direito de frequentar uma determinada sessão legislativa mediante HC preventivo. Esse tipo de litígio, porém, não é objeto do presente estudo. Cada um dos tipos de controle que classificamos diz respeito à validade do ato que pode ser fruto do processo legislativo. Em contraste, os pedidos veiculados em HCs que mencionam projetos de lei não versam sobre a validade das normas resultantes das votações, mas tratam da possibilidade de que certas pessoas acompanhem fisicamente a votação. Assim, muito embora as decisões sobre esses pedidos sejam uma forma de controle judicial do processo legislativo, trata-se de um controle com características muito diferentes das demais

## Controle material de constitucionalidade

O debate acadêmico a respeito do controle das leis pelo Judiciário costuma ser pautado quase que exclusivamente por discussões materiais, nas quais determinado ato legislativo é questionado por ser incompatível – em seu conteúdo – com alguma limitação imposta pelo texto constitucional<sup>8</sup>. Normas infraconstitucionais que pretendam alterar a maioria penal, por exemplo, seriam materialmente inconstitucionais porque há previsão, no texto da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2019a]), no sentido de que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos” (art. 228). Esse é o tipo de controle de constitucionalidade que tradicionalmente figura no centro de disputas normativas a respeito das relações entre Direito e política<sup>9</sup>.

Muito se discute a respeito da legitimidade ou ilegitimidade dessa forma de controle judicial dos atos do legislativo, mas esse assunto não nos interessa de forma direta. Afinal, não estamos preocupados com analisar normativamente a intervenção judicial sobre o processo legislativo, mas sim com descrevê-la. Cabe averiguar, portanto, se e em que situações o Judiciário intervém no processo legislativo sob o fundamento de que proposições legislativas estariam infringindo a Constituição.

espécies que identificamos, de modo que a análise desse fenômeno deve dar-se de maneira separada.

<sup>8</sup> Seria, *a priori*, possível que o controle de proposições legislativas se desse com base em leis infraconstitucionais. Uma proposição legislativa estadual poderia, por exemplo, ser questionada por extrapolar limites estabelecidos por Lei Complementar que autorizou determinado Estado a legislar sobre matéria da União. Nesse caso, a proposição legislativa estaria violando não só a Constituição (parágrafo único do art. 22), mas também a Lei Complementar que autorizou a delegação de competência entre os entes federados. Muito mais frequente, no entanto, é o controle da produção normativa em termos constitucionais, razão pela qual lhe daremos ênfase neste artigo.

<sup>9</sup> Ver Waldron (2006); Barboza e Kozicki (2012); Pogrebinski (2012).



## Controle formal

Em contraste com a inconstitucionalidade material, há a inconstitucionalidade formal. Nesse caso, a limitação imposta pelo constituinte não diz respeito ao *conteúdo* da norma jurídica, mas tão somente à sua forma. A lei ordinária que tenta alterar a maioria penal, que usamos como exemplo, pode ser *formalmente constitucional*, em que pese seu vício material. Para isso, basta que ela tenha passado pelos trâmites normais para a aprovação de uma lei ordinária: se ela tiver sido submetida por autoridade competente para apresentar aquele projeto de lei específico, tiver sido posta em votação durante uma sessão válida do Congresso, tiver obtido os quóruns apropriados durante a votação, e assim por diante. É importante ter em mente que, nesse caso, o controle não é necessariamente de constitucionalidade: normas de algum outro tipo podem disciplinar o procedimento legislativo<sup>10</sup>, como normas regimentais das Casas congressuais. Em geral, os casos decididos pelo STF versam, de fato, sobre inconstitucionalidade, especialmente porque o tribunal entende que questões relativas à interpretação dos regimentos cabem às respectivas Casas legislativas. Esse entendimento é bem ilustrado pela decisão do Agravo Regimental no MS 26.062, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, segundo a qual “A interpretação e aplicação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados constituem matéria

<sup>10</sup> No âmbito do controle judiciário de projetos legislativos, a invalidade por descumprimento de requisitos formais só é plausível em face da Constituição ou dos regimentos internos. É importante ressaltar, porém, que, em outros campos, pode haver ilegalidade formal. Assim, se uma lei estabelece que determinado órgão deliberativo deve respeitar dado procedimento, um juiz pode invalidar atos desse órgão que desrespeitem o procedimento sem analisar o mérito do ato em si. O ponto fulcral, do ponto de vista teórico, é que o controle formal não está interessado no conteúdo das normas, que pode ser bom ou ruim, louvável ou deplorável, mas sim na forma tomada pelo processo de criação da lei.

*interna corporis*, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário” (BRASIL, 2008, p. 469).<sup>11</sup>

Quanto às proposições legislativas, a principal interface do Congresso com o Judiciário deve relacionar-se a questões formais, já que a discussão material, como vimos, costuma ocorrer predominantemente após a aprovação do projeto legislativo. Sabemos, de antemão, que isso costuma acontecer por meio de mandados de segurança impetrados por parlamentares no STF. Por mais que esse seja o ponto fulcral de intersecção do Judiciário com o Legislativo na fase de elaboração das leis, a produção acadêmica sobre o tema é menos robusta do que a que se debruça sobre o controle material de constitucionalidade.

A respeito da menor atenção acadêmica dispensada a esse tipo de inconstitucionalidade podem-se levantar algumas hipóteses: a) casos que envolvem contagem de prazos são menos *interessantes* que casos envolvendo disputas morais; b) a clareza das regras formais faz com que *existam menos casos* de leis formalmente inconstitucionais; c) o Judiciário pode atuar de maneira mais leniente em questões formais<sup>12</sup>. A hipótese *a* envolve uma falha motivacional da academia, ao passo que as hipóteses *b* e *c* seriam justificações razoáveis para o baixo grau de atenção científica dispensado a essa modalidade

<sup>11</sup> A literatura, no entanto, tem acolhido melhor do que o Judiciário a tese de que atos *interna corporis* podem ser submetidos a controle judicial (QUEIROZ FILHO, 2001; CARVALHO, 2002; MACEDO, 2007; PALU, 2004). Da mesma forma, decisões do STF sobre a interpretação das normas constitucionais formais que regulam o Legislativo nem sempre são tão deferentes. Ver as decisões liminares nos MS 33.729 (BRASIL, 2015b) (afirmando que a análise pelo Congresso das contas presidenciais tem que ser feita em sessão conjunta, mas convalidando os atos progressos) e 31.816 (BRASIL, 2013b) (em que os votos vencidos de quatro ministros pugnam pela obrigatoriedade da análise dos vetos presidenciais em ordem cronológica).

<sup>12</sup> Essa hipótese é sugerida por Bar-Siman-Tov (2012, p. 281). Diferentemente da postura que adota nos casos de controle material, o Judiciário só intervém diante de violação a requisitos formais se eles forem devidamente graves.

de controle. A hipótese *c*, em particular, parece de fato ser verdadeira no caso brasileiro, haja vista a deferência do STF com relação às decisões do Congresso Nacional sobre a aplicação dos regimentos internos. Analisar quantitativamente a atuação do STF nos projetos de lei pode ajudar-nos diante de diferentes explicações.

### Controle semiprocedimental

Recentemente, tribunais do mundo inteiro têm ampliado sua concepção a respeito dos requisitos formais. Isso resultou na criação, pela doutrina, do conceito de “controle semiprocedimental” (BAR-SIMAN-TOV, 2012), que estabelece a importância de observar regras de legística ou metódica legislativa para determinar a constitucionalidade dos atos normativos (BAR-SIMAN-TOV, 2015; POPELIER; VAN DE HEYNING, 2013).

A legística vale-se do modelo de decisão racional para descrever o processo de formação das leis. Nesse modelo, formulado originalmente por Simon (c1997), toda decisão racional implica a escolha da solução que seja mais adequada para a realização dos objetivos pretendidos pelo decisor. O decisor deve, ainda, escolher, entre soluções alternativas, aquela que maximiza seus objetivos. Para que esteja apto a escolher a melhor opção, o decisor deve dispor de informações que lhe permitam predizer os impactos de cada alternativa.

O controle semiprocedimental implica verificar se o processo de formação de determinada lei foi racional nesse sentido. Um exemplo é narrado por Meßerschmidt (2016, p. 383, tradução nossa):

Em *Hartz IV*, a Corte Federal Constitucional declarou, em 2010, que os benefícios padrão conferidos a adultos e crianças pela lei social alemã eram inconstitucionais. Apesar dos benefícios não serem evidentemente insuficientes para garantir o mínimo existencial em atenção à dignidade humana, a Corte os rejeitou primeiro porque seus dispositivos não se basearam inteiramente numa investigação estatística pela legislatura. Conforme a Corte decidiu no caso, “[p]ara garantir a rastreabilidade da extensão da assistência legislativa como compatível com a significância do direito fundamental, assim como para garantir a revisão dos benefícios pelas cortes, a avaliação dos benefícios deve ser claramente justificável com base em figuras confiáveis e métodos plausíveis de mensuração”.

Nesse caso, muito embora os requisitos formais tradicionais tenham sido presumivelmente cumpridos – isto é, a lei foi proposta por quem tinha iniciativa, transitou dentro dos prazos especificados e foi aprovada pelo quórum constitucionalmente exigido –, um requisito formal adicional que leva em consideração “o processo de tomada de decisão da legislatura” (BAR-SIMAN-TOV, 2012, p. 274) foi exigido pelo Tribunal

Constitucional alemão, com sua inobservância implicando a inconstitucionalidade da lei. Essa natureza faz com que seja útil o conceito de controle de racionalidade, que aqui denominamos *semiprocedimental*.

Não se trata de uma questão tradicionalmente procedimental, tampouco a inconstitucionalidade é material. O tribunal não decidiu que o *resultado* da lei é materialmente incompatível com a Constituição, mas única e exclusivamente que o *modo* como foi produzida não era suficientemente racional para a promulgação daquele projeto. Em Hartz IV, a Corte alemã determinou a inconstitucionalidade da lei por ela não estar embasada em análise estatística.

Como já observado, essa tendência semiprocedimental no controle judicial pode ser vista como consequência da “virada legística” (OLIVER-LALANA; MEBERSCHMIDT, 2016), que direcionou a atenção dos juristas para o processo de elaboração legislativa. Muito embora os principais estudos que evidenciam essa tendência no contexto europeu sejam baseados em evidências anedóticas a respeito da produção das Cortes, eles sugerem um aumento quantitativo no universo de decisões que levam em conta o procedimento legislativo ao longo dos últimos anos. A falta de vozes dissonantes na doutrina estrangeira leva-nos a confiar na existência de um aumento quantitativo desse tipo.

Será que o mesmo ocorre no Brasil? Existem pedidos e/ou decisões envolvendo o controle semiprocedimental de constitucionalidade dos atos legislativos no STF? Novamente, a investigação empírica possibilita-nos responder a essa pergunta, ajudando-nos a comparar nossas práticas constitucionais com as de outros países.

### **Controle da omissão legislativa**

No contexto da CRFB, uma das preocupações centrais era com a possibilidade de

omissões legislativas que impossibilitassem a concretização de direitos constitucionalmente protegidos. Nas palavras de Ribeiro e Arguelhes (2018, p. 104): “A experiência constitucional brasileira já havia mostrado que garantias e direitos constitucionais cuja proteção é assegurada nos termos de lei tendiam a permanecer apenas como promessas”. Nesse sentido, pelo menos dois instrumentos de processo constitucional foram instaurados com a Constituição: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção (MI).

Como o STF lida com a inação legislativa? Será que a existência de projetos de lei em tramitação é condição suficiente para obstar um MI ou uma ADO? Ainda que Ribeiro e Arguelhes (2018) ofereçam um excelente panorama da atuação do tribunal no caso de MIs, seu foco não está nos projetos de lei em si e em seu uso como argumento em processos desse tipo, de maneira que ainda é útil retomar a pesquisa empírica nesse ponto.

### **Resumo**

Em resumo, mapeamos quatro tipos diferentes de contextos nos quais podem se dar citações a proposições legislativas pelo STF. Esse tipo de citação pode acontecer: 1) em casos de controle material de constitucionalidade das leis; 2) em caso de controle formal da produção legislativa; 3) em casos semiprocedimentais; e 4) num contexto de omissão legislativa.

## **2 Método**

Fizemos o *download* das listas anuais de proposições legislativas disponibilizadas no portal de dados abertos da Câmara dos Deputados (DADOS..., [20--]) entre 1988 e 2017. Isso nos permitiu extrair pares de siglas e números que

identificavam de maneira única cada uma das proposições legislativas<sup>13</sup> que tramitaram durante o período. Por exemplo: o PL 12 (BRASIL, 2015a), segundo a ementa, “[d]ispõe sobre a utilização de sistemas de verificação biométrica e dá outras providências”. Presumivelmente, todas as vezes em que o STF menciona PL 12 em suas decisões, ele faz referência a esse projeto identificado pela sigla e pelo número.

O projeto *Supremo em Números*<sup>14</sup> mantém uma base de dados em formato *elasticsearch* contendo todas as decisões do tribunal, sejam elas monocráticas ou colegiadas. O formato dos dados permite a utilização de diferentes técnicas de busca textual, facilitando de maneira significativa o trabalho de pesquisa. Temos alto grau de confiança na completude e qualidade dos dados registrados a partir de 1998, de maneira que adotamos esse marco temporal como limite inicial para a pesquisa<sup>15</sup>. Optamos por definir 2017 como o ano final da pesquisa visto que, no momento do início da análise, a base de dados do projeto *Supremo em Números* ainda não estava completamente atualizada com relação a 2018. Dessa forma, resolvemos encerrar o recorte temporal no último ano para o qual tínhamos dados completos.

Usamos a lista de siglas e números criada para buscar menções a cada proposição legislativa na base de decisões do STF. Nos casos em que o número de dígitos que identificavam a proposição era menor que 3, exigimos a ocorrência do termo exato. Por exemplo, se estávamos em

busca de menções ao PL 12, aceitamos apenas instâncias onde a decisão usava exatamente esse conjunto de caracteres. Se houvesse uma única mudança (ex.: PL nº 12), não incluímos a menção entre os nossos resultados. Isso foi necessário para reduzir o número de falsos positivos<sup>16</sup>, que era grande quando incluíamos alguma leniência (como aceitar instâncias nas quais apenas um caractere é trocado), por conta da abreviação ocasional de “plenário” como PL e pela possibilidade de que a busca pelo PL 12, por exemplo, fosse considerada bem-sucedida quando encontramos os PLs de número 15, 16, 17 e afins (apenas um caractere é alterado quando saímos de PL 12 para PL 15 – o dígito 2 se transforma em um 5).

Em contraste, quando o número de dígitos identificador da proposição era maior do que 3, incluímos um caractere de leniência em nossa busca, de maneira que a procura pelo PL 3082 também era bem-sucedida quando nos deparávamos com a sequência PL 3.082 ou PL 3,082 e variações afins. O objetivo era evitar falsos negativos<sup>17</sup> por conta, principalmente, do uso do separador de milhar<sup>18</sup>.

O resultado dessa pesquisa foi um conjunto de dados documentando 536 menções a projetos de lei em decisões do STF. Embora esse conjunto já pudesse ser informativo por si só, sentimos que o método de identificação era inerentemente impreciso e necessitava de validação manual. Em particular, tínhamos duas dúvidas: das 536 menções identificadas 1) quantas efetivamente

<sup>13</sup> Filtramos apenas proposições legislativas cujo objetivo final é a conversão em leis de alguma espécie. Dessa forma, terminamos com o seguinte conjunto de siglas: PL, PLC, PEC, PLP, PLV, MPV e PLS. Um glossário com o significado de cada uma delas pode ser encontrado em *Conheça...* ([20--]).

<sup>14</sup> Ver Falcão, Hartmann, Almeida e Chaves Filho (2017).

<sup>15</sup> É importante notar que projetos de lei anteriores a 1998 podem ser citados por decisões posteriores a esse ano, de maneira que se justifica a escolha por recortes diferentes quanto à lista de projetos de lei e às decisões judiciais.

<sup>16</sup> Nesse contexto, um falso positivo é um caso em que a nossa busca encontra algum resultado, mas esse resultado não é efetivamente uma proposição legislativa.

<sup>17</sup> Acompanhando a definição de falso positivo, em nosso contexto um falso negativo ocorre quando há menção ao projeto de lei, mas as regras que estipulamos não são capazes de detectar a menção.

<sup>18</sup> Naturalmente, essa opção aumenta o número de falsos positivos. As escolhas a respeito de quão rigorosa ou leniente é a busca representam necessariamente um *trade-off* e foram feitas após experimentação com diferentes opções.

eram menções a proposições legislativas (em outras palavras: qual foi nossa taxa de verdadeiros positivos)? e 2) quantas ocorreram em processos que tinham como objeto os projetos legislativos? Análises amostrais preliminares mostraram que as respostas a essas duas perguntas variavam muito de acordo com o período analisado (a taxa de verdadeiros positivos era maior em decisões mais recentes) e com a classe processual – Mandados de Segurança (MSs), por exemplo, geralmente eram verdadeiros positivos.

Tendo em vista essas preocupações, dividimos nossos dados em 60 subconjuntos com base nas combinações possíveis de classes processuais e legislaturas<sup>19</sup>. Assim, por exemplo, agrupamos num subconjunto todas as 29 menções a MI em proposições legislativas ocorridas durante a 55ª legislatura (de 2015 a 2018); todas as 31 menções a MS em proposições legislativas da 54ª legislatura (de 2011 a 2014); e assim por diante. Essa granularidade permitiu-nos analisar as taxas de verdadeiros positivos e de decisões que tinham as proposições como objeto efetivo em cada um desses subconjuntos. Fizemos isso por meio da codificação manual, realizada por assistentes de pesquisa<sup>20</sup>, de uma amostra de 20% de cada um dos subconjuntos (ou estratos).

Os assistentes codificaram em cada um dos processos:

1. Se o processo havia sido de fato mencionado pela decisão (1) ou se o resultado era um falso positivo (0);
2. Se o processo de fato havia sido objeto da decisão (1) ou se a menção se havia dado em

<sup>19</sup> As legislaturas funcionam como uma maneira de tornar discreta a variável do tempo.

<sup>20</sup> Os assistentes de pesquisa envolvidos foram os alunos de graduação em Direito João Pedro Molina, Ana Helena Nascif e Joanna Trotta, a quem agradecemos. Sem a dedicação dos alunos, o presente trabalho seria impossível.

algun contexto auxiliar, em que o projeto não era afetado diretamente pela decisão (0);

3. Se o processo se enquadrava em algum dos quatro tipos de menção que definimos na seção 1 (os assistentes de pesquisa leram uma versão preliminar da seção 1 e foram instruídos pessoalmente a respeito da classificação).

Além da amostra distribuída aleatoriamente a cada um dos assistentes, foi incluído um conjunto de sobreposição entre os processos a ser distribuídos, de forma que 10% das menções (um número total de 10 menções) foram codificados por todos os assistentes, permitindo a mensuração de seu nível de concordância. Os testes revelaram concordância total com relação à primeira variável codificada, que indicava se o processo havia sido citado ou não, e concordância moderada com relação às duas outras variáveis<sup>21</sup>.

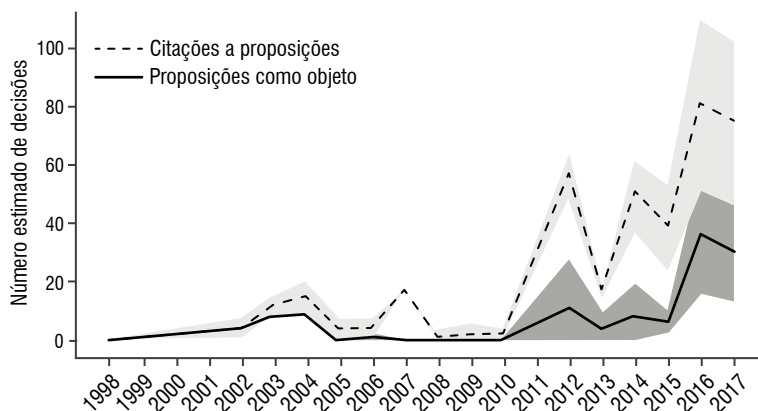
### 3 Resultados da análise quantitativa

Uma primeira análise destina-se a discutir os efeitos mais gerais da virada legística: afinal, houve aumento no número de menções a projetos de lei no STF? Houve aumento do número de vezes em que proposições legislativas efetivamente são objeto de decisões judiciais?

<sup>21</sup> Kappas de Fleiss = 0,52. É importante notar que um dos assistentes seguiu uma convenção divergente dos demais com relação à codificação dos casos em que não havia menção aos projetos de lei (ou seja, nos casos de falso positivo). Esse assistente indicou, em todos os casos, qual era o tipo de controle que estava em jogo na decisão do STF. Para tornar os dados comparáveis, ignoramos essas informações adicionais indevidamente lançadas pelo codificador, mas concedemos que isso pode indicar que o grau de concordância esperado pode ser mais baixo do que o reportado pela estatística de Fleiss. Outras reclassificações foram feitas com base na análise qualitativa dos dados pelos autores, alterando a classificação de um total de sete processos.

## Gráfico 1

Número estimado de decisões que citam ou têm como objeto proposições legislativas no STF (1998-2017)



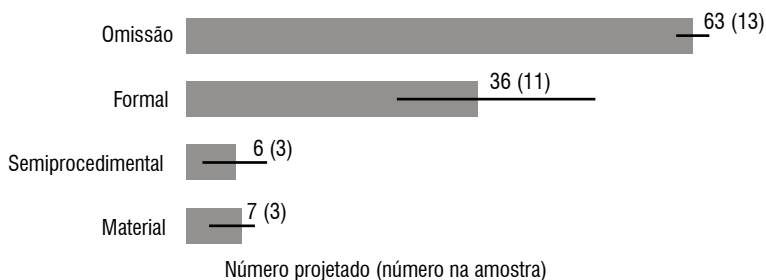
Fonte: elaborado pelos autores.

O Gráfico 1 mostra uma clara tendência de crescimento tanto no número de menções a proposições legislativas quanto no número de proposições que de fato são objeto das decisões judiciais. É difícil saber se isso é fruto da virada legística ou simplesmente resultado da crescente instabilidade política do país desde 2011; mas, de toda forma, trata-se de dado importante e interessante a respeito da interação entre o STF e o Congresso.

Qual é a composição dessas menções? Em qual contexto elas se dão?

## Gráfico 2

Número projetado de tipos de menções a projetos de lei pelo STF



Fonte: elaborado pelos autores.

Os dados representados no Gráfico 2 indicam que a maior parte das menções a projetos de lei pelo STF ocorre em ações que têm como objeto a inação legislativa. São casos litigados majoritariamente em MIs e ADOs. Uma análise qualitativa dos resultados, em linha com as conclusões expressas por Ribeiro e Arguelhes (2018), aponta que, na maioria das vezes, as menções são feitas em casos que discutem questões previdenciárias. Em geral, as proposições legislativas não constituem objeto da ação – tal como nas demais modalidades de controle –, mas são citadas com o intuito de demonstrar que o Poder Legislativo não está omitindo-se do seu dever de legislar. As proposições legislativas são utilizadas, portanto, como artifícios para descaracterizar o cabimento de MI e de ADO. Na seção 4, veremos como esse argumento é recepcionado pelo Tribunal.

Dois fatores ajudam a explicar a prevalência numérica de menções nesse tipo de contexto. O primeiro a ser levado em conta é que, em virtude do uso argumentativo das menções feitas a proposições legislativas em casos de omissão, múltiplas proposições são citadas em cada processo. Se queremos mostrar que o Legislativo está cumprindo o seu papel e não está omitindo-se com relação a determinado tema, é melhor mencionar cinco projetos de lei do que apenas um. Em contraste, nos demais contextos é frequente que um único projeto de lei seja de fato o objeto da ação, que não menciona nenhuma outra proposição legislativa.

Como nossa unidade de observação é a menção, e não a decisão ou o processo, é natural imaginar que essas características expliquem a diferença entre o número de menções em casos de omissão e nos demais contextos. A confirmação de que essa é a melhor explicação para a magnitude da diferença está nos números: a quantidade de processos com menções a proposições legislativas em contextos de omissão

e de controle formal foi a mesma em ambos os casos (dez processos).

Como um número igual de processos e levemente superior de citações (13, no contexto de omissão, contra 11, no controle formal) pode gerar uma diferença tão grande nos números projetados para o universo? Como pode ser observado no Gráfico 1, a taxa de verdadeiros positivos para *menções* a projetos de lei é maior do que para projetos de lei que efetivamente são objeto de decisões. Em casos de omissão, a proposição legislativa é mencionada, mas não é objeto. Em contraste, os outros contextos que elencamos na primeira seção do artigo pressupõem que a proposição legislativa de fato é objeto da decisão. Como levamos esse dado em conta na hora de projetar o número de decisões em cada contexto no universo, há uma diferença importante entre a projeção no contexto de omissão e nos demais contextos<sup>22</sup>.

Casos de inconstitucionalidade formal são o segundo contexto em que mais frequentemente ocorrem menções a proposições legislativas no STF. De fato, quando pensamos no controle do processo legislativo pelo Judiciário, geralmente temos em mente algo como o controle formal.

Com frequência muito menor, vemos casos de controle semiprocedimental. Essa nova forma de controle das proposições legislativas, portanto, não é de interesse meramente acadêmico no caso brasileiro. Na parte dedicada à análise qualitativa, discutiremos com maior detalhe as três menções desse tipo identificadas na amostra.

Na mesma proporção, encontramos casos de controle material. Nas três ocasiões em que

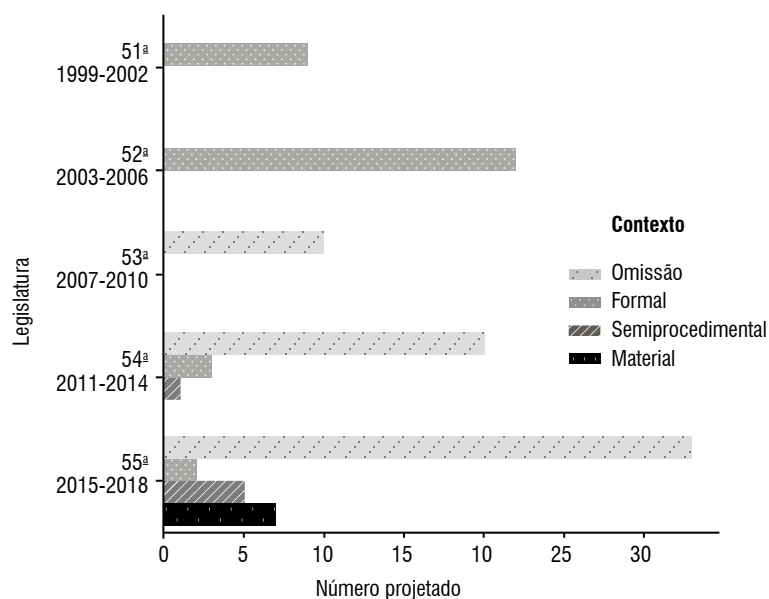
---

<sup>22</sup> Estimamos o número de menções no universo ao multiplicar o número de menções em cada contexto encontradas na amostra por 5 (já que a amostra era de 20% de cada estrato) e pela proporção esperada de verdadeiros positivos. Como essa proporção é maior no caso das menções a proposições legislativas do que no caso de proposições que são objetos das decisões, naturalmente o valor estimado no universo é maior nos casos de omissão do que nos demais.

encontramos esse tipo de controle judicial pelo STF, tratava-se de MSSs impetrados por parlamentares que alegavam que alguma emenda constitucional desrespeitava cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, § 4º, da CRFB<sup>23</sup>.

### Gráfico 3

Número projetado de tipos de menções a projetos de lei pelo STF por legislatura



Fonte: elaborado pelos autores.

Projetos de legislaturas mais recentes têm sido citados com mais frequência pelo STF. Da mesma forma, a proporção de projetos citados num contexto de omissão parece aumentar de forma mais rápida do que as outras categorias. Finalmente, as instâncias de controle semiprocedimental detectadas na amostra concentram-se nas últimas duas legislaturas, ao passo que os casos de controle material ocorreram todos na última.

<sup>23</sup> Os três casos haviam sido classificados inicialmente em outras categorias pelos assistentes de pesquisa. Dois deles inicialmente foram indicados como controle formal, ao passo que o controle semiprocedimental tinha sido indicado com relação ao terceiro. Como regra geral, respeitar as classificações realizadas pelos codificadores representa uma boa prática metodológica. Nesses três casos, porém, uma releitura das decisões relevantes indicou a presença de questionamentos de natureza material segundo o juízo dos autores. Acreditamos que o contexto do art. 60 gerou a confusão nos alunos, haja vista ser o local onde a CRFB estabelece os requisitos formais das emendas constitucionais. Para melhor refletir a realidade, nas análises que se seguem optamos por classificar essas decisões como de controle material de constitucionalidade.



## 4 Análise qualitativa

Nesta seção, pretendemos fazer algumas afirmações mais gerais a respeito dos diferentes contextos de controle judicial dos projetos legislativos, frutos das nossas impressões baseadas na leitura dos acórdãos para a codificação das menções. Para cada um dos tipos de controle judicial dos projetos legislativos que discutimos na primeira seção, apresentaremos nossas impressões gerais, ilustradas por alguns casos selecionados entre os que classificamos para a parte quantitativa do presente artigo.

### Omissão legislativa

Os casos classificados como *omissão*, como explicitado em seção própria, referem-se a situações nas quais o STF menciona os projetos de lei no contexto de alguma ação que tem como objetivo suprir uma omissão legislativa. Neles, as proposições legislativas costumam ser citadas como evidência de atividade legislativa a respeito de um caso, o que conta como um argumento *contrário* ao provimento da ação.

Um exemplo de uso bem-sucedido desse argumento encontra-se na ADI 4.992 (BRASIL, 2014), julgada pelo plenário do STF em 11/9/2014. A ação versava sobre lei estadual que criava um município em Rondônia. O STF, guiado pelo voto do relator, ministro Gilmar Mendes, entendeu que a lei era inconstitucional, pois o art. 18, § 4º, da CRFB, que trata da criação de novos municípios, estabelece norma de eficácia limitada, que depende de lei complementar ainda inexistente. Um dos argumentos apresentados pelo Estado de Rondônia para sustentar a constitucionalidade da lei foi que a omissão do Congresso Nacional em editar a lei complementar não poderia prejudicar as pretensões legítimas do Estado. Nesse contexto, o ministro relator cita 20 proposições diferentes de lei complementar sobre o tema para observar que “desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador” (BRASIL, 2014, p. [9]).

Por outro lado, esse argumento nem sempre é bem-sucedido, principalmente em MIs. Um caso representativo é o MI 4.787, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, julgado monocraticamente em 22/5/2017. O *writ* tinha como objeto a “omissão na elaboração da norma regulamentadora prevista no art. 40, § 4º, II e III da Constituição Federal” (BRASIL, 2017a, p. 1). Muito embora a decisão consigne proposições legislativas que pretendem suprir a omissão tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, esse argumento não prevaleceu ao final do julgado, que deferiu o MI, aplicando precedentes do STF em MIs afetos ao que Ribeiro e Arguelhes (2018) chamam de “mundo do trabalho”. Esses casos,

como elucidam os autores, são responsáveis pelo aumento do número de MIs manejados no STF a partir da virada da jurisprudência da Corte em 2007, admitindo que o tribunal suprisse a lacuna aberta pela omissão legislativa. Segundo nossa pesquisa, esses MIs mencionam proposições legislativas como evidência de atividade legislativa, mas não consideram esse argumento decisivo, deferindo os mandados na maior parte das vezes.

Nossa análise qualitativa das menções a projetos legislativos em contextos de omissão, portanto, mostra que o STF costuma considerar a atividade do legislador como fator normativamente relevante: há menções a proposições tanto em casos de deferimento quanto em casos de indeferimento dos pleitos movidos contra a omissão legislativa, o que mostra que, mesmo quando a omissão legislativa não é decisiva, os ministros se sentem compelidos a enfrentá-la. Por outro lado, o fato de que nem sempre esse argumento é decisivo mostra a limitação da força normativa exercida por esse fato, muito embora certas vezes a Corte, de forma retórica, apresente a existência de atividade legislativa como impeditivo absoluto para o exercício do controle (ADI 4.992). Essa situação casuística traduz-se claramente nos resultados da amostra: 50% das vezes a decisão foi pela procedência total ou parcial.

## Controle formal

A categoria de controle formal foi composta, previsivelmente, por questões envolvendo regras que controlam a pauta, os quóruns e outras questões de aferição relativamente simples. Assim como previsto pela literatura, essas ações raramente são julgadas procedentes: a taxa de sucesso foi de apenas 18,18% na amostra.

No MS 24.643 (BRASIL, 2004), de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence e com liminar

julgada monocraticamente em 4/9/2003, um parlamentar tentava trancar a pauta de votação da Câmara dos Deputados dada a necessidade de votação de medida provisória, nos termos estabelecidos pela CRFB. A liminar foi negada e, na ocasião do julgamento do mérito, em 9/3/2004, a votação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que era objeto do mandado já havia tomado seu curso, havendo, portanto, a perda do objeto.

No MS 23.334 (BRASIL, 2002), julgado em 2/9/2002, a questão envolvia o mal funcionamento no painel eletrônico que contabilizava os votos e as presenças, no Senado, relativos ao Projeto de Lei Complementar nº 249/1998. Acontece que o painel, no momento da votação, indicava a presença em plenário de parlamentares que não estavam fisicamente no Congresso Nacional naquele momento. O impetrante, o deputado Miro Teixeira, usou o mal funcionamento como argumento para que fosse sustada a tramitação do projeto. A ação foi julgada improcedente por perda de objeto, já que o projeto já havia sido aprovado por ocasião da apreciação do mérito. De toda forma, o ministro relator Moreira Alves havia assentado de maneira clara que não concederia a segurança por entender que se tratava de matéria *interna corporis*. Essa decisão é emblemática da doutrina adotada pelo STF de não avaliar violações aos regimentos internos do Congresso Nacional. Esta opção limita de maneira expressiva as hipóteses de controle formal e contribui para a atitude de contenção da Corte. Afinal, se as questões formais infraconstitucionais não podem ser decididas pelos tribunais, o escopo do controle formal limita-se às relativamente poucas exigências puramente formais estabelecidas pela CRFB.

O MS 35.127 (BRASIL, 2017c) versava sobre a quantidade de assinaturas necessárias para a apresentação de emenda à Constituição, assim como o quórum de votação da PEC na comissão

criada para debatê-la. O ministro relator Gilmar Mendes não conheceu da ação, em virtude da ilegitimidade ativa do impetrante, que era cidadão comum.

### Controle semiprocedimental

A parte mais inovadora da pesquisa qualitativa é a análise do controle semiprocedimental e a atitude adotada pelo STF em relação a ele. Nossa pesquisa revelou três instâncias distintas (duas que compõem a análise quantitativa e uma que foi detectada durante as análises exploratórias) que podem ser classificadas como tentativas perante o STF de fazer valer esse tipo de controle. Conforme veremos, a Corte não interferiu no processo legislativo em nenhum dos três casos.

#### MS 33.195<sup>24</sup>

O MS 33.195 (BRASIL, 2016b) foi movido com o intuito de afastar o deputado federal Leonardo Quintão da relatoria do PL 37/2011 (Marco Legal para a Mineração no Brasil) por conta da sua campanha eleitoral ter sido financiada, em grande parte, por empresas do setor de mineração. O ato administrativo do presidente da mesa da Câmara dos Deputados que arquivou a representação afirmou que, como se tratava de regras gerais aplicáveis a todas as empresas do setor, não estava em jogo o interesse específico de pessoa física ou jurídica que tenha contribuído para o financiamento da campanha eleitoral do deputado.

O ministro relator Luiz Fux extinguiu o processo sem resolução do mérito por conta da ilegitimidade ativa dos impetrantes, que eram cidadãos comuns. A Primeira Turma, em agravo

regimental julgado em 21/6/2016, apoiou de maneira unânime o entendimento do relator.

O caso é interessante por se tratar claramente de uma questão semiprocedimental nos termos da literatura internacional. A decisão formal do STF, porém, não tece nenhuma observação, mesmo *obter dicta*, a respeito da possibilidade de exercer esse tipo de controle.

#### ADI 4.425

Na ADI 4.425 (BRASIL, 2013a), discutia-se a constitucionalidade de emenda constitucional (EC) que instaurou um novo regime de pagamento e processamento dos precatórios. A menção à PEC que originou a EC nº 62/2009 ocorreu no contexto de uma alegação de inconstitucionalidade formal que entendemos ser, em natureza, semiprocedimental. Em síntese, a votação no Senado Federal deu-se em dois turnos num único dia. Os proponentes da ADI alegavam que isso era incompatível com o art. 60, § 2º, que estabelece a necessidade de votação em dois turnos e, ainda, que a matéria era disciplinada explicitamente pelo Regimento Interno do Senado Federal, que estabelecia a necessidade de um interstício de cinco dias entre as duas votações.

Essa questão dividiu o STF. Os ministros Ayres Britto, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Joaquim Barbosa entenderam que o dispositivo constitucional deveria ser interpretado de forma teleológica e que essa leitura era incompatível com a ocorrência das duas votações num mesmo dia. Afinal, se o objetivo por trás da regra constitucional é garantir maior qualidade deliberativa, não deveríamos admitir a prática que foi adotada na votação da PEC 12.

A argumentação, nesse caso, é claramente semiprocedimental. Os requisitos exclusivamente formais foram cumpridos. Foram realizados dois turnos de votação. O problema é que a prática

<sup>24</sup> Esse processo não fazia parte da amostra final, mas foi um dos indicativos que encontramos de que o STF já havia sido provocado a manifestar-se a respeito de casos envolvendo o controle semiprocedimental dos projetos legislativos.

adotada não se adequou aos padrões deliberativos esperados. Nesse caso, tampouco se questiona o mérito do projeto: segundo a lógica dos votos vencidos, mesmo se a EC nº 62/2009 fosse materialmente constitucional (a Corte decidiu que esse não era o caso), ainda assim seria necessária deliberação mais profunda para que se alterasse a CRFB.

O entendimento vencedor, lastreado no voto do ministro Luiz Fux, relator designado para o acórdão, defendeu interpretação restritiva da norma formal:

Em primeiro lugar, percebe-se que o constituinte atribuiu sentidos diversos às expressões *dois turnos* e *interstício mínimo*, afastando uma possível relação de continência necessária entre aquela e esta. Em outras palavras, não é possível que se interprete a expressão *dois turnos*, mesmo sob o ângulo lógico ou teleológico, de modo a conter também implicitamente a referência a um interregno temporal mínimo entre as duas deliberações, pois ambas as expressões foram previstas de forma expressa quando pretendeu o constituinte originário a conjugação dos dois institutos no processo legislativo (BRASIL, 2013a, p. [54], grifos do autor).

O ministro Dias Toffoli, em voto concordante com o de Fux, consignou a mesma leitura autocontida, mencionando explicitamente a jurisprudência – citada na introdução – segundo a qual o STF considera questões regimentais matéria *interna corporis* ao Legislativo. Independentemente desse posicionamento, ambos os ministros adentram a análise da qualidade deliberativa das discussões realizadas no Legislativo a respeito do tópico objeto da emenda e a consideram satisfatória. Assim, por mais que ambos afirmem explicitamente que essa questão não era importante para a análise do tema, haja vista a necessidade de se interpretar a regra do art. 60, § 4º restritivamente, sua disposição para avaliar a qualidade das deliberações do Congresso lança dúvidas sobre o que seria feito caso esses debates, na opinião dos ministros, não tivessem tido tanta qualidade assim.

Ao final, a ação foi julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade material de uma série de dispositivos introduzidos pela EC 62 e leis posteriores a ela. Assim, a ação conta como um caso de deferimento parcial nas estatísticas de resultado, muito embora tenha sido julgada improcedente em sua parte semiprocedimental, cuja procedência implicaria a invalidação de todas as alterações introduzidas pela EC.

### **MS 34.355**

O MS 34.355 (BRASIL, 2017b) discute violação semiprocedimental semelhante ao caso discutido na ADI 4.425, na qual a não regulação do

fator temporal por parte das regras formais é explorada com fins políticos. Segundo o relatório:

A inicial relata que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania concluiu seus trabalhos relativos ao trâmite da referida PEC em votação encerrada às 16h48min do dia 09.8.2016. Os impetrantes afirmam que o ato de criação da Comissão Especial foi lido em plenário no dia seguinte, às 17h49min; contudo, a ausência de quórum deliberativo para as sessões impediu o trâmite da regular atividade parlamentar. Assim, “como é de praxe na Casa Legislativa, em não havendo sessão deliberativa, os parlamentares retornam para seus estados para exercer a outra face dos seus mandatos” (inicial, fl. 3).

Ainda de acordo com a inicial, no dia seguinte, 11 de agosto, às 17h49min, o Deputado Federal Izalci, no exercício da Presidência, leu em Plenário o ato de constituição, designação de membros e de convocação de reunião da Comissão Especial em questão para as 18h do mesmo dia, “ou seja, 11 minutos depois da leitura da convocação da reunião” (inicial, fl. 3), sendo que os Deputados designados para integrá-la só foram informados, por e-mail, às 17h56min, quatro minutos antes da abertura dos trabalhos. Presentes estavam, segundo o alegado, tão somente 17 membros titulares e quatro suplentes, sendo que desses vinte e um presentes, vinte se vinculam à base do governo. Apenas a Deputada Érica Kokay (PT/DF) seria ligada ao bloco de oposição.

Durante a reunião, foi eleito o Presidente (Deputado Danilo Forte – PSB) e designado o Relator (Deputado Darcísio Perondi – PMDB/RS), sem que os deputados da oposição pudessem, portanto, tomar parte dos procedimentos e das escolhas realizadas, conforme sustentam na presente impetração (BRASIL, 2016d, p. 1-2).

Um dos argumentos aduzidos pelos parlamentares que impetraram esse MS foi que teria sido “violado o princípio da razoabilidade, diante do ‘lapso temporal transcorrido entre o ato de convocação e a realização da reunião’, quando ‘público e notório que os parlamentares, em quase sua totalidade, estavam fora de Brasília” (BRASIL, 2016d, p. 2). Ademais, há a admissão explícita de que as regras formais relevantes, estabelecidas na Constituição e no regimento interno, não estabelecem intervalo obrigatório entre a criação e a convocação para a reunião da Comissão Especial. Portanto, a alegação não é de violação a um requisito meramente formal.

De maneira geral, os casos analisados permitem perceber que o controle semiprocedimental – embora tenha sido uma tese sustentada (ainda que não com esse nome) pelas partes que litigam junto ao STF – não encontrou eco ainda nas decisões do tribunal, conquanto tenha angariado a simpatia dos votos vencidos da ADI 4.425. Surpreendente também é a ausência de menção à literatura sobre o assunto por parte dos ministros. Sabemos que a Corte gosta de reverberar a academia europeia e, em particular, a alemã. Nesse caso, porém, há completo silêncio.

## Controle material

A posição do STF sobre o controle material de proposições legislativas é que este não é possível. Muito embora o tribunal reconheça a legitimidade ativa de parlamentares para manusear MSs contra proposições legislativas, ele não se pronuncia sobre o mérito dos pedidos. Neste sentido, é interessante analisar o MS 34.328 (BRASIL, 2016c).

### MS 34.328

Esse MS foi movido com o objetivo de impedir a tramitação, ao mesmo tempo, da PEC 241/2016 (BRASIL, 2016a), que estabelecia o teto de gastos para o orçamento federal, e do projeto de lei orçamentária proposto pelo governo do então presidente Michel Temer. A alegação era, por um lado, que a PEC do teto de gastos tendia a abolir direitos fundamentais e que, portanto, feriria o art. 60, § 4º, IV, da CRFB e, por outro, que a lei orçamentária para o ano de 2017 estava tentando encampar os novos limites antes da apreciação da emenda constitucional, o que, na prática, funcionaria como uma maneira de burlar os quóruns qualificados exigidos para a aprovação da matéria. É possível argumentar que o segundo objeto do *writ* veicula um pedido de controle semiprocedimental. Afinal, não se trata de simples verificação de quórum, mas da afirmação de que matéria tão importante quanto a imposição de um teto restrito aos gastos públicos deveria ser reservada para trâmites procedimentais mais exigentes. Por outro lado, a primeira alegação, segundo a qual a referida PEC seria tendente a abolir direitos fundamentais, é claramente material em sua natureza.

O ministro relator Teori Zavascki negou ambos os pedidos, sob a seguinte justificativa:

1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo

inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de opor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido. No caso, conforme indicado na decisão de indeferimento da liminar, não está evidenciada a alegada inconstitucionalidade formal, pois a tramitação do Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 2017 (PL 2/2016) segue o rito constitucionalmente previsto, sendo os argumentos trazidos pelos impetrantes insuficientes para demonstrar a existência de qualquer ato abusivo no curso do processo legislativo. De outro lado, eventual inconstitucionalidade material de dispositivos do projeto de lei de diretrizes orçamentárias é matéria que deve ser discutida no próprio processo legislativo, sem necessidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016c, p. 2-4).

No caso, o ministro não se utilizou das categorias do controle semiprocedimental, e boa parte de sua fundamentação depende da existência de uma fronteira bem delimitada entre controle formal e controle material. Segundo a concepção adotada por ele, parece que qualquer questão que não esteja restrita às hipóteses tradicionais de controle formal trata de controle material e, portanto, não podem ser alvo de controle judicial antes do término do procedimento legislativo.

Sobre o tema, o ministro faz menção explícita ao debate travado no MS 32.033 (BRASIL, 2013c). Nesse processo apreciado pelo plenário da Corte, fixou-se a tese de que não é cabível o controle constitucional material prévio de projetos de lei (embora seja possível controlar previamente PECs que desrespeitem cláusulas pétreas). O argumento, reproduzido em parte no trecho citado, é de que o controle material de constitucionalidade prévio é exercido por outros órgãos e que o Judiciário permanece tendo a prerrogativa de invalidar a norma após sua aprovação.

Se entendemos que não há espaço entre o controle formal e o controle material, conforme parece implicar a decisão mencionada, temos uma

posição efetivamente contrária ao controle semiprocedimental. Assim, muito embora não tenha enfrentado explicitamente o conceito ao longo da sua argumentação, o ministro Teori Zavascki expressou posição incompatível, no MS 34.328, com a possibilidade de exercício do controle semiprocedimental do processo legislativo.

### **MS 33.575**

O MS 33.575 (BRASIL, 2015c), cujas decisões liminares (datadas de 2015) foram classificadas como tratando de controle material, insurgiu-se contra a PEC nº 171/1993 (BRASIL, 1993). A alegação era a de que ela, que visava alterar a maioria penal de 18 para 16 anos de idade, “vai de encontro ao art. 60, § 4º, IV, da CRFB, uma vez que o seu art. 228 prescreve garantia individual, gravada como cláusula pétrea” (BRASIL, 2015c, p. 1). O ministro relator Dias Toffoli limitou-se, em sede de liminar, a apontar para a falta de *periculum in mora* como razão para negar a ordem. O processo segue em aberto quanto ao mérito, agora sob relatoria da ministra Cármen Lúcia, ante a mudança na presidência do tribunal.

## **Conclusão**

Nossa análise exploratória das menções feitas pelo STF a proposições legislativas revelou algumas características do controle judicial da produção normativa da Câmara dos Deputados:

1) O controle judicial do processo legislativo da Câmara dos Deputados vem crescendo. O Gráfico 1 evidencia que nos últimos anos cresceu não só o número de menções, mas também o número de proposições legislativas que são objeto de decisão do STF.

2) A maioria das citações ocorre em processos que têm como objeto a omissão legislativa. Isso ocorre, em parte, por conta do maior número de citações por decisão, mas também é reflexo de tendências quantitativas da Corte, como o crescimento do número de MIs decididos, conforme documentado em Ribeiro e Arguelhes (2018).

3) A postura geral é de autocontenção. O STF entende que a interpretação dos regimentos internos compete inteiramente ao Congresso Nacional e interpreta de maneira estreita os requisitos formais incluídos na CRFB, rejeitando o controle semiprocedimental.

4) Apesar disso, a Corte já foi provocada a exercer controle semiprocedimental em algumas ocasiões e, em pelo menos uma delas (ADI 4.425), a tese obteve o apoio de parte dos ministros.



Esse panorama é informativo. Conhecendo a atuação do STF sobre projetos legislativos, podemos descrever adequadamente a postura autocontida da Corte. Conhecer essa autocontenção quantitativa, por sua vez, permite-nos apontar com mais segurança para os desvios do tribunal sobre a sua própria doutrina. Em outras palavras: munidos de dados concretos, podemos destacar os casos de intervenção no processo legislativo como pontos fora da curva. Isso não significa que intervenções desse tipo devem ser automaticamente condenadas; mas, frente aos dados, precisa ser elevada a carga argumentativa necessária para justificar uma intervenção.

O panorama também nos permite especular a respeito dos próximos passos na relação entre o Congresso e o STF. Não seria surpreendente, por exemplo, se o aumento da frequência com que o STF decide questões envolvendo proposições legislativas levasse à rediscussão de questões como a da ADI 4.425. Será que uma nova composição da Corte, reunida sob um clima político inteiramente diverso, seria capaz de alterar o entendimento a respeito do controle semiprocedimental? Será que o surgimento e proliferação da literatura que elogia a técnica no Direito Comparado (BAR-SIMAN-TOV, 2012, 2015; OLIVER-LALANA; MEBERSCHMIDT, 2016) influenciará o voto dos ministros na próxima ocasião? Nossa pesquisa indica que essas questões serão respondidas em breve.

Finalmente, o presente artigo oferece um quadro de referência geral para estudos mais aprofundados a respeito de cada uma das hipóteses identificadas de controle judicial das proposições legislativas. Investigações futuras podem se debruçar de maneira frutífera sobre cada um dos contextos em que se dão as menções para mapear de maneira mais sistemática os argumentos que estão em jogo, assim como para avaliar do ponto de vista normativo as posições em disputa. Quando falamos sobre controle procedimental, por exemplo, em que medida os argumentos normativos invocados no contexto europeu são válidos e convincentes no contexto brasileiro? A ação legislativa deveria ser suficiente para afastar a intervenção judicial em MIs e ADOs? Essas são questões que permanecem em aberto e que podem ser aprofundadas com base nas fundações lançadas nesta pesquisa exploratória.

## Sobre os autores

Natasha Schmitt Caccia Salinas é doutora, mestre e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; *Master of Laws* (LL.M) pela Yale University, New Haven, Connecticut, EUA; professora dos programas de graduação e pós-graduação do curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
E-mail: natasha.salinas@fgv.br

Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida é mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional na PUC-RJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; coordenador do projeto Supremo em Números, da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
E-mail: guilherme.almeida@fgv.br

## Como citar este artigo

(ABNT)

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de. O controle judicial de projetos legislativos: uma análise exploratória. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 125-150, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p125](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p125)

(APA)

Salinas, N. S. C., & Almeida, G. da F. C. F. de (2020). O controle judicial de projetos legislativos: uma análise exploratória. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(225), 125-150. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p125](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p125)

## Referências

ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de. *Técnica legislativa e linguagem*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31028/31028.PDF>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-85, jan. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>. Acesso em: 19 nov. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BAR-SIMAN-TOV, Ittai. Semiprocedural judicial review. *Legisprudence*, [s. l.], v. 6, n. 3, p. 271-300, 2012. DOI: <https://doi.org/10.5235/17521467.6.3.271>.

\_\_\_\_\_. The role of courts in improving the legislative process. *The Theory and Practice of Legislation*, [s. l.], v. 3, n. 3, p. 295-313, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1080/20508840.2015.1133169>.

BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, [1843]. v. 3. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/1922>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição nº 171, de 1993. Altera a redação do art. 228 da Constituição Federal (imputabilidade penal do maior de dezesseis anos). *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, DF, ano 48, n. 179, p. 23.062-23.064, 27 out. 1993. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD27OUT1993.pdf#page=10>. Acesso em: 22 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Emenda à Constituição [nº 241, de 2016]*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal.

Brasília, DF: [Câmara dos Deputados], 2016a. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016). Acesso em: 22 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei [nº 12], de 2015*. Dispõe sobre a utilização de sistemas de verificação biométrica e dá outras providências. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2015a. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1296692&filename=PL+12/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296692&filename=PL+12/2015). Acesso em: 22 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm). Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425/DF*. Direito constitucional. Regime de execução da Fazenda Pública mediante precatório. Emenda Constitucional nº 62/2009. Inconstitucionalidade formal não configurada. Inexistência de interstício constitucional mínimo entre os dois turnos de votação de emendas à Lei Maior (CF, art. 60, § 2º) [...]. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, 14 de março de 2013a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=191921993&ext=.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.992/RO*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei 2.264/2010, do Estado de Rondônia, que dispõe sobre a criação do Município de Extrema de Rondônia, a partir de desmembramento de área territorial do Município de Porto Velho, fixa os seus limites, bem como informa os Distritos que integrarão a municipalidade criada [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessado: Governador do Estado de Rondônia; Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de setembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7207856>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental em Mandado de Segurança 33.195/DF*. Agravo regimental em mandado de segurança. *Writ* impetrado por cidadãos brasileiros para proteção de direitos titularizados por toda a coletividade, relativamente a um processo legislativo idôneo [...]. Agravante: Antônio Canuto e outros. Agravado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de junho de 2016b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309877824&ext=.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental na Medida Cautelar em Mandado de Segurança 31.816/DF*. Constitucional. Mandado de segurança. Liminar. Requisitos. Processo legislativo. Apreciação de vetos presidenciais (CF, art. 66, §§ 4º e 6º) [...]. Agravante: Mesa do Congresso Nacional. Agravado: Alessandro Lucciola Molon. Relator: Min. Luiz Fux. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki, 27 de fevereiro de 2013b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=139137989&ext=.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental na Medida Cautelar em Mandado de Segurança 33.729/DF*. Direito constitucional. Agravo regimental em mandado de segurança. Julgamento das contas anuais do Presidente da República. Medida liminar indeferida. Ausência de interesse recursal [...]. Agravante: Câmara dos Deputados. Agravado: Presidente da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Roberto Barroso, 3 de setembro de 2015b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308598103&ext=.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental no Mandado de Segurança 26.062/DF*. Agravo Regimental em Mandado de Segurança. 2. Oferecimento de denúncia

por qualquer cidadão imputando crime de responsabilidade ao Presidente da República (artigo 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados) [...]. Agravante: Luís Carlos Crema. Agravado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 de março de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=518273>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4.787/DF*. Impetrante: Adinelson Luciano de Souza. Impetrado: Presidente da República; Presidente do Senado Federal; Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 22 de maio de 2017a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311875690&text=.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 23.334/RJ*. Impetrante: Miro Teixeira. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Moreira Alves, 2 de setembro de 2002. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2823334%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/rkjcfn2>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 24.643/DF*. Impetrante: José Carlos Aleluia e outros. Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 9 de março de 2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+24643%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y6tngtdl>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 32.033/DF*. Constitucional. Mandado de segurança. Controle preventivo de constitucionalidade material de projeto de lei. Inviabilidade [...]. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki, 20 de junho de 2013c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=201427060&text=.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 34.328/DF*. Impetrante: Humberto Sérgio Costa Lima e outros. Impetrado: Presidente do Congresso Nacional. Relator: Min. Teori Zavascki, 24 de novembro de 2016c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310829397&text=.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 34.355/DF*. Mandado de segurança. Câmara dos Deputados. Trâmite da PEC nº 241/2016. Alegação de violação do processo constitucional legislativo. Liminar indeferida. Promulgação da EC nº 95/2016. Perda de objeto por fato superveniente [...]. Impetrante: Aliel Machado Bark e outros. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Min. Rosa Weber, 10 de abril de 2017b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311624206&text=.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 35.127/DF*. Impetrante: Carlos Alexandre Klomfahs. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Gilmar Mendes, 25 de agosto de 2017c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312559825&text=.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança 33.575/DF*. Impetrante: Rubens Pereira e Silva Junior. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Dias Toffoli, 17 de abril de 2015c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15331489194&text=.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.355/DF*. Impetrante: Aliel Machado Bark e outros. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Min. Rosa Weber, 23 de agosto de 2016d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310196869&text=.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo*: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado democrático de direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CONHEÇA a [sic] nomenclaturas das proposições legislativas. [Brasília, DF: Senado Federal, 20--]. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/quadros/qd\\_374.html](http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/quadros/qd_374.html). Acesso em: 21 nov. 2019.

DADOS abertos: os dados da Câmara a qualquer hora, ao seu dispor. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [20--]. Disponível em: <https://dadosabertos.camara.leg.br>. Acesso em: 25 nov. 2019.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; CHAVES FILHO, Luciano de Oliveira. *V relatório Supremo em números: o foro privilegiado e o Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017. (Série Novas Ideias em Direito). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18097>. Acesso em: 19 nov. 2019.

MACEDO, Cristiane Branco. *A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado democrático de direito*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/178422/A%20legitimidade%20e%20a%20extens%C3%A3o%20do%20controle%20judicial.pdf?sequence=7>. Acesso em: 22 nov. 2019.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva: FGV, 2011. (Série Direito em Debate. Direito, Desenvolvimento, Justiça).

MEBERSCHMIDT, Klaus. The procedural review of legislation and the substantive review of legislation: opponents or allies? In: MEBERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, A. Daniel (ed.). *Rational lawmaking under review: jurisprudence according to the German Federal Constitutional Court*. Basel: Springer, 2016. p. 373-403. DOI: 10.1007/978-3-319-33217-8\_15.

MORAND, Charles-Albert. Éléments de légistique formelle et matérielle. In: \_\_\_\_\_ (dir.). *Légistique formelle et matérielle = formal and material legistic*. Aix-en-Provence: Presse universitaires d'Aix-Marseille, 1999. p. 17-45.

\_\_\_\_\_. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. *Droit et Société*, [s. l.], n. 10, p. 391-406, 1988. Disponível em: [https://www.persee.fr/doc/dreso\\_0769-3362\\_1988\\_num\\_10\\_1\\_1011](https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1988_num_10_1_1011). Acesso em: 20 nov. 2019.

OLIVER-LALANA, A. Daniel; MEBERSCHMIDT, Klaus. On the “legisprudential turn” in constitutional review: an introduction. In: MEBERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, A. Daniel (ed.). *Rational lawmaking under review: jurisprudence according to the German Federal Constitutional Court*. Basel: Springer, 2016. p. 1-16. DOI: 10.1007/978-3-319-33217-8\_1.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PAULA, Felipe de. Does Brazil have a legislative policy? *The Theory and Practice of Legislation*, [s. l.], v. 4, n. 3, p. 329-353, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1080/20508840.2016.1242244>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20508840.2016.1242244>. Acesso em: 20 nov. 2019.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

POPELIER, Patricia; VAN DE HEYNING, Catherine. Procedural rationality: giving teeth to proportionality analysis. *European Constitutional Law Review*, [s. l.], v. 9, n. 2, p. 230-262, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1574019612001137>.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial de atos do Poder Legislativo: atos políticos e interna corporis*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2001.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Nem evolução, nem renascimento?: contingência e captura corporativa em três décadas de mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 55, n. 219, p. 103-132, jul./set. 2018.

Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p103](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p103). Acesso em: 20 nov. 2019.

ROSE-ACKERMAN, Susan; EDIGY, Stefanie; FOWKES, James. *Due process of lawmaking: the United States in comparative perspective*. New York: Cambridge University Press, 2015.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 3, n. 2, p. 229-249, jul./dez. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v3i2.2219>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2219>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SAMUELS, David J. Pork barreling is not credit claiming or advertising: campaign finance and the sources of the personal vote in Brazil. *The Journal of Politics*, [s. l.], v. 64, n. 3, p. 845-863, Aug. 2002. DOI: <https://doi.org/10.1111/0022-3816.00149>.

SANTOS, Manoel Leonardo; SILVA, Mariana Batista da; FIGUEIREDO FILHO, Dalson Britto; ROCHA, Enivaldo Carvalho da. Financiamento de campanha e apoio parlamentar à Agenda Legislativa da Indústria na Câmara dos Deputados. *Opinião Pública*, Campinas, v. 21, n. 1, p. 33-59, abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1807-019121133>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/v21n1/0104-6276-op-21-01-00033.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

SGARBI, Adrian. What is a good legislative definition? *Beijing Law Review*, [s. l.], v. 4, n. 1, p. 28-36, 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.4236/blr.2013.41004>. Disponível em: [https://www.scirp.org/pdf/BLR\\_2013032014391004.pdf](https://www.scirp.org/pdf/BLR_2013032014391004.pdf). Acesso em: 21 nov. 2019.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SIMON, Herbert Alexander. *Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations*. 4th ed. New York: Free Press, c1997.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, [s. l.], v. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, Apr. 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=ylj>. Acesso em: 21 nov. 2019.

WINTGENS, Luc J. (ed.). *Legisprudence: a new theoretical approach to legislation*. Portland: Hart, 2002. (European Academy of Legal Theory Series).

# Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

Estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios

JOSÉ S. CARVALHO FILHO

**Resumo:** O artigo apresenta a necessidade de técnicas de decisão na jurisdição constitucional que vão além do binômio constitucionalidade-nulidade do ato normativo impugnado. Com base no estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios, o estudo é focado na técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com o escopo de refletir sobre suas peculiaridades, limites e possibilidades de utilização para o enfrentamento de problemas do contencioso constitucional contemporâneo.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional. Criação de municípios. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

## Unconstitutionality without nullity in brazilian judicial review: the case of the unconstitutional creation of municipalities

**Abstract:** This article presents the need for new decision-making techniques in judicial review in order to find new kind of solutions, beyond the constitutionality-nullity binomial. Analysing a case about the unconstitutional creation of municipalities in Brazil, the study focuses on the decision of unconstitutionality without nullity, with the scope to reflect about the peculiarities, the limits and the possibilities of use of this technique to overcome some contemporary problems of judicial review.

**Keywords:** Judicial review. Creation of municipalities. Unconstitutionality without nullity.

Recebido em 8/10/19  
Aprovado em 18/10/19

## 1 Introdução

O constitucionalismo contemporâneo não mais se satisfaz com a solução dicotômica clássica proposta pela jurisdição constitucional, cujas únicas opções de decisão são a atestação de constitucionalidade da norma jurídica objeto de controle ou a declaração de inconstitucionalidade e a consequente aplicação do dogma da nulidade.

Com efeito, seja em decorrência de autorização legal, seja mediante construção jurisprudencial, tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no Direito Comparado, o controle de constitucionalidade admite hoje diversas técnicas de decisão diferenciadas, que emergem para solucionar casos em que o dualismo proposto pelo sistema clássico não é suficiente para sanar a inconstitucionalidade.

São exemplos dessas técnicas de decisão em controle de constitucionalidade: a interpretação conforme a Constituição, a modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, as decisões manipulativas de efeitos aditivos e/ou modificativos, a atestação de norma em processo de inconstitucionalização e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Este último método de decisão é o objeto deste artigo, em que se reflete sobre o tema com base em estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios brasileiros.

Inicialmente, apresenta-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, bem como sua justificativa no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Em seguida, analisa-se a jurisprudência do STF acerca desse modelo de decisão, especificamente no que diz respeito à criação de municípios no federalismo brasileiro. Finalmente, lançam-se algumas reflexões sobre a eficiência e os limites desse tipo de decisão.

## 2 A sofisticação do contencioso constitucional e o fim do dualismo decisional

O dogma da nulidade adotado pelo Brasil decorre de inspiração em doutrina e jurisprudência estadunidenses, as quais defendem que a consequência para a constatação de inconstitucionalidade de dado ato jurídico deve ser a sua declaração de nulidade, diante do aforismo segundo o qual “the unconstitutional statute is not law at all” (WILLOUGHBY, 1910, p. 9-10; COOLEY, 1878, p. 227). A propósito, Canotilho (1986, p. 729) sustenta que a nulidade da lei inconstitucional representa um “silogismo tautológico”: 1) a lei inconstitucional é nula; 2) a lei é nula



porque é inconstitucional; 3) a inconstitucionalidade reconduz à nulidade, e a nulidade, à inconstitucionalidade.

Ocorre que esse caráter extremista do contencioso constitucional (DRAGO, 2011, p. 16-17)<sup>1</sup> é duramente criticado, por limitar o poder de decisão do juiz constitucional. Há casos em que o dualismo proposto pelo sistema clássico – nulidade/constitucionalidade da lei – não se mostra hábil a contornar ou poderia mesmo agravar o estado de inconstitucionalidade da situação analisada. García de Enterría (1989, p. 12-13) chega a afirmar que, em certos casos, a declaração de nulidade de uma lei pode implicar verdadeira catástrofe.

Assim, o princípio da nulidade não deve e não pode ser encarado como absoluto. Di Manno (1997, p. 189-190), por exemplo, sustenta que o esquema clássico da jurisdição constitucional é uma espécie de berlinda da qual o juiz deve se libertar, para seguir também linhas decisórias alternativas.

Nesse contexto, o caráter ortodoxo das decisões tomadas no seio do contencioso constitucional, que ficou enclausurado durante muito tempo em um sistema binário, deve ceder lugar a modelos de decisão alternativos, como a interpretação conforme a Constituição, a modulação temporal de efeitos da decisão de inconstitucionalidade e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. O controle de constitucionalidade admite hoje diversas técnicas de decisão diferenciadas.

Apesar de certos autores ainda defenderem estritamente o paradigma da função de legislador negativo<sup>2</sup> do juiz (KELSEN, 1928, p. 224) como condição de legitimidade da jurisdição constitucional (BUSTAMANTE, 2013, p. 15-31), é fato que a adoção de técnicas alternativas de decisão ganha amplitude em diversos países do mundo. Além do Brasil, Portugal, Itália, Colômbia, Chile, Canadá, Suíça, Alemanha e Estados Unidos, entre outros, já aderiram ao movimento do constitucionalismo contemporâneo de expandir os tipos de técnicas de decisão em controle de constitucionalidade (SILVA, 2006, p. 191-210).<sup>3</sup>

Gilmar Mendes defende que a experiência do Direito Comparado demonstra forte tendência no sentido da universalização de alternativas

---

<sup>1</sup>O contencioso constitucional é definido por Drago (2011) como expressão que designa o conjunto de litígios sobre a contestação de constitucionalidade dos atos subordinados à Constituição, bem como os procedimentos e técnicas cujo escopo é solucionar os litígios.

<sup>2</sup>Segundo Kelsen (1928), a diferença entre a função jurisdicional e a função legislativa consiste, antes de tudo, no fato de que esta última cria normas gerais, ao passo que a primeira cria apenas normas individuais. No que diz respeito à jurisdição constitucional, Kelsen complementa afirmando que anular uma lei é apresentar uma norma geral, pois a anulação tem o mesmo caráter genérico da criação. Assim, para o autor, é possível dizer que o juiz constitucional exerce função legislativa com sinal invertido.

<sup>3</sup>Virgílio Afonso da Silva escreveu precioso trabalho sobre o manejo da técnica de interpretação conforme a Constituição em diversos contextos no Direito Comparado.

à técnica de nulidade. Segundo o autor, independentemente do modelo de controle adotado – concentrado ou difuso –, a criação de técnicas de decisão diferenciadas na jurisdição constitucional é comum aos mais diversos sistemas, seja por meio de previsões constitucionais ou legais, seja com base em simples opção de política judiciária (BRASIL, 2007a).

Nessa conjuntura, o Direito Constitucional aposta em novas possibilidades de atuação do juiz no contencioso constitucional. Ao rediscutir o significado do termo “legislador negativo”, Viala (1999, p. 64) sustenta que a função da jurisdição constitucional vai além de simplesmente atrapalhar a atuação do Parlamento, e Behrendt (2006) propõe o termo “legislador-balizador positivo” para o juiz constitucional.

No Brasil, especialmente a partir da edição da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, [2009a]), ficou clara a opção legislativa em adotar fórmulas alternativas à pura e simples declaração de nulidade. O parágrafo único do art. 28 dessa lei dispõe expressamente sobre o efeito vinculante das decisões de interpretação conforme a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2019a]) e de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Além disso, Gilmar Mendes defende que a CRFB possibilitou o desenvolvimento sistemático de uma declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (sem a pronúncia da nulidade), na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada omissão do legislador (MENDES; BRANCO, 2016, p. 1.358). Esta técnica de decisão, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, é bastante ilustrativa do fenômeno mundial de expansão da jurisdição constitucional.

No controle de constitucionalidade, a consequência fundamental da decisão que reconhece a existência de omissão parcial é a suspensão de aplicação da norma. Entretanto, é preciso reconhecer que a aplicação da lei, mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade, pode ser exigida pela própria CRFB, sobretudo nos casos em que a sua aplicação se mostra indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei (MENDES; BRANCO, 2016, p. 1.363). Igualmente, a aplicação da lei se impõe nos casos em que a decretação de nulidade agravaria ainda mais o estado de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem alguns precedentes relevantes em que adotou a técnica de decisão da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. No julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 567.985, sobre o critério objetivo de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo de renda familiar *per capita* para fins de concessão de benefício assistencial de prestação continuada, a Corte declarou a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 (BRASIL, 2013b, [2019b]). Essa fórmula foi igualmente utilizada no

juízo de diversas ações relativas ao Fundo de Participação dos Estados (FPE), ocasião em que o STF declarou a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, de dispositivos da Lei Complementar nº 62/1989, ressaltando a sua aplicação *pro futuro*, pelo prazo fixado – até 31 de dezembro de 2012 (BRASIL, 2010, [2013a]).

Neste trabalho, analisa-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, bem como seus limites e possibilidades, com base em estudo de caso relativo à criação inconstitucional de municípios no Brasil.

### **3 A criação inconstitucional de municípios e a solução apresentada pela jurisprudência do STF**

No federalismo brasileiro, as reformulações territoriais relativas aos entes federativos atípicos denominados municípios são disciplinadas pelo art. 18, § 4º, da CRFB, que assim dispõe sobre o tema:

Art. 18 [...]

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei (BRASIL, [2019a]).

Tal dispositivo, cuja redação atual decorre da Emenda Constitucional (EC) nº 15, de 12 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996),<sup>4</sup> estabeleceu os

<sup>4</sup>Essa emenda foi objeto de impugnação no STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.395, de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Entretanto, o pedido da ação foi julgado improcedente, com a consequente declaração de constitucionalidade da norma (BRASIL, 2007b).

requisitos para a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios no Brasil: 1) A modificação territorial deve ser promovida por lei estadual; 2) A alteração deve ocorrer dentro do período determinado por lei complementar federal; 3) É necessária consulta plebiscitária às populações dos municípios envolvidos, com a ressalva de que a imposição abrange toda a população afetada pela modificação territorial (no caso de desmembramento, deve envolver tanto a população do território a ser desmembrado quanto a do território remanescente) (BRASIL, 2011).

Portanto, desde a promulgação da EC nº 15/1996, as reformulações territoriais de municípios, além de respeitar outros requisitos (formalização por meio de lei estadual e consulta às populações interessadas), deveriam se realizar dentro do período fixado por lei complementar federal.

Ocorre que o legislador federal não cumpriu seu dever constitucional de editar a lei complementar em que se estabelecem os prazos para as modificações territoriais de municípios, ocasionando a configuração de inconstitucionalidade por omissão.

Paralelamente, a despeito da inexistência de lei complementar federal, alguns Estados promulgaram leis reorganizando os territórios de seus municípios; porém, diante do não atendimento dos requisitos previstos na CRFB, essas leis são formalmente inconstitucionais.

Nesse contexto, instalou-se situação de dupla inconstitucionalidade: no plano federal, a inércia legislativa quanto à edição da lei complementar federal implicou inconstitucionalidade por omissão; por seu turno, em âmbitos estaduais, a reorganização de territórios municipais foi promovida por atos inconstitucionais, tendo em vista que não se respeitou um dos requisitos expressamente estabelecidos pela CRFB – modificação territorial dentro do período fixado em

lei complementar federal. Essas duas questões foram submetidas a julgamento do STF.

Quanto à omissão inconstitucional, o STF julgou a ADI 3.682 (BRASIL, 2007e).<sup>5</sup> Na oportunidade, a Corte assentou, em síntese, que, diante do transcurso de mais de dez anos desde a promulgação da EC nº 15/1996, sem a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos de reorganização territorial de municípios, era preciso reconhecer a mora legislativa em relação ao cumprimento do dever constitucional de legislar. Ademais, a Corte afirmou que a omissão normativa federal acabou dando ensejo à instituição de estados de inconstitucionalidade (e.g. criações inconstitucionais de municípios), os quais não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. Assim, o STF declarou a mora do Congresso Nacional e indicou o prazo de dezoito meses para que adotasse todas as providências legislativas impostas pelo art. 18, § 4º, da CRFB.

No que diz respeito a leis estaduais que reformularam territorialmente municípios, diversos casos<sup>6</sup> foram julgados pelo STF, tendo maior destaque o precedente sobre a criação do município baiano Luís Eduardo Magalhães.

Na ADI 2.240 (BRASIL, 2007a), proposta pelo Partido dos Trabalhadores, questionou-se a Lei nº 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia (BAHIA, 2000), a qual criou o município Luís Eduardo Magalhães. Segundo o autor da ADI, a lei seria flagrantemente inconstitucional, uma vez que foi publicada após a EC nº 15/1996 e na pendência de lei complementar federal definidora do período em que

os municípios poderiam ser criados. Alegou-se, ainda, que a criação desse município se deu em ano eleitoral e que o princípio democrático foi violado, na medida em que apenas parte da população interessada se manifestou sobre essa reorganização territorial.

O processo foi distribuído ao ministro Eros Grau, que procedeu à instrução do feito, determinando a requisição de informações às autoridades que editaram o ato normativo, a manifestação da Advocacia-Geral da União e a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República, para parecer.

Tanto o governador quanto a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia posicionaram-se pela constitucionalidade da lei, defendendo, em síntese, a higidez do processo legislativo adotado, a realização de consulta plebiscitária e a razoabilidade do período em que se criou o município – entre um ano, no máximo, e seis meses, no mínimo, das eleições municipais.

O advogado-geral da União pugnou pela procedência do pedido, seja porque a lei estadual foi editada na pendência da lei complementar federal que deveria dispor sobre o período de sua edição, seja porque a consulta plebiscitária efetuada não respeitou os ditames constitucionais.

O procurador-geral da República também se manifestou no sentido da inconstitucionalidade da norma atacada, diante da flagrante violação do texto constitucional pela lei baiana, que não cumpriu as condições insertas no art. 18, § 4º, da CRFB.

Na sessão plenária de 18/5/2006, o STF deu início ao julgamento desse caso paradigmático. Naquela ocasião, o ministro Eros Grau proferiu voto em que reconheceu o estado de inconstitucionalidade na criação do município Luís Eduardo Magalhães; entretanto, apresentou diversas ressalvas que justificariam a improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado.

<sup>5</sup> A rigor, trata-se de ADI por omissão, mas, até o advento da Lei nº 12.063/2009 (BRASIL, 2009b), o STF não tratava como classes processuais distintas as ADIs por ação e por omissão.

<sup>6</sup> Por todas, citem-se as ADIs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 (BRASIL, 2007a, 2007c, 2007d, 2007f).

Em seu voto, o ministro Eros Grau ponderou que, apesar de a lei do Estado da Bahia realmente ser inconstitucional, em virtude da ausência de lei complementar federal prevista na CRFB (art. 18, § 4º), não se poderia ignorar a existência de situação de fato consolidada. Segundo o relator, o princípio da segurança jurídica impõe o reconhecimento e o acolhimento da força normativa dos fatos. Em outros termos, considerando que o município Luís Eduardo Magalhães assumiu existência de fato como ente federativo dotado de autonomia havia mais de seis anos, o ministro Eros Grau rechaçou a possibilidade de a Corte realizar mero exercício de subsunção, para declarar a inconstitucionalidade da norma.

Ora, o município em foco já tinha lei orgânica própria, tinha legislado sobre assuntos de interesse local, já realizara eleições (de prefeito, vice-prefeito e vereadores) com respaldo da Justiça Eleitoral, instituíra e arrecadara tributos de sua competência, exercera poder de polícia, prestara serviço público de interesse local, fora área de celebração de casamentos, bem como de registros de nascimentos e óbitos etc. Nada disso poderia ser simplesmente ignorado e/ou desconstituído pela Corte, notadamente quando se considera que o STF poderia ter suspenso a aplicação da lei desde julho de 2000, quando foi ajuizada a ADI, quatro meses apenas após a edição da lei estadual.

Portanto, consolidada a situação de fato, incumbe verificar o que menos compromete a força normativa futura da CRFB e sua função de estabilização. Segundo o ministro Eros Grau, o princípio da segurança jurídica prospera em favor da preservação do município, razão por que seu voto foi pela improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Após o voto do relator, o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos para melhor examinar a questão. O julgamento só foi retomado na sessão de 9/5/2007, oportunidade em que, por meio de voto-*vista* denso, o ministro apresentou significativas contribuições para o aperfeiçoamento das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade no Brasil.

De início, o ministro Gilmar Mendes pontuou que se estava a definir os contornos que a decisão do STF deveria assumir para que fosse, na maior medida possível, menos gravosa à realidade fundada sobre a nova unidade federativa. Em seguida, decretou que a solução para o problema não poderia advir da simples decisão de improcedência da ação.

Sobre o tema, são lembradas as lições de Miranda (1991), para quem a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade tem o escopo de adequá-los às situações da vida, de ponderar o seu alcance e de flexibilizar a rigidez que o sistema binário pode comportar. Objetiva-se evitar que, para fugir de consequências demasiadamente gravosas da declaração de nulidade, o juiz constitucional seja compelido a não decidir pela ocor-

rência de inconstitucionalidade. Trata-se, assim, de válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade da jurisdição constitucional (MIRANDA, 1991, p. 500).

Feitas essas considerações, o ministro Gilmar Mendes passou a discorrer sobre a necessidade de decisões diferenciadas que aperfeiçoem o controle de constitucionalidade. Para ele, o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem peso elevado, mas precisa ser ponderado com o princípio da segurança jurídica, o que permitiria o recurso a técnicas inovadoras de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

É exatamente disso que se trata no caso em exame. Diante da existência de fato do município Luís Eduardo Magalhães, bem como de sua consolidação ao longo de mais de seis anos, assume peculiar relevo o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Como assevera Medeiros (1999), é preciso ponderar se as consequências da declaração de nulidade da norma jurídica que instituiu o ente federativo são excessivas. Dito de outro modo, para efeito de ponderação dos diferentes interesses em jogo, impõe-se o confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam sacrificados como corolário da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa (MEDEIROS, 1999, p. 703).

Nesse contexto de ponderação, constata-se que não se deve declarar a nulidade de uma lei que acarrete caos jurídico. Isso porque o princípio da nulidade cede lugar ao princípio da segurança jurídica, pois a aplicação continuada da lei por diversos anos tornou impossível a declaração de sua nulidade. É verdade que a nulidade da lei inconstitucional tem caráter de princípio geral, entretanto não incide nos casos em que se revela absolutamente inidôneo à finalidade perseguida, notadamente em situações de omissão, exclusão de benefício incompatível

com o princípio da isonomia ou, como ocorre no caso analisado, em que a sua aplicação traria danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

Finalmente, o ministro Gilmar Mendes relembrou a introdução do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 no ordenamento brasileiro, que passou a permitir a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis, desde que haja razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social que justifique o afastamento do princípio da nulidade e pelo menos dois terços dos membros do STF manifestem-se nesse sentido. Esse dispositivo legal autoriza o STF a atribuir efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica examinada.

Com base no exposto, o ministro Gilmar Mendes concluiu seu voto declarando a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da lei estadual que instituiu o município Luís Eduardo Magalhães, mantendo a sua vigência pelo lapso temporal de 24 meses.<sup>7</sup> Depois desse voto, o ministro Eros Grau reajustou sua posição, para incorporar as sugestões feitas pelo ministro Gilmar Mendes e também votar pela declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da referida lei.

Tomados os demais votos, o pedido da ação foi julgado procedente, à unanimidade,<sup>8</sup> nos termos do voto do ministro Gilmar Mendes e do voto reajustado do ministro Eros Grau.

Trata-se de um dos mais relevantes precedentes do STF acerca de técnicas alternativas

<sup>7</sup> Registre-se que o período de 24 meses foi fixado porque a Corte entendeu tratar-se de lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual poderia reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deveriam ser fixados em lei complementar federal, conforme a já mencionada decisão proferida na ADI 3.682.

<sup>8</sup> Houve divergência apenas do ministro Marco Aurélio quanto à modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, uma vez que ele defendeu a manutenção da tese da nulidade da lei inconstitucional.

de decisão em controle de constitucionalidade, especialmente no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Como se viu, as contribuições do ministro Gilmar Mendes foram cruciais para a conclusão do julgamento. Embora o ministro Eros Grau tenha permanecido relator do feito, foi a proposta lançada pelo ministro Gilmar Mendes que prevaleceu para resolver o problema da criação inconstitucional de municípios brasileiros.

A título de curiosidade, registre-se que, após esse julgamento do STF, o Congresso Nacional editou a EC nº 57/2008 (BRASIL, 2008), por meio da qual convalidou os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.

Desse modo, houve a construção de solução dialógica entre o STF e o Congresso Nacional para o enfrentamento da questão relativa à criação inconstitucional de municípios até 31 de dezembro de 2006. Embora essa medida seja parcial e pontual – uma vez que não foi editada uma lei complementar federal estabelecendo prazo para a reorganização territorial –, ela configura efetivo diálogo institucional no controle de constitucionalidade (VICTOR, 2015), um dos instrumentos democráticos contemporâneos de solução de conflito do contencioso constitucional.

#### **4 Contribuições e limites da incorporação da decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade: notas conclusivas**

É fato que decisões alternativas ao sistema ortodoxo binário de jurisdição constitucional

(nulidade/constitucionalidade da lei) ganham amplitude no constitucionalismo mundial. Entretanto, certas fórmulas novas são bastante questionadas, especialmente quando se tenta colmatar lacunas no controle de omissões inconstitucionais.

Entre outras críticas, ou o juiz constitucional recebe a alcunha de ativista – se, por exemplo, adota posição concretista em julgamento de mandado de injunção –, ou a efetividade da decisão alternativa é refutada – se o juiz constitucional se limita a declarar a mora da autoridade legislativa responsável pela omissão normativa.

Ainda quando se adota posição intermediária – nem concretista, nem declaração de mora *tout court* – com fixação de prazo considerado razoável para que o legislador edite o ato normativo inexistente, não há consequência jurídica a ser aplicada pelo Judiciário em caso de persistência da omissão das autoridades legislativas, nem mesmo após o esgotamento do prazo fixado. No máximo, o juiz constitucional poderia tentar avançar para a adoção de posição concretista, se as circunstâncias do caso concreto permitissem, como ocorreu no precedente sobre o direito de greve dos servidores públicos, em que o STF invocou a aplicação analógica da lei de greve da iniciativa privada (BRASIL, 2007g).

No caso da reorganização territorial de municípios, a despeito de o STF ter reconhecido a mora legislativa e indicado o prazo de 18 meses para que o ato fosse editado, a lei complementar federal a que se refere o art. 18, § 4º, da CRFB não foi elaborada até o presente momento – mais de uma década após o julgamento da ADI 3.682.

Ocorre que, não obstante o decurso do prazo indicado para a colmatação da lacuna normativa pelo Congresso Nacional, o princípio da separação dos Poderes limita a atuação do

juiz constitucional, de modo a restringir a possibilidade de fixação, por decisão judicial, do período em que os municípios brasileiros ficariam autorizados a se reorganizar territorialmente, enquanto não sobrevém a lei complementar federal a que se refere a CRFB.

Felizmente, quanto aos municípios criados até 31 de dezembro de 2006 – caso de Luís Eduardo Magalhães –, a EC nº 57, de 18 de dezembro de 2008, convalidou suas respectivas leis instituidoras, por meio da inclusão do art. 96 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Assim, a situação foi resolvida para o passado, mas a mora legislativa quanto à edição da lei complementar federal definidora de prazos para reformulações territoriais de municípios ainda persiste.

Feitas essas considerações, não se podem negligenciar as contribuições significativas que a jurisprudência do STF ofereceu para o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional brasileira. Com efeito, o desenvolvimento de novas técnicas de decisão, como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com indicação de prazo para atuação legislativa, representa uma conquista da Justiça constitucional.

Entretanto, a fragilidade dessa fórmula de decisão, que não prevê consequências para o descumprimento do prazo indicado pelo juiz constitucional, revela que ainda é necessário aprimorar as técnicas de decisão diferenciadas, notadamente no enfretamento do tormentoso problema do controle de omissões inconstitucionais.

Se, por um lado, o STF deve pautar sua atuação, pelo menos como regra geral, levando em consideração o paradigma do legislador negativo, por outro, não deve admitir o esvaziamento de suas decisões.

No caso da reorganização territorial de municípios, a indicação de prazo para a edição de lei complementar federal (art. 18, § 4º, da CRFB), sem qualquer consequência para a sua inobservância, seria apenas tentativa simbólica de evoluir; contudo, a rigor, a efetividade do julgado seria tão inexpressiva quanto à de uma declaração de mora pura e simples.

### **Sobre o autor**

José S. Carvalho Filho é doutor em Direito Público pela Aix-Marseille Université, França; mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público de Brasília, Brasília, DF, Brasil; pós-doutorando em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca, Espanha; professor de Direito Constitucional na Escola de Direito de Brasília, Brasília, DF, Brasil; assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal.  
E-mail: jscarvalhofilho@gmail.com



## Como citar este artigo

(ABNT)

CARVALHO FILHO, José S. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade: estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 151-163, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p151](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p151)

(APA)

Carvalho, J. S., Fº. (2020). Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade: estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(225), 151-163. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p151](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p151)

## Referências

BAHIA. *Lei nº 7.619, de 30 de março de 2000*. Cria o município de Luís Eduardo Magalhães, desmembrado do município de Barreiras. [Salvador]: Leis Estaduais, 2000. Disponível em: <http://leisestaduais.com.br/ba/lei-ordinaria-n-7619-2000-bahia-cria-o-municipio-de-luis-eduardo-magalhaes-desmembrado-do-municipio-de-barreiras>. Acesso em: 11 dez. 2019.

BEHRENDT, Christian. *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif: une analyse comparative en droit français, belge et allemand*. Bruxelles: Bruylant; Paris: LGD], 2006.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 9 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 15, de 12 de setembro de 1996*. Dá nova redação ao § 4º do art. 18 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc15.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc15.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008*. Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc57.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc57.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989*. Estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp62.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp62.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm). Acesso em: 10 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2009a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 10 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009*. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Brasília, DF: Presidência da República, 2009b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 875/DF*. Ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 875/DF, ADI nº 1.987/DF, ADI nº 2.727/DF e ADI nº 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão [...]. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>. Acesso em: 9 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240/BA*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 7.619/00, do Estado da Bahia, que criou o município de Luís Eduardo Magalhães. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/96 [...]. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requerido: Governador do Estado da Bahia; Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Min. Eros Grau, 9 de maio de 2007a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em: 9 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.395/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 15/1996, que deu nova redação ao § 4º do art. 18 da Constituição Federal. Modificação dos requisitos constitucionais para a criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios [...]. Requerente: Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, 9 de maio de 2007b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=528743>. Acesso em: 9 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.650/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei 9.709/98. Alegada violação do art. 18, § 3º, da Constituição. Desmembramento de estado-membro e município. Plebiscito. Âmbito de consulta [...]. Requerente: Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. Interessado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de agosto de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629700>. Acesso em: 9 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.316/MT*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 6.893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso, que criou o município de Santo Antônio do Leste. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/96 [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado de Mato Grosso; Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Eros Grau, 9 de maio de 2007c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469700>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.489/SC*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.294, de 22 de junho de 2002, do Estado de Santa Catarina, que anexou a localidade de Vila Arlete, desmembrada do município de Campos Novos, ao município de Monte Carlo [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado de Santa Catarina; Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Eros Grau, 9 de maio de 2007d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474624>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682/MT*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar a lei complementar a que se refere o § 4º do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 15/1996. Ação julgada procedente [...]. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, 9 de maio de 2007e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.689/PA*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 6.066, do Estado do Pará, que alterando divisas, desmembrou faixa de terra do município de Água Azul do Norte e integrou-a ao município de Ourilândia do Norte [...]. Requerente: Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB. Requerido: Governador do Estado do Pará; Assembleia Legislativa do

Estado do Pará. Relator: Min. Eros Grau, 10 de maio de 2007f. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469708>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Injunção 670/ES*. Mandado de Injunção. Garantia fundamental (CF, art. 37, inciso VII) [...]. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator originário: Min. Maurício Corrêa. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 25 de outubro de 2007g. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 9 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 567.985/MT*. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Interessado: União; Defensoria Pública-Geral da União; ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 9 dez. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas. L'interprétation juridique et la Cour Suprême Fédérale du Brésil: considérations sur le récent dépassement du positivisme juridique et sur la révision de la théorie du « législateur négatif ». *Les Cahiers de Droit*, [s. l.], v. 54, n. 1, p. 15-31, mars 2013. DOI: <https://doi.org/10.7202/1014281ar>. Disponível em: <https://www.erudit.org/en/journals/cd1/2013-v54-n1-cd0454/1014281ar.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the Legislative Power of the states of the American Union*. 4th ed. Boston: Little Brown & Co., 1878.

DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*. Paris: Economica: PUAM, 1997.

DRAGO, Guillaume. *Contentieux constitutionnel français*. 3e éd. Paris: PUF, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva em la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Direito Público*, [s. l.], v. 22, n. 92, p. 5-16, out./dez. 1989.

KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution: la justice constitutionnelle. *Revue de Droit Public et de Science Politique en France et à L'étranger*, [s. l.], v. 35, n. 35, p. 197-257, janv./déc. 1928.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: Constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. v. 1, t. 2.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralidade judicial. *Revista Direito GV*, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35221>. Acesso em: 10 dez. 2019.

VIALA, Alexandre. *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris: LGDJ, 1999. (Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, t. 92).

VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The constitutional law of the United States*. New York: Baker, Voorhis & Company, 1910. v. 1.



# O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição

EDUARDO ROCHA DIAS  
FABIANA COSTA LIMA DE SÁ

**Resumo:** O advento do Estado Constitucional de Direito trouxe como consequência o reconhecimento da força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional. Esta pesquisa verifica se a força normativa da Constituição, defendida por Konrad Hesse, abriu espaço para o ativismo judicial. Para isso, desenvolveu-se pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa. Inicialmente, busca-se entender o que é considerado ativismo judicial e a sua distinção em relação à judicialização da política. Depois, revisita-se a teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse e, ao final, conclui-se que a força normativa da Constituição não abriu caminho para a postura ativista do Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Força normativa da Constituição. Ativismo judicial. Konrad Hesse.

## Judicial activism in the light of Konrad Hesse's thought regarding the normative force of the Constitution

**Abstract:** The advent of the constitutional rule of law brought a result of the recognition of the Constitution normative force and the expansion of constitutional jurisdiction. It must be ascertained, in this research, the Constitution normative force, defended by Konrad Hesse, opened space for judicial activism. To reach it, it developed literature and qualitative research. Initially, search to understand what is considered judicial activism and the distinction from the politics judicialization. Then, revisits the theory of Constitution normative force of Konrad Hesse and, at the end, it is concluded that the Constitution normative force did not open the way for the activist judiciary posture.

Recebido em 8/3/19  
Aprovado em 30/5/19

**Keywords:** Constitution normative force. Judicial activism. Konrad Hesse.

# 1 Introdução

Com a afirmação do Estado Constitucional de Direito na segunda metade do século XX e a superação do Estado Legislativo de Direito, houve o reconhecimento da força normativa da Constituição, materializada em sua posição de superioridade no ordenamento jurídico e vinculatividade para os poderes públicos e privados. Assim, o Poder Judiciário, ou órgãos caracterizados como tribunais constitucionais, passaram a verificar a conformidade dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo com a Constituição, exercendo um papel mais ativo ao assegurar a supremacia constitucional.

Entende-se que a ideia de força normativa da Constituição, no Brasil, consolidou-se com o surgimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Tal conclusão é extraída do posicionamento de Sarmiento (2011), ao apontar que, apesar de existir controle de constitucionalidade desde a proclamação da República, a Constituição não era considerada norma jurídica; até 1988, no âmbito jurídico, a lei era considerada mais importante que a própria Constituição e no campo do Direito Público a lei valia menos do que atos infralegais, como decretos e portarias.

Após a CRFB/1988, verificou-se um aumento do protagonismo do Poder Judiciário, quer em razão do reconhecimento do caráter normativo de normas principiológicas, a exigirem concretização, quer na assunção de um papel mais ativo no preenchimento de conceitos indeterminados. Houve, ainda, a expansão da jurisdição constitucional, em face também do aumento do número de atores legitimados a intervir no controle de constitucionalidade. Dessa forma, o tema do ativismo judicial ganhou importância, justificando-se a pesquisa sobre o tema. Busca-se examinar neste trabalho se o ativismo judicial pode ser considerado fruto da

tese de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. Ou seja, pretende-se verificar se a força normativa da Constituição abriu espaço para o ativismo judicial.

O interesse pelo assunto foi despertado em razão da leitura de artigo apresentado no XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, no qual as autoras Ribeiro e Rocha (2014) concluem que a tese de Konrad Hesse resultou na judicialização da política e originou o ativismo judicial. Todavia, questiona-se se realmente é possível afirmar que a teoria da força normativa da Constituição resultou na judicialização da política e originou o ativismo judicial.

Para tanto, desenvolveu-se pesquisa bibliográfica em artigos científicos publicados sobre a matéria, além de documentos e dados obtidos na internet. O estudo foi desenvolvido tendo por base a doutrina do Direito Constitucional, do Direito Processual Constitucional e da Hermenêutica Constitucional. No que se refere à natureza, a pesquisa caracteriza-se como de natureza qualitativa.

Primeiramente, busca-se uma compreensão do que pode ser considerado ativismo judicial e, conseqüentemente, a sua distinção em relação à judicialização da política. Em seguida, avalia-se a tese de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição com o intuito principal de analisar a sua influência sobre a postura ativista do Poder Judiciário.

## 2 O ativismo judicial

A compreensão do que significa ativismo judicial não é fácil. Encontram-se, na doutrina, algumas definições para o termo; porém, entende-se que, para definir seu alcance, será necessário tentar estabelecer primeiro a sua dis-

tinção em relação ao fenômeno da judicialização da política. O ponto de partida será, dessa forma, diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política.

Para Barroso (2012b), a judicialização da política e das relações sociais no Brasil resulta principalmente dos seguintes fatores: adoção de uma Constituição analítica e abrangente e do modelo de controle judicial de constitucionalidade vigente no País, em que pontificam tanto o sistema difuso como o sistema concentrado.

O controle difuso permite que qualquer juiz ou tribunal possa verificar a compatibilidade ou não da lei ou ato normativo infraconstitucional em relação à CRFB/1988, modelo que teve como fonte de inspiração o sistema americano; por sua vez, o controle concentrado (inspirado no sistema europeu) é exercido diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no caso do Brasil, ou por uma corte constitucional.

Barroso também aponta como causas para a judicialização, nas democracias modernas, a valorização do Poder Judiciário com o reconhecimento de sua independência e de seu papel institucional, aliados à crise de representatividade e legitimidade que afeta o Poder Legislativo. Não menos importante é a própria opção dos representantes eleitos por frequentemente se manterem inertes em relação a assuntos polêmicos, que dividem a sociedade, e deixarem, assim, a tomada de decisão para o Poder Judiciário (BARROSO, 2012b).

Em virtude desse fenômeno, “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2012b, p. 366). Barroso (2012b, p. 369, grifo do autor) aponta que

[n]esse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez que provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

Com o advento da CRFB/1988, a judicialização da política aparece como fato inevitável que decorre das mudanças no papel das instituições. Não pode, portanto, ser caracterizada como opção tomada pelo Poder Judiciário, como uma postura a ser por ele adotada, guiada pela vontade de seus integrantes.

Continentino (2012, p. 128) expõe a dificuldade para se chegar a um conceito de ativismo judicial diante da falta de consenso e esclarece que a primeira menção ao termo ocorreu em 1947 nos Estados Unidos, feita por Arthur Schlesinger, identificando entre os magistrados da Suprema

Corte os ativistas e passivistas – os últimos caracterizados pela autocon-  
tensão judicial.

Aceita-se que a primeira referência realizada à atuação da Suprema Corte Americana como sendo ativista teria ocorrido em 1947, quando a popular revista *Fortune* publicou o artigo “The Supreme Court: 1947”, em que Arthur Schlesinger, seu autor, analisou detidamente a atuação dos *justices* frente à Suprema Corte, distinguindo-os entre “ativistas” (*activists*) e “campeões da restritividade judicial” (*champions of judicial restraint*), os quais podem ser denominados “passivistas” (*self-restrain*), que caracterizam a “autocontenção judicial”.

O ativismo judicial ocorre se, no exercício da sua competência, o Poder Judiciário optar por um “modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, ou seja, o Poder Judiciário escolhe ter uma postura mais ativa na interpretação da Constituição (BARROSO, 2012a, p. 25). Barroso (2012b, p. 371) define o ativismo judicial como “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”.

O autor aponta três condutas que caracterizam a postura ativista:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário [...] b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição [...] c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público [...] Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito (BARROSO, 2012b, p. 371-372).

Com efeito, o Poder Judiciário opta por ser ativista quando busca concretizar os valores e fins consagrados na Constituição intervindo na competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e a escolha por ele feita pode ocorrer em casos de aplicação direta da Constituição e em casos não contemplados expressamente e sem a intermediação do legislador ordinário, de declaração da inconstitucionalidade das leis e determinação de condutas ou de abstenções ao Poder Público; ou seja, atua intervindo e impondo condutas na condução das políticas públicas, como se verifica no excerto anteriormente transcrito.

Barroso (2012b, p. 372) destaca que o ativismo judicial é legitimamente exercido quando advém de uma interpretação judicial voltada



à concretização dos valores, dos princípios constitucionais, quando exercido de maneira a “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de condutas a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”.

Contudo, também alerta que a interpretação do texto constitucional feita pelos magistrados não pode ser exercida com a usurpação da função legislativa. Para o autor, o ativismo pode ser classificado como legítimo, desde que não configure a usurpação da função legislativa. Afirma ainda que cabe ao Poder Judiciário a última palavra sobre a interpretação da Constituição, mas a discussão e o reconhecimento do espírito da Constituição não devem ser feitos nem exclusivamente nem principalmente pelos magistrados, pois o poder emana do povo e não dos magistrados, então, “a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas” (BARROSO, 2012b, p. 378).

O ativismo judicial, segundo o autor, deve ser exercido pelos magistrados apenas eventualmente, pois um Poder Legislativo “atuante e investido de credibilidade” é essencial para a existência de uma “democracia sólida” (BARROSO, 2012a, p. 27). O fato de se entregar ao Judiciário ou a uma suprema Corte a atividade de interpretação e de controle de constitucionalidade repousa numa escolha institucional e em considerações empíricas de que aquele órgão chega mais frequentemente a melhores decisões, comparado, por exemplo, com outras instituições, como o Legislativo (MARMOR, 2004, p. 15).

Tavares (2012) faz menção ao ativismo judicial em relação à concretização e efetivação dos direitos fundamentais amparados pela Constituição – o que explica a concretização dos direitos fundamentais pelo juiz ativista.

Coelho (2000, p. 95) trata da criação judicial do direito apontando que o tema deve ser

“desideologizado” ou despolitizado; afirma que devem ser refutados todos aqueles que se posicionam no sentido “de que o ativismo judicial é de todo incompatível com o regime democrático” e de que os membros do Poder Judiciário são carecedores de legitimidade democrática, pois não são eleitos pelo povo; não são, pois, legitimados “para emitir comandos com força de lei”. Assim, percebe-se que ele chama de ativismo judicial a atividade interpretativa criadora do Direito pelo Poder Judiciário.

Todavia, ressalte-se que, neste trabalho, a mera criação judicial do Direito não é considerada ativismo judicial. Trata-se de realidades distintas; assim, torna-se necessário diferenciar o ativismo judicial da concretização da própria Constituição. Nas lições de Müller (2008), o paradigma positivista confundia a norma jurídica com o texto da norma, mas norma jurídica difere do texto da norma feito pelo legislador; os enunciados previstos na lei são considerados como texto normativo, e a norma jurídica é o produto do trabalho do intérprete e aplicador do Direito. “O dado do texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado ‘concretização’” (MÜLLER, 2008, p. 137).

A teoria estruturante do Direito aponta uma nova concepção de norma jurídica: ela é criada pelo Poder Judiciário quando ele atua no processo de solução dos conflitos. “A norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais”; ela é composta “do âmbito normativo, isto é, o conjunto parcial de todos os fatos relevantes”, como também “do programa normativo”. A norma jurídica é construída diante do caso conflituoso a ser solucionado; a concretização é “a construção da norma jurídica no caso concreto” (MÜLLER, 2008, p. 162). Os sentidos possivelmente atribuídos ao texto estão limitados pela sua literalidade; não devem ser admitidas as decisões judiciais que vão além da literalidade da Constituição

(MÜLLER, 2005). A atividade jurisdicional, por conseguinte, comporta um elemento criativo que lhe é indissociável. O desafio é evitar que tal criação desborde para o subjetivismo e o “decisionismo”; daí a importância de uma teoria da argumentação adequada constitucionalmente, que leve em conta a atuação do julgador, seus pré-conceitos e busque, com base no dever de fundamentação e de manter a coerência e a integridade da jurisprudência, diminuir, ao menos, as possibilidades de arbitrariedade.

Para Tassinari (2013, p. 32, grifo da autora), judicialização da política é

muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguam no Judiciário do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa) [...] Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição.

A autora aponta a judicialização como consequência de alguns fatores externos à jurisdição: a CRFB/1988 passou a reconhecer um maior número de direitos, o que, conseqüentemente, passou a gerar maior número de conflitos e maior busca pelo Poder Judiciário. O fenômeno não pode ser avaliado como uma opção feita pelo julgador. Quanto ao ativismo judicial, Tassinari (2013) entende, contrariamente à judicialização, como um problema unicamente interno à jurisdição, estritamente jurídico, mas que se reflete, por óbvio, nas demais áreas. Ao buscar uma diferenciação entre judicialização e ativismo judicial, conclui Tassinari (2013, p. 36-37, grifos da autora):

*Primeiro*, não há como negar o elo existente entre Direito e Política;

*Segundo*, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais;

*Terceiro*, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno;

E *quarto*, a judicialização da política é um “*fenômeno contingencial*”, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independentemente da *postura* de juizes e tribunais, ao passo que ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais.

A autora entende que a existência do ativismo judicial não estaria justificada pela relação entre Direito e Política. Ela diferencia judicialização

da política e ativismo judicial afirmando que a primeira surge quando as manifestações dos demais Poderes são insuficientes e entende o segundo como opção tomada pelo Poder Judiciário que extrapola os limites estabelecidos constitucionalmente. Assim, Tassinari (2013) parece ver o ativismo judicial apenas no aspecto negativo, pois decisão ativista seria a proferida exorbitando os limites constitucionais.

Pompeu e Maia (2013, p. 18) também apresentam uma definição para o ativismo judicial com uma conotação negativa. Para elas, “o ativismo judicial manifesta-se quando, em juízo objetivo, geral e abstrato, o Poder Judiciário invade a função típica do Poder Legislativo configurando materialmente o Direito por meio de decisões judiciais que instituem normas gerais e abstratas”.

Conclui-se que a judicialização da política é, como afirma Barroso (2012b), uma consequência das modificações estruturais ocorridas. Com o advento do Estado Democrático de Direito e a promulgação da CRFB/1988, o fenômeno tornou-se um fato que não se pode evitar, principalmente em razão dos modelos de Constituição e de controle de constitucionalidade adotados, e que surge em razão da omissão dos demais Poderes, como afirma Tassinari (2013), mas não diz respeito a uma vontade, a uma escolha feita pelos magistrados.

É inegável a posição mais atuante do Poder Judiciário com o surgimento do Estado Constitucional de Direito, que, mediante o exercício da jurisdição constitucional, deve zelar pela supremacia constitucional; além de defender a Constituição, deve efetivar os valores constitucionais. Deve exercer a jurisdição constitucional, concretizar os princípios constitucionais, mas sem ultrapassar os limites que lhe foram impostos. Portanto, desde que não usurpe a função legislativa ou executiva, sua atuação é legítima. Para a concretização dos valores constitucionais, não pode o Poder Judiciário transformar-se em legislador ou executor de políticas públicas.

Sarmento (2011, p. 105) diz que a recepção do neoconstitucionalismo, no Brasil, não pode ser considerada propulsora do ativismo judicial; para ele, seria injusta a afirmação de que o “decisionismo” resulta dessa teoria, mas, segundo ele, o Poder Judiciário “repcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões”. Streck (2014) entende que o neoconstitucionalismo no Brasil resultou da recepção acrítica de algumas teorias: a jurisprudência dos valores, a teoria alemã da ponderação dos princípios e o ativismo norte-americano. O autor aponta que um maior protagonismo judicial é incentivado pelo neoconstitucionalismo.

Streck (2014) diz que o positivismo defendido por Kelsen desencadeia o “decisionismo” e a discricionariedade defendida por Hart; entretanto, afirma que a discricionariedade judicial não pode ser comparada com a do ato administrativo e que, no âmbito judicial, é sinônimo de arbitrariedade; também propõe que não se deve falar em neoconstitucionalismo, preferindo a expressão Constitucionalismo contemporâneo.

Pretende-se tratar o ativismo judicial, neste trabalho, assim como Tassinari (2013), Pompeu e Maia (2013) o fizeram, ou seja, usar o termo apenas com uma conotação negativa. Então, encara-se o ativismo judicial como uma escolha, uma opção de comportamento a ser adotado pelo Poder Judiciário além dos limites permitidos pela CRFB/1988. Ao buscar o seu sentido e alcance de forma mais expansiva, conseqüentemente invade a competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, violando funções dos outros dois Poderes.

Concorda-se com Pompeu e Maia (2013) quanto ao ativismo judicial manifestar-se em processo objetivo com a criação de normas gerais e abstratas pelo Poder Judiciário, se decorrer da violação da função legislativa, mas acrescenta-se que apenas se entende ativista a decisão que, além de criar norma geral e abstrata, tiver efeito vinculante.

### **3 Uma análise da postura ativista do Poder Judiciário à luz do pensamento de Konrad Hesse**

Este trabalho tem como principal objetivo verificar se é possível afirmar que a força normativa da Constituição tenha contribuído para a adoção de uma postura mais ativa do Poder Judiciário, abrindo caminho para o ativismo judicial. Para tanto, primeiramente será necessário fazer uma breve análise sobre a teoria de Konrad Hesse.

No artigo de Ribeiro e Rocha (2014)<sup>1</sup>, objeto de análise crítica deste trabalho, há a conclusão de que a tese de Konrad Hesse resultou na judicialização da política e originou o ativismo judicial. Entende-se necessário revisitar essa teoria para ao final concluir se realmente essas autoras estão certas ou se é possível um contraponto ao que elas defendem.

Ribeiro e Rocha (2014, p. 16) afirmam que “não restam dúvidas de que tanto a judicialização como o ativismo judicial são reflexos diretos do reconhecimento da força normativa da Constituição e de seus princípios, que passou a exigir dos intérpretes uma nova postura, afastando a concepção formalista do método da subsunção”.

Konrad Hesse apresentou a tese da força normativa da Constituição em 1959, tendo feito uma contraposição à teoria defendida por Ferdinand Lassale, em 1862, sobre a essência da Constituição. Lassale, que adota uma concepção político-sociológica para a Constituição, entende que a Constituição real de um país é formada “pelos fatores reais do poder” e que o documento denominado de Constituição – a Constituição jurídica – é mero “pedaço de papel”. Defende que “as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas” (HESSE, 1991, p. 9). A Constituição real de um país resulta dos fatores reais de poder que estão em jogo na sociedade; seria um reflexo das relações de poder dominantes num país, como o poder militar (das Forças Armadas), o poder social (dos latifundiários), o poder das grandes indústrias e do capital (econômico) e o poder intelectual (HESSE, 1991).

Para Lassale (apud HESSE, 1991), a Constituição jurídica, ou seja, a “mera folha de

---

<sup>1</sup> O trabalho foi apresentado no XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos.

papel”, cede aos fatores reais de poder da sociedade quando em conflito com eles. E, para Hesse (1991, p. 9-10), esse pensamento – expresso ou implícito – ainda é presente. É “que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, [...] a normatividade submete-se à realidade fática”.

Porém, depois de admitir que a ideia defendida por Lassale ainda permanece viva, que a Constituição jurídica é submetida à Constituição real, Hesse (1991) começa a apresentar a sua contra-argumentação e afirma que, se realmente a Constituição jurídica se submete à Constituição real, se a normatividade se submete aos fatores reais do poder, o Direito Constitucional (Ciência da Constituição) não poderá mais ser tratado como ciência normativa, como ciência do dever ser, e sim como ciência do ser. Caso fosse admitido que a Constituição real é decisiva, ocorreria a descaracterização da Ciência da Constituição (Direito Constitucional) como ciência jurídica.

O autor, então, afirma que esse pensamento deixaria de ter fundamento caso pudesse ser admitido “que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”, caso seja admitida a força normativa da Constituição. Questiona se, ao lado da força dos fatores reais do poder, não existe também a força própria da Constituição, uma força normativa da Constituição (HESSE, 1991, p. 11). Em busca de uma resposta, Hesse (1991, p. 13) pondera que, a princípio, deve ser considerada a influência recíproca entre a realidade política e social e a Constituição jurídica. Assim, as limitações e as possibilidades de aplicação da Constituição jurídica devem ser levadas em consideração. E devem também ser analisados “os pressupostos de eficácia da Constituição”.

Aponta que a análise feita apenas de um ou outro aspecto isoladamente não trará uma so-

lução correta. Não se conseguirá uma resposta acertada ao questionamento levantado, não se conseguirá avançar se for feita uma “radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*)”. Uma radical separação entre o plano da realidade e o plano normativo levará, conseqüentemente, “aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo” (HESSE, 1991, p. 13-14).

A Constituição não é mero reflexo da realidade política e social, não é somente “expressão de um ser, mas também de um dever ser”, pois a Constituição, além de ser influenciada pelas forças políticas e sociais, exerce influência sobre elas – ou seja, é ao mesmo tempo condicionada e condicionante dessa realidade política e social. Deve-se levar em conta que a Constituição é determinada pelas condições políticas e sociais, como também se deve considerar a sua normatividade; portanto, a Constituição também é determinante da realidade (HESSE, 1991, p. 15).

Para se compreenderem os limites e as possibilidades de realização da Constituição, deve-se sopesar a relação de coordenação entre a Constituição jurídica e a Constituição real. A força normativa da Constituição não advém apenas da sua vinculação a uma dada realidade concreta; a Constituição jurídica pode estabelecer tarefas, apesar de por si mesma não poder realizar nada, e passa a ter força ativa quando as tarefas estabelecidas são realmente consolidadas. A Constituição jurídica adquire força ativa quando há uma vontade de se concretizar o que foi ordenado por ela, quando existe a vontade de se comportar conforme ao que foi imposto (HESSE, 1991).

Hesse (1991, p. 19) conclui que a Constituição passa a ter força ativa quando há na consciência coletiva a “vontade de Constituição” além da “vontade de poder”, quando há a “vontade de

Constituição”, principalmente, “na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional”. Hesse (1991) aponta os requisitos necessários para o desenvolvimento da força normativa da Constituição. Segundo ele, a Constituição desenvolverá otimamente a sua força normativa quanto maior for a correspondência entre o seu conteúdo e a realidade presente, pois, assim, adquirirá na consciência coletiva o seu apoio e proteção; mas também aponta ser necessário que ela esteja apta a adequar-se às transformações advindas nas realidades sociais, políticas e econômicas.

Além do conteúdo, aponta a sua práxis como requisito para o desenvolvimento de maneira ótima da força normativa da Constituição; a “vontade de Constituição” deve estar presente na consciência de “todos os partícipes da vida constitucional”. O respeito à Constituição é fundamental, ainda que para isso seja necessário o sacrifício de um interesse ou vantagem (HESSE, 1991, p. 21-22).

A revisão constitucional pode abalar a força normativa da Constituição quando realizada frequentemente, já que a desestabiliza. E a interpretação constitucional é decisiva para a estabilidade da força normativa da Constituição: na interpretação, os fatos condicionantes devem ser considerados numa relação com o sentido da proposta constitucional; quando ocorrer uma mudança dos fatos, a interpretação constitucional também poderá ser passível de modificação, mas o sentido do texto, o sentido da proposição normativa deve ser considerado como um limite. Uma mudança fática não poderá ser sobreposta à finalidade “de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa”. A revisão constitucional, então, tornar-se-á necessária quando o sentido de uma norma constitucional não pode mais ser aplicado em virtude de transformação ocorrida na realidade fática (HESSE, 1991, p. 22-23).

Quanto maior for o convencimento das pessoas de que têm maior responsabilidade sobre a vida constitucional, sobre a inviolabilidade da Constituição, maior a força normativa da Constituição; a força ativa da Constituição é tanto mais efetiva quanto mais intensa a “vontade de Constituição”. No entanto, Hesse afirma que a Constituição tem a sua força normativa abalada quando não mais corresponde à realidade, quando o sentido da proposição normativa inevitavelmente se torna inaplicável devido a transformações ocorridas na realidade fática (HESSE, 1991, p. 24-25). Aponta também que nem sempre a Constituição jurídica perderá a sua força normativa quando ocorrer o conflito entre ela e a Constituição real. Nem sempre a Constituição jurídica sucumbirá, pois às vezes os requisitos necessários para o desenvolvimento da força normativa da Constituição são realizáveis. Depois, Hesse (1991, p. 25-27) conclui que o Direito Constitucional é uma ciência jurídica cuja finalidade é

dar ênfase à força normativa da Constituição; é uma disciplina científica que deve “despertar e preservar a vontade da Constituição”.

Agora, buscar-se-á confrontar a concepção de ativismo judicial adotada e a tese analisada. Sabe-se que, com o surgimento do Estado Constitucional de Direito, a Constituição ganhou força normativa; com a redemocratização do País e o advento da CRFB/1988, foi consolidada a concepção de que a Constituição deve ser considerada como norma superior e imperativa. Ampliou-se a aceitação da força normativa da Constituição. Ocorreu a ampliação do recurso à jurisdição constitucional.

O Poder Judiciário é o encarregado de garantir a superioridade da Constituição, verificando a constitucionalidade dos atos dos demais poderes. A CRFB/1988 apresenta regras e normas com estrutura de princípios. Sem dúvida, a presença de princípios e de conceitos indeterminados em seu texto acarretou a expansão da jurisdição constitucional, pois tornou mais necessária a atuação do intérprete e do aplicador da Constituição, visando concretizar suas disposições. Então, a expansão da jurisdição constitucional foi ocasionada pela própria estrutura da Constituição.

Contudo, ao se analisar a tese da força normativa da Constituição em Hesse (1991), percebe-se que o próprio autor – ao apontar que a interpretação da Constituição é importante para se manter a estabilidade de sua força normativa – menciona que tal atividade encontra limites no sentido da proposição normativa, pois o sentido do texto é um limite para a sua interpretação. Por conseguinte, o que se percebe é que, para a garantia da própria força normativa da Constituição, o Poder Judiciário, como intérprete e aplicador da Constituição, não deve contrariar o estabelecido no texto da Constituição.

Ainda que tenha ocorrido a expansão da jurisdição constitucional, em razão da própria estrutura da Constituição, já que prevalece o entendimento de que o texto constitucional é composto por normas com maior grau de abstração (normas principiológicas) e conceitos indeterminados, não há – segundo Hesse (1991) – permissão aos responsáveis por sua interpretação para ultrapassar os limites constitucionais; não há permissão para, em nome da aplicação de princípios, realizar interpretações que violem a proposição normativa. A Constituição passa a ter força normativa e deve ser respeitada pelo Poder Judiciário. Com a sua violação, em virtude da não conformação com o que foi estabelecido em seu texto, ocorre a desestabilização da força normativa da Constituição.

Segundo Hesse (1991), os fatos condicionantes devem ser avaliados em conformidade com o sentido da proposição constitucional e, acontecendo uma mudança fática, a interpretação constitucional é mutável – desde que se respeite o sentido do texto, o sentido da proposição nor-

mativa. Sendo impossível a aplicação do sentido da proposição normativa, será necessária uma revisão constitucional. Todavia, ressalte-se que a revisão não é ato do Poder Judiciário, que não tem competência para isso.

A jurisdição constitucional expandiu-se, e a judicialização da política é consequência das modificações estruturais ocorridas, mas o ativismo judicial não: ele decorre de uma escolha feita pelos membros do Poder Judiciário. Conclui-se que a judicialização da política é inevitável, em virtude dos modelos de Constituição e de controle de constitucionalidade adotados.

O ativismo judicial é uma opção de comportamento a ser adotado pelo magistrado além dos limites permitidos pela Constituição; ao buscar o sentido e o alcance do texto de forma mais expansiva, o Poder Judiciário exerce uma invasão na competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Para Hesse (1991), os limites do texto devem ser observados. Assim, o Poder Judiciário não pode ir além desses limites<sup>2</sup>. Quando o texto constitucional organiza os poderes delimitando as suas funções, elas devem ser exercidas dentro dos limites traçados. Não há permissão para o exercício do ativismo judicial quando se tem como limite o sentido da proposição normativa e nesta se determina o respeito ao princípio da separação de Poderes. Com o exercício do ativismo judicial, a Constituição perde sua força normativa, em razão da sua desestabilização.

Ocorrendo a transformação dos fatos e não mais sendo possível a aplicação da proposição constitucional, Hesse (1991) sugere a revisão do seu texto. E sabe-se que o Poder competente para isso não é o Poder Judiciário. Segundo Hesse (1991), quanto maior a consciência de

respeitabilidade da Constituição, maior a força normativa da Constituição. Quanto maior a “vontade de Constituição”, maior a sua força ativa. O autor propõe que quanto maior o respeito ao sentido do texto constitucional, quanto maior a consciência da sua inviolabilidade pelo Poder Judiciário, maior será a força normativa da Constituição.

Quando o Poder Judiciário opta por se comportar de maneira ativista, opta por não concretizar o que foi imposto pela Constituição, que ganha força não apenas da sua vinculação à realidade concreta, mas também da vontade de comportar-se conforme o que foi estabelecido por ela. Os órgãos do Poder Judiciário são os principais responsáveis pela supremacia constitucional, de modo que a “vontade de Constituição” deve estar presente em suas consciências: o Poder Judiciário deve respeitar os limites semânticos constitucionais e evitar a postura ativista.

Para reforçar o pensamento de Hesse (1998), entende-se ser importante mencionar que, em sua obra *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, o autor estabeleceu os princípios da interpretação que orientam o procedimento de concretização das normas constitucionais. São eles: o princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática, o princípio da exatidão funcional, o princípio do efeito integrador e o princípio da força normativa da Constituição<sup>3</sup>.

Segundo o princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais devem ser consideradas como parte integrante de um todo e assim interpretadas em harmonia com as outras normas também constitucionais. O

<sup>2</sup>No mesmo sentido, ver Müller (2005, p. 64). Ele é também defensor de uma metódica estruturante e posicionou-se apontando que não são aceitáveis as decisões judiciais contrárias ao sentido literal do texto constitucional.

<sup>3</sup>Para melhor compreensão de todos esses princípios, recomenda-se a leitura da obra do próprio autor, como também o livro *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, de Müller (2005) ou ver o artigo de Sá (2010) *Semelhanças e dessemelhanças da interpretação constitucional com relação à interpretação jurídica em geral*.



princípio da concordância prática está vinculado ao anterior e também ao da proporcionalidade, pois determina a mesma valoração para todos os bens juridicamente protegidos; deve-se buscar harmonizá-los e evitar a total exclusão de um em proveito do outro no caso de conflito entre eles – muito embora, destaque-se, possa haver situações em que tal harmonização não se mostre possível, que um bem possa vir a ceder diante de outro, em determinado caso concreto. O princípio da exatidão funcional estabelece que a organização de Poderes assegurada pela Constituição deve ser respeitada na atividade do intérprete, ou seja, deve ser obedecida a divisão de funções fundamentais do Estado. Isso impõe atribuir ao legislador democraticamente eleito a primazia na concretização da Constituição e na harmonização de bens e direitos. Poderá o Judiciário, eventualmente, apurar se houve abusos em tal atividade. Por sua vez, o do efeito integrador, também associado ao da unidade da Constituição, busca assegurar a unidade política: o intérprete deve levar em consideração a interpretação mais propícia à integração social e política, ao passo que a força normativa da Constituição determina que a interpretação constitucional deve acompanhar a evolução da sociedade para garantia da eficácia e permanência da Constituição<sup>4</sup>.

Com a análise dos princípios da interpretação constitucional apontados por Konrad Hesse, reforça-se o entendimento – à luz do seu pensamento – de que não há permissão para o ativismo judicial, pois não se pode aceitar uma interpretação que viola outra norma constitucional, como a que assegura a separação dos Poderes. O Poder Judiciário, ao interpretar o texto constitucional, deve manter-se no exercício das funções a ele atribuídas e não pode violar a divisão de funções estabelecidas, não podendo

optar por uma interpretação que viole função do Legislativo ou do Executivo.

## 4 Conclusão

Em face dos modelos de controle de constitucionalidade e de Constituição adotados, a judicialização da política tornou-se fato que não se pode evitar. Porém, diferentemente do ativismo judicial, o fenômeno não diz respeito a uma vontade, a uma escolha feita pelos magistrados.

Não existe consenso sobre o que é o ativismo judicial; defende-se que a criação judicial do direito não pode ser confundida com o ativismo judicial, pois a concretização da Constituição diferencia-se do “decisionismo”.

O ativismo judicial, neste trabalho, é tratado apenas em uma conotação negativa, pois é considerado uma opção de comportamento a ser adotado pelo Poder Judiciário além dos limites impostos pela Constituição. Portanto, como um ato de vontade, uma escolha feita pelos magistrados. Uma postura ativa de interpretar a Constituição além dos limites constitucionais, ocorrendo, conseqüentemente, uma violação das funções dos outros dois Poderes.

Mesmo que tenha ocorrido a expansão da jurisdição constitucional, em razão da própria estrutura da CRFB/1988, pois o texto constitucional é composto por normas com maior grau de abstração (normas principiológicas) e conceitos indeterminados, conclui-se que, segundo Hesse (1991), não há permissão para os responsáveis por sua interpretação irem além dos limites constitucionais, nem para, em nome da concretização de princípios, chegarem a interpretações que violam a própria Constituição. O Poder Judiciário deve respeitar o limite semântico do texto constitucional, levando em conta que quanto maior a consciência de respeitabilidade da Constituição maior a sua força normativa.

<sup>4</sup> Para mais detalhes, ver Sá (2010, p. 67-79).

Reforça-se mais ainda essa conclusão quando também se considera que, em outra obra, Hesse (1998) apontou os princípios da interpretação constitucional e que, segundo o entendimento firmado nesses princípios, percebe-se que não há margem para o ativismo judicial.

## Sobre os autores

Eduardo Rocha Dias é doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professor do programa de mestrado e doutorado da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal da Advocacia-Geral da União, Fortaleza, CE, Brasil. E-mail: eduardordias@hotmail.com

Fabiana Costa Lima de Sá é mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; doutoranda do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; professora do Centro Universitário Estácio-FIC, Fortaleza, CE, Brasil. E-mail: fabianacl.sa@gmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 165-179, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p165](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p165)

(APA)

Dias, E. R., & Sá, F. C. L. de (2020). O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(225), 165-179. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p165](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p165)

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn] Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012a. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 31 maio 2019.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012b.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 48. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Saraiva de Legislação).

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e da interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO,

Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica: IDP, 2000. p. 15-102.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 72, p. 123-153, mar./abr. 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* = Die normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

MARMOR, Andrei. Constitutional interpretation. *USC Law and Public Policy Research*, [s. l.], no. 04-4, p. 1-31, 2004. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=506302](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=506302). Acesso em: 31 maio 2019.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Tradução: Dimitri Dimoulis et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MAIA, Clarissa Fonseca. A separação dos poderes revisitada: entre a judicialização da política, o ativismo judicial e a retração do Legislativo. In: JORNADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO, 6., 2013, Fortaleza. *Anais* [...]. Fortaleza: Unifor, 2013.

RIBEIRO, Civana Silveira; ROCHA, Ana Paula Pinto da. A força normativa da Constituição defendida por Konrad Hesse como abertura para os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 11.; MOSTRA DE TRABALHOS JURÍDICOS CIENTÍFICOS, 7., 2014, Santa Cruz do Sul. *Anais* [...]. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2014. p. 1-20. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidsp/article/view/11707>. Acesso em: 31 maio 2019.

SÁ, Fabiana Costa Lima de. Semelhanças e dessemelhanças da interpretação constitucional com relação à interpretação jurídica em geral. *Revista Científico*, Fortaleza, v. 1, ano 10, p. 67-79, jan./jun. 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 73-113.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev., modificada e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.



# A doutrina da margem de apreciação e a educação sexual

Interights vs. Croácia

ANA MARIA D'ÁVILA LOPES

**Resumo:** A doutrina da margem de apreciação foi criada nos anos 60 pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos com base no reconhecimento de que, em casos envolvendo diretamente os valores culturais de determinada sociedade, o tribunal nacional está em melhores condições de decidir do que o tribunal internacional. Nessa linha, o presente artigo objetiva evidenciar a contribuição dessa doutrina na harmonização dos ordenamentos jurídicos internacionais e nacionais, em tempos em que os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos vêm ampliando sua atuação e levantando questionamentos sobre seus efeitos homogeneizantes. Para tal, escolheu-se o método de estudo de caso, optando-se por *Interights vs. Croácia*, sobre educação sexual e reprodutiva, decidido pelo Comitê Europeu de Direitos Sociais, em 2009. Ao final, verificou-se que, nesse caso, o uso da doutrina da margem de apreciação pelo Comitê permitiu salvaguardar os direitos envolvidos, sem que os valores culturais da sociedade croata fossem atingidos.

**Palavras-chave:** Margem de apreciação. Educação sexual. Comitê Europeu de Direitos Sociais. *Interights vs. Croácia*.

## The margin of appreciation doctrine and sexual education: *Interights v. Croatia*

**Abstract:** The margin of appreciation doctrine was created in the 1960s by the European Court of Human Rights from the recognition that, in cases directly involving the cultural values of a particular society, the national court is better able to rule than the international court. In this line, this article aims to highlight the relevance of this doctrine in the harmonization of international and national legal systems, at a time when international systems for the protection of human rights have been enhancing its performance and raising questions about its homogenizing effects. For this, we chose the case study method, selecting *Interights v.*

Recebido em 30/9/19  
Aprovado em 9/12/19

Croatia, on sexual and reproductive education, decided by the European Committee on Social Rights in 2009. In the end, it was found that the Committee's use of the margin of appreciation doctrine, in this case, allowed to safeguard the rights involved, without the cultural values Croatian society were hit.

**Keywords:** Margin of appreciation. Sex education. European Committee on Social Rights. *Interights v. Croatia*.

## Introdução

Os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos vêm ampliando e fortalecendo sua atuação como forma de garantir sua própria efetividade. Contudo, o crescimento desses sistemas tem levantado questionamentos sobre seus limites, em face da diversidade cultural da humanidade. Estariam esses sistemas homogeneizando culturalmente as sociedades?

Nesse contexto, o presente trabalho objetiva discutir a importância da doutrina da margem de apreciação como mecanismo que salvaguarda um espaço mínimo de atuação dos Estados, diante das interpretações normativas homogeneizantes que vêm sendo adotadas pelos tribunais internacionais.

Com essa finalidade foi realizada pesquisa bibliográfica e documental na doutrina nacional e internacional, bem como na legislação e jurisprudência do Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEDH), marco de criação da doutrina da margem de apreciação. Escolheu-se o método do estudo de caso, por se considerar ser esse o mais adequado para a compreensão dos parâmetros e das repercussões da aplicação da margem de apreciação.

O trabalho foi dividido em três seções. Na primeira, apresentam-se os aspectos histórico-normativos do Comitê Europeu de Direitos Sociais (CEDS), cuja atuação ainda é pouco conhecida no Brasil. Em seguida, detalha-se a doutrina da margem de apreciação no que se refere a seus aspectos conceituais e aos principais pontos controversos relativos a sua aplicação. Finalmente, analisa-se o caso *Interights vs. Croácia* e expõem-se os principais argumentos levantados pelas partes e pelo Comitê, focando nos parâmetros, na potencialidade e no uso da doutrina da margem de apreciação como forma de contribuir para a harmonização dos sistemas internacionais e nacionais de proteção dos direitos humanos.

## 1 O Comitê Europeu de Direitos Sociais

O Comitê Europeu de Direitos Sociais, um dos órgãos do Sistema Europeu de Direitos Humanos, compõe, junto com os Sistemas Interamericano e Africano, os três sistemas regionais de direitos humanos existentes no mundo. Foi instituído pelo Conselho da Europa, com a aprovação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos<sup>1</sup> (CEDH), em 4 de novembro de 1950 (COUNCIL OF EUROPE, [2013]).

O Conselho da Europa é uma organização política composta por representantes dos Estados europeus, criada após a Segunda Guerra Mundial, por iniciativa do Comitê Internacional de Coordenação dos Movimentos para a Unidade Europeia. Em 1948, na Haia, esse Comitê se reuniu com o propósito de discutir a constituição de uma assembleia deliberante de representantes dos parlamentos nacionais, com a função de fixar as bases para a união econômica e política da Europa, golpeada pela guerra (VELASCO VALLEJO, 2008, p. 482). Contudo, o tratado de criação do Conselho da Europa foi assinado somente em 1949, em Londres, com a participação da Bélgica, Dinamarca, França, Holanda, Irlanda, Itália, Suécia, Noruega, de Luxemburgo e do Reino Unido (COUNCIL OF EUROPE, [2019]). Desde então, outros países foram aderindo ao Conselho, que atualmente é composto por 47 Estados europeus e tem sede em Estrasburgo, França.

Além da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que garante principalmente direitos civis e políticos, outro documento fundamental do Sistema Europeu de Direitos Humanos é a Carta Social Europeia (CSE), na qual estão consagrados os direitos sociais (COUNCIL OF EUROPE, 2006).

Adotada em 1961, a Carta Social Europeia tem sofrido, ao longo do tempo, várias alterações, a exemplo do Protocolo 1, de 1988, que acrescentou quatro novos direitos: direito à igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e formação sem discriminação baseada no sexo, direito à informação e consulta, direito de participar na determinação e aprimoramento das condições de trabalho e direito à proteção social das pessoas idosas; Protocolo 2, de 1991, que reestruturou a forma de supervisão da sua implementação; Protocolo 3, de 1995, que estabeleceu o mecanismo de reclamações coletivas. Finalmente, em 1996, a Carta sofreu uma importante revisão, que entrou em vigor em 1999 e que, paulatinamente, irá substituir a Carta de 1961 (JIMENA QUESADA, 2015).

---

<sup>1</sup> O nome oficial do documento é *Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*.

Todos os 47 Estados-membros do Conselho da Europa ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas apenas 34 ratificaram a Carta Social revisada de 1996 (COUNCIL OF EUROPE, [2019]), o que revela uma preocupante assimetria entre esses dois documentos, pois

dibuja claramente una especie de inadmissible Europa social a varias velocidades. En efecto, si el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH, actualmente modificado por 16 Protocolos) se adoptó para dotar de efectividad a algunos de los derechos consagrados por la Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948 (básicamente, derechos civiles y políticos), la CSE vino a completar el vacío en materia de derechos sociales para hacer realidad el principio de indivisibilidad y reforzar esa coherencia propugnada por la Declaración Universal (JIMENA QUESADA, 2015, p. 101).

Há outras assimetrias entre a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Carta Social Europeia: o Estado que ratifica a Convenção Europeia obriga-se a aceitar as denúncias individuais de violação de direitos; no caso da Carta Social, o Estado pode escolher se aceita ou não o mecanismo de reclamações coletivas instituído pelo Protocolo 3, de 1995. Por outro lado, a aplicação dos direitos da Convenção Europeia é imediata, ao passo que os direitos da Carta Social têm aplicação progressiva. Para proteção das disposições da Convenção Europeia, foi criado o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH); e para a Carta Social, apenas um Comitê, ainda que com funções jurisdicionais.

O Comitê Europeu de Direitos Sociais<sup>2</sup> é composto por 15 membros independentes e imparciais, eleitos pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa para um período de 6

anos, renováveis por uma única vez (COUNCIL OF EUROPE, 2007b). Assim como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos é o supremo intérprete da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Comitê Europeu de Direitos Sociais é o supremo intérprete da Carta Social Europeia. A natureza de sua atuação é considerada jurisdicional e suas decisões jurisprudência (JIMENA QUESADA, 2011, p. 201), equivalendo, pois, em termos substanciais, a um tribunal.

Cabe ao Comitê supervisionar a não violação da Carta Social. Para tal, vale-se de dois procedimentos: os relatórios anuais enviados pelos Estados-parte e as reclamações coletivas. No primeiro caso, a análise dos relatórios adquire a forma de “conclusões”, ao passo que, no segundo, caracterizado como um procedimento judicial contraditório, a análise do Comitê é considerada uma “decisão de fundo”.

O procedimento de reclamações coletivas foi introduzido pelo Protocolo 3, de 1995, no intuito de disponibilizar um mecanismo mais efetivo para o controle do cumprimento da Carta Social Europeia. Consta, no artigo 1 (COUNCIL OF EUROPE, 2006), que podem fazer reclamações coletivas as organizações nacionais e internacionais de empregadores e trabalhadores submetidas à jurisdição de Estado-parte, bem como ONGs internacionais reconhecidas como entidades consultivas pelo Conselho da Europa. Para Jimena Quesada (2015, p. 105), trata-se de um mecanismo com “enorme potencial de justiciabilidad y efectividad en su funcionamiento (una media de cuatro meses para pronunciarse sobre la admisibilidad y de siete meses para el fondo del asunto)”.

A reclamação deve ser apresentada por escrito, especificando a disposição da Carta que foi violada e em que medida o Estado não tem garantido a aplicação satisfatória de tal disposição (artigo 4). Deve ser dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, que confirmará seu

<sup>2</sup> Antes de 1998 era chamado “Comitê de Expertos Independentes”.



recebimento, notificará o Estado demandado e a remeterá imediatamente ao Comitê (artigo 5).

O Comitê Europeu de Direitos Sociais poderá solicitar às partes que, dentro de determinado prazo, encaminhem por escrito as observações relativas à admissibilidade da reclamação (artigo 6). Uma vez decidida a admissibilidade, o Comitê dará prazo para as partes enviarem todos os esclarecimentos e informações que entenderem pertinentes (artigo 7.1). Caso necessário, poderá ser marcada uma audiência com a presença dos representantes das partes (artigo 7.4).

Com base em todas as informações colhidas, o Comitê elaborará um relatório expondo as medidas adotadas e as conclusões (artigo 8.1). O relatório será encaminhado ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa, bem como às partes, que não poderão torná-lo público (artigo 8.2).

Após a análise do relatório, caso o Comitê de Ministros entenda que o Estado demandado não aplicou satisfatoriamente a Carta Social, adotará, por maioria de dois terços, uma recomendação (artigo 9) que o fará público. No relatório anual a ser enviado pelo Estado, deve constar manifestação da parte afetada sobre o atendimento dessa recomendação (artigo 10).

Desde a criação do mecanismo de reclamações coletivas, a proteção dos direitos sociais tem adquirido, na Europa, maior visibilidade e efetividade, e alguns importantes avanços concretos foram conquistados.

Y, a este respecto, sería muy sencillo encontrar ejemplos de sentencias del TEDH que han contado con verdaderos problemas de ejecución, hasta demorarse más de una década y, diversamente, decisiones del CEDS que se han ejecutado al cabo de pocos meses o han sido atendidas incluso por el Estado demandado durante la sustanciación del caso (JIMENA QUESADA, 2015, p. 102-103).

Um dos casos mais emblemáticos apreciados pelo Comitê Europeu de Direitos Sociais, decidido em 2009, é *Interights vs. Croácia*, sobre o direito à educação em saúde sexual e reprodutiva, sendo hoje considerado uma referência para a análise de outros casos nos quais se invoque a doutrina da margem de apreciação, conforme explicitado a seguir.

## 2 A doutrina da margem de apreciação

O processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos, iniciado com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, vem adquirindo novos contornos em busca do seu próprio aperfeiçoamento e da harmonização dos diferentes ordenamentos jurídicos envolvidos.

No âmbito do sistema regional europeu, por exemplo, a Convenção Europeia de Direitos Humanos passou, por meio do Tratado de Lisboa, de 2009, a ser também um dos documentos da União Europeia, simbolizando um relevante momento histórico de conciliação entre os interesses econômicos e a proteção dos direitos humanos (DEITOS, 2013). Contudo, a harmonização entre os ordenamentos internacionais e os nacionais no continente Europeu tem-se tornado cada vez mais complexa.

Essa adesão da União Europeia ao SEDH tem dado lugar à presença de vários níveis de proteção dos direitos humanos nos Estados europeus: constitucional, comunitário e regional, exigindo sua compatibilização a fim de manter a coerência dessa rede (Deitos, 2013), o que pode ser uma tarefa altamente complexa, considerando a ausência de consenso sobre o conteúdo de grande parte das normas previstas nos documentos internacionais (Roca, 2007) (LOPES; SANTOS JUNIOR, 2018, p. 40).

Diante dessa realidade, institutos como a doutrina da margem de apreciação vêm ganhando cada vez mais espaço, como forma de garantir o equilíbrio harmônico entres os diferentes ordenamentos.

A doutrina da margem de apreciação é considerada por Núñez Poblete e Acosta Alvarado (2012) um ato de “autocontenção”, por meio do qual um tribunal internacional reconhece que o tribunal nacional está em melhor posição para resolver determinado conflito. Para Barbosa Delgado (2012, p. 53), a margem de apreciação deve ser compreendida como

un reducto o “criterio” de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales. Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada.

Trata-se de um reflexo do princípio de subsidiariedade no âmbito do direito internacional de proteção dos direitos humanos, ou seja, do reconhecimento de serem os Estados os principais responsáveis pela proteção e promoção desses direitos.

A doutrina da margem de apreciação foi criada jurisprudencialmente pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Ensinam Saldanha e Brum (2015) que, em 1961, no caso *Lawless vs. Irlanda* (COUNCIL OF EUROPE, 1961), pela primeira vez o Tribunal Europeu reconheceu a possibilidade de um Estado não aplicar a Convenção Europeia dos Direitos Humanos em respeito a particularidades culturais próprias. No entanto, foi só anos mais tarde, em 1971, que a expressão “margem de apreciação” foi usada pela primeira vez. Isso aconteceu no caso *De Wilde, Ooms e Versyp*

vs. Bélgica (COUNCIL OF EUROPE, 1970), quando o Tribunal entendeu que o Estado belga tinha justificação razoável para limitar certos direitos em nome da ordem pública local e da moralidade (BARBOSA DELGADO, 2011). Desde seu surgimento, são três os âmbitos nos quais a margem de apreciação tem sido usada pelo Tribunal, conforme apontado por Benavides Casals (2009):

a) Na ponderação das circunstâncias invocadas para justificar a decretação de um estado de exceção que, consequentemente, autorizam a restrição do exercício de alguns direitos. A própria Convenção Europeia de Direitos Humanos prevê, no artigo 15, que, em caso de guerra ou outro perigo público que possa ameaçar a vida da nação, o Estado pode “tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e na condição de que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional” (COUNCIL OF EUROPE, [2013], p. 13-14, tradução nossa);

b) Na possibilidade de limitar os direitos contidos nos artigos 8 (vida privada e familiar), 9 (liberdade de pensamento, consciência e religião), 10 (liberdade de expressão) e 11 (liberdade de reunião e de associação) da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O Tribunal reconhece que certos âmbitos, como os protegidos por esses direitos, são “particularmente influenciados por las especificidades propias de cada sociedad. Tal es el caso de la moral” (BENAVIDES CASALS, 2009, p. 304), assim como nos casos em que não há consenso entre todos os Estados, não sendo possível interpretar a Convenção de forma única;

c) No conteúdo ou alcance de alguns direitos previstos na Convenção, tendo em vista o reconhecimento de certo grau de autonomia dos Estados para determinar seu conteúdo,

especialmente no caso do direito a contrair casamento (artigo 12), do direito à vida privada e familiar (artigo 8) e do direito à vida (artigo 2), por envolverem diretamente os valores de cada sociedade. A jurisprudência do Tribunal sobre esses direitos é rica e, sem dúvida, polêmica, especialmente no que se refere aos direitos de homossexuais, transexuais e embriões humanos.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a margem de apreciação não tem sido utilizada com igual intensidade. Benavides Casals (2009, p. 308, grifo do autor) afirma que o motivo é a tendência ao universalismo da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A diferencia del TEDH que ha elaborado la teoría del orden público europeo y de acuerdo a él, entre otros, aplica o no el consenso y el margen de apreciación de los estados, la Corte por su parte no ha elaborado una teoría de un orden público propiamente interamericano, tendiendo más bien a la universalidad y a ver un consenso universal aplicado a su jurisprudencia, al utilizar expresiones tales como *el corpus iuris internacional*.

Apesar disso, é possível encontrar algumas decisões tanto da Corte como da Comissão Interamericana de Direitos Humanos nas quais a margem de apreciação dos Estados foi discutida. A Comissão, por exemplo, em três casos (Álvarez Giraldo vs. Colômbia, de 1999; Sánchez Villalobos e outros vs. Costa Rica, de 2004; Chávez Cambronero vs. Costa Rica, de 2005 (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1999, 2004, 2005), restringiu a margem de apreciação dos Estados como forma de proteger os direitos de minorias. A Corte, por sua vez, no caso Perozo vs. Venezuela, de 2009 (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2009), fez uso, ainda que não de forma expressa, da margem de apreciação

ao reconhecer que a liberdade de expressão não era um direito absoluto, estando sujeito a restrições por parte de cada Estado (BARBOSA DELGADO, 2012).

A jurisprudência conflitante quanto ao uso da margem de apreciação nos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos mostra que o tema ainda não é um assunto pacífico e levanta uma série de perguntas. Questiona-se, por exemplo, quais exatamente seriam os valores das sociedades sobre os quais um tribunal internacional não se deveria pronunciar. Se o conflito envolve uma minoria historicamente discriminada, não caberia ao tribunal internacional se pronunciar de forma a exercer a função contramajoritária? Atribuir aos Estados a exclusividade de decidir sobre casos difíceis não seria uma maneira de reduzir o papel dos tribunais internacionais?

Perante esses questionamentos, autores como Contreras (2014) argumentam que tais disputas mostram que a relação entre os sistemas jurídicos nacionais e internacionais deve ser complementar. Afinal, as normas internacionais são parâmetros que, embora mínimos, devem servir de orientação aos Estados quando legislam, executam ou implementam seus ordenamentos internos, procurando um equilíbrio entre a salvaguarda dos direitos humanos e o respeito às singularidades culturais de cada nação, conforme posição do Comitê Europeu de Direitos Sociais no caso *Interights vs. Croácia*, exposto a seguir.

### 3 *Interights vs. Croácia* (Caso nº 45/2007)

O caso começou com a demanda apresentada pelo International Centre for the Legal Protection of Human Rights (*Interights*) ao Comitê Europeu de Direitos Sociais contra o Estado da Croácia, em 12 de outubro de 2007,

pela violação dos artigos 11.2<sup>3</sup> e 16<sup>4</sup> – separados e em combinação com a cláusula de não discriminação do Preâmbulo da Carta Social Europeia – e do artigo 17<sup>5</sup> do mesmo documento (COUNCIL OF EUROPE, 2009). Os argumentos levantados pelas partes, bem como a decisão do Comitê, são explicitados a seguir.

#### 3.1 Argumentos do *Interights*

Na demanda, o *Interights* afirma que, apesar de existirem na Croácia normas proibindo qualquer tipo de discriminação, inclusive por orientação sexual, bem como normas regulando o sistema educativo nacional, as políticas

<sup>3</sup>“Artículo 11 Derecho a la protección de la salud Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines: [...] 2 establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma” (COUNCIL OF EUROPE, 2006, p. 22).

<sup>4</sup>“Artículo 16 Derecho de la familia a protección social, jurídica y económica Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas” (COUNCIL OF EUROPE, 2006, p. 28).

<sup>5</sup>“Artículo 17 Derecho de los niños y adolescentes a protección social, jurídica y económica Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los niños y los adolescentes a crecer en un medio que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus aptitudes físicas y mentales, las Partes se comprometen a adoptar, bien directamente o bien en cooperación con las organizaciones públicas o privadas, todas las medidas necesarias y adecuadas encaminadas: 1 a. a garantizar a los niños y adolescentes, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus progenitores, los cuidados, la asistencia, la educación y la formación que necesiten, en particular disponiendo la creación o el mantenimiento de instituciones o servicios adecuados y suficientes a tal fin; b. a proteger a los niños y adolescentes contra la negligencia, la violencia o la explotación; c. a garantizar una protección y una ayuda especial por parte del Estado a los niños y adolescentes que se vean privados temporal o definitivamente del apoyo de su familia; 2 a garantizar a los niños y adolescentes una educación primaria y secundaria gratuita, así como a fomentar la asistencia regular a la escuela” (COUNCIL OF EUROPE, 2006, p. 28-29).

públicas relativas à educação em saúde sexual e reprodutiva de crianças e adolescentes vêm contrariando esses dispositivos.

Segundo o Interights, a educação em saúde sexual e reprodutiva na Croácia, por ser oferecida ou de forma fragmentada e integrada em várias disciplinas gerais (Biologia, Ciências Naturais, Ciências Sociais, Educação Física etc.) ou por meio de leituras eventuais e programas extracurriculares, resulta em ensinamentos incoerentes e inadequados, descumprindo o estabelecido na Carta Social Europeia. Além de dispersa em várias disciplinas, o total de horas dedicadas ao tema durante todo o ensino fundamental e médio (no máximo 42 horas) seria insuficiente. Por outro lado, seria baixa a adesão dos alunos às disciplinas optativas ou extracurriculares sobre o tema oferecidas em algumas escolas.

O Interights alega que o material utilizado seria cientificamente impreciso e apresentaria estereótipos de gênero. Contrariando a recomendação da Organização Mundial de Saúde, os textos escolares aconselhariam as mulheres a não consumir contraceptivos orais durante muitos meses. As mulheres seriam, na maioria das vezes, representadas como mães e únicas responsáveis pela criação dos filhos e associadas a atividades historicamente consideradas femininas, como donas de casa ou professoras. Nos livros de Biologia, as relações heterossexuais seriam apresentadas como “normais”, e a homossexualidade estigmatizada e associada à promiscuidade e ao incremento de doenças sexualmente transmissíveis.

O Interights salienta que esse tipo de conhecimento é difundido no Catholic religious teaching course e no curso extracurricular TeenStar. Nesses cursos, temas relativos a contraceptivos orais, preservativos e aborto são propositalmente excluídos, e a sexualidade é discutida somente no contexto do casamento.

Já a homossexualidade é descrita como uma sexualidade “pecaminosa”, equiparável à prostituição, ao incesto e ao transvestismo. No caso do curso TeenStar, além de se propagarem crenças sem base científica sobre os papéis psicosssexuais de homens e mulheres, os contraceptivos orais são apresentados apenas negativamente. Segundo o Interights, o Programa GROZD, do Ministério de Ciências, Educação e Desporto, a ser implementado em novembro de 2007 em escolas de ensino fundamental e médio como um programa piloto, seria discriminatório, e seu conteúdo científico incorreria nos mesmos erros que o TeenStar.

O Interights aponta ainda que os professores que vêm lecionando saúde sexual e reprodutiva são os de disciplinas gerais, como Biologia ou Ciências Naturais, não tendo recebido formação como educadores em sexualidade.

Em relação à forma de acompanhamento e avaliação da educação em saúde sexual e reprodutiva no currículo nacional e nos cursos extracurriculares, o Interights entende serem inadequados. A Education and Teacher Training Agency não teria pessoal suficiente (conta com apenas 107 assessores para cobrir 850 escolas de ensino fundamental e 430 do ensino médio), e o controle é somente quantitativo. O Programa TeenStar, facilmente encontrado na internet, não tem recebido qualquer acompanhamento por parte do Estado.

Finalmente, o Interights alega que a ausência de um programa adequado e bem estruturado de educação em saúde sexual e reprodutiva teria um grande impacto em crianças e adolescentes, resultando em diversas desvantagens, o que, especialmente no caso das meninas e jovens, contribuiria para aumentar as diferenças de gênero.

As argumentações foram acompanhadas de documentação, a exemplo de estudo que mostra que o uso de contraceptivos orais pelas

jovens da Croácia é menor que no resto da Europa, e que o número de pessoas com doenças sexualmente transmissíveis (HPV ou clamídia) está aumentando.

### 3.2 Argumentos do Governo

O Governo da Croácia inicia confirmando que a educação em saúde sexual e reprodutiva é oferecida integrada a outras disciplinas do currículo escolar (Ciências Naturais, Biologia etc.) e que, desde a reforma de 2006/2007, é considerada um dos pontos básicos e um dos objetivos da educação em geral, cuja implementação é realizada por meio da cooperação de expertos em saúde e educação. Em escolas católicas, em que o desejo dos pais de proporcionar aos filhos uma educação religiosa é respeitado, a educação em saúde sexual e reprodutiva é oferecida como disciplina optativa.

Segundo o Governo, a Education and Teacher Training Agency e o Instituto Nacional de Saúde Pública desenvolvem continuamente programas nas escolas de ensino fundamental e médio, sendo a carga horária dedicada à educação em saúde sexual e reprodutiva adequada e proporcional à das outras disciplinas. Além disso, na reforma implementada em 2006/2007, a carga horária foi aumentada.

No que se refere à acusação de oferecer um ensino sem base científica ou discriminatório, o Governo alega que age conforme o artigo 14 da Constituição da República da Croácia, no qual se garantem direitos e liberdades a todos, sem discriminação por motivo de raça, cor da pele, gênero, língua, religião, filiação política, origem social ou nacional, propriedade, nascimento, educação, posição social ou qualquer outra característica.

O Governo alega que as informações sobre sexualidade e reprodução que se encontram no currículo estão em concordância com as recomendações das instituições regionais e internacionais para a proteção dos direitos dos jovens, bem como atendem à legislação nacional sobre igualdade de gênero. Em relação a esse ponto, o Governo esclarece que os estudos apresentados pelo Interights se referem a textos de 2004 e que em 2007 foram aprovados novos *standards* para esse tipo de material (Act of Primary and Secondary Education Textbooks e Textbook Standard), que incluem critérios claros para promover a igualdade de gênero e erradicar qualquer forma de discriminação.

Para o Governo da Croácia, não seria também correto afirmar que o ensino nas escolas católicas é tendencioso e discriminatório. Pelo contrário, em relação a esses temas, o ensino religioso moderno seria tolerante e não interferiria nas decisões pessoais dos indivíduos. Isso incluiria a educação oferecida pelos cristãos ortodoxos e pelos muçulmanos.

A respeito do programa TeenStar, o Governo afirma que ele está presente em apenas 5 das 871 escolas de ensino fundamental e que os expertos médicos não têm levantado objeções contra sua implementação. Sobre o programa GROZD, afirma que ele foi escolhido como piloto após processo público de seleção e debate científico exaustivo, atendendo à legislação nacional e às obrigações internacionais assumidas pela Croácia.

No que se refere aos professores, o Governo assegura que têm formação adequada para as disciplinas curriculares e extracurriculares, que receberam formação gratuita e continuada da Education and Teacher Training Agency e atualmente estão sendo formados pelo programa piloto GROZD. Além disso, em 2006/2007, receberam também formação do National Institute of Public Health sobre prevenção do HIV/AIDS.

Finalmente, o Governo nega que a falta de educação em saúde sexual e reprodutiva afete mais as meninas, pois entende que a informação é também importante para os meninos. Além disso, as estatísticas mostram que, na Croácia, o índice de adultos com HIV/AIDS é menor que a média mundial, que os casos de gravidez indesejada de pessoas entre 15 e 19 anos têm diminuído e que o número de abortos legais se mantém estável.

### **3.3 Posição do Comitê Europeu de Direitos Sociais e o uso da doutrina da margem de apreciação**

Os argumentos do Interights e do Governo foram igualmente contestados pelo Comitê Europeu de Direitos Sociais, que inicia lembrando que o artigo 11.2 da Carta Social Europeia exige que os Estados proporcionem educação e meios para aumentar a consciência da sociedade sobre a saúde. Para tal, devem implementar políticas públicas concretas dirigidas à população em geral ou a determinados grupos afetados por problemas específicos. As medidas devem ser destinadas

também a prevenir atividades nocivas como fumar ou beber álcool em excesso. Há, portanto, uma obrigação positiva por parte dos Estados.

O Comitê entende que a estrutura mais apropriada para conseguir bons hábitos em saúde, além da família, é a escola. O objetivo geral da educação é transmitir conhecimentos que permitam aos alunos compreender a vida em suas múltiplas dimensões. Nesse sentido, o Comitê faz referência ao caso concreto da Recomendação nº R (88)7 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre a educação escolar em saúde e o papel da formação dos professores.

Nesse marco, o artigo 11.2 da Carta Social exige que se ofereça uma educação em saúde nas escolas<sup>6</sup>, devendo ser usado material sobre prevenção do uso do tabagismo e do álcool, bem como sobre segurança no trânsito, promoção de hábitos alimentares saudáveis, saúde sexual e reprodutiva e, especialmente, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, como HIV/AIDS.

No caso concreto, com base no artigo 11.2, o Comitê considera que a educação sobre saúde sexual e reprodutiva é um processo dirigido a desenvolver a capacidade de crianças e jovens de conhecer sua sexualidade nas dimensões biológica, psicológica, sociocultural e reprodutiva, de modo a permitir-lhes tomar decisões responsáveis.

Contudo, reconhece que as normas culturais e religiosas, as estruturas sociais, os ambientes escolares e os fatores econômicos variam nos diversos Estados europeus, o que afeta o conteúdo e a forma da educação em saúde sexual e reprodutiva. Com base em quais parâmetros, então, essa educação deve ser oferecida?

---

<sup>6</sup>O Comitê, com base na decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen vs. Dinamarca*, de 1976 (COUNCIL OF EUROPE, 1976), salientou que a obrigação dos Estados constante no artigo 11.2 não afeta o direito dos pais de formar, aconselhar ou guiar seus filhos por um caminho em concordância a suas convicções religiosas ou filosóficas.

Segundo o Comitê, a educação em saúde sexual e reprodutiva deve ser assegurada pelos Estados como parte do currículo escolar ordinário e com carga horária e meios adequados (professores, materiais etc.). A forma e o conteúdo do ensino, inclusive os métodos e planos, devem ser culturalmente apropriados, baseados nas evidências científicas atuais, isentos de censura, restrições ou distorções das informações em relação, por exemplo, aos contraceptivos orais e às diferentes maneiras de manter uma boa saúde sexual e reprodutiva. Os objetivos devem ser claros, e o Estado deve dispor de mecanismos de monitoramento e avaliação da educação em saúde sexual e reprodutiva, no intuito de verificar o atingimento das metas. Podem também ser oferecidos cursos extracurriculares e optativos (a exemplo do TeenStar), que não necessariamente devem atender aos mesmos requisitos que os cursos do currículo regular; entretanto, o conteúdo deve ser objetivo e não violar a cláusula de não discriminação do Preâmbulo da Carta Social Europeia.

Com base na cláusula de não discriminação, o Estado deve oferecer educação em saúde sexual e reprodutiva a meninos e meninas. A proibição de não discriminação abrange todo o processo educacional, incluindo a forma como a educação é transmitida e o conteúdo do material usado. Devem, também, ser evitados materiais que possam reforçar estereótipos que perpetuem preconceitos e a exclusão social de grupos tradicionalmente marginalizados ou que sofram discriminação permanente, bem como outras formas de desvantagem social que neguem a dignidade humana.

O Comitê Europeu de Direitos Sociais entende que os Estados têm ampla margem de discricção no que se refere à estrutura, tempo e organização da educação em sexualidade e reprodução. Considerou que o Interights não demonstrou de forma convincente a existência de um nexos causal entre a integração da educação em saúde sexual e reprodutiva nas disciplinas gerais e as consequências negativas dessa modalidade de ensino. Não apenas na Croácia, mas em outros Estados-partes da Carta, a educação sobre saúde sexual e reprodutiva é oferecida de forma integrada a outras disciplinas, a exemplo da Biologia.

Segundo o Comitê, os principais indicadores de saúde reprodutiva não mostram que a situação da Croácia seja pior que a de outros países do continente. A incidência de doenças sexualmente transmissíveis, por exemplo, é inferior à de outros países da região, conforme dados da Organização Mundial da Saúde. Segundo o World Health Organization collaborative cross-national study (WORLD HEALTH ORGANIZATION, c2008), a porcentagem de meninos e meninas croatas menores de 15 anos que declararam já terem tido relações sexuais é inferior à média de outros países examinados. Mais de 82% dos meninos



e mais do 84% das meninas menores de 15 anos afirmaram ter usado preservativos na última relação sexual, dado acima da média (meninos, 81%; e meninas, 72%, no continente europeu).

A respeito da carga horária, o Comitê entende que não lhe cabe fixar um número mínimo de horas, mas analisar cada caso concreto, levando em consideração o contexto e outros indicadores, como a prevalência de doenças sexualmente transmissíveis (incluindo HIV/AIDS), o uso de contraceptivos orais, a gravidez na adolescência etc. No caso da Croácia, o Comitê considerou reduzida a carga horária máxima de 42 horas dedicada ao tema, porém afirmou não ter ficado comprovado que os objetivos fixados no artigo 11.2 da Carta não tenham sido atingidos.

Em relação à formação e ao acompanhamento dos professores, o Comitê não encontrou dados que mostrassem violação ao artigo 11.2 da Carta. Sobre o material escolar, considera que não é da sua competência apreciar em detalhe o conteúdo curricular nacional. Reconhece, ainda, que o Governo da Croácia tem revisado e aprimorado o currículo escolar, não sendo possível afirmar, portanto, que contraria o artigo 11.2.

O Comitê Europeu de Direitos Sociais entende que as autoridades nacionais devem ter uma ampla margem de discricção no momento de determinar o material escolar culturalmente mais apropriado. No entanto, no caso concreto, considerou o material usado na Croácia tendencioso, discriminatório e degradante em relação às pessoas que não têm uma orientação sexual heterossexual. Após análise do texto escolar *Biologia 3: o processo da vida*, de uso obrigatório no ensino médio, verificou a presença das seguintes afirmações:

“Muitos indivíduos têm propensão a ter relações sexuais com pessoas do mesmo sexo (homossexuais – homens, e lésbicas – mulheres). Acredita-se que é culpa dos pais porque, com suas irregularidades nas relações familiares, impedem o desenvolvimento sexual correto das crianças. Hoje há evidências de que as relações homossexuais são a principal causa para a crescente disseminação das doenças sexualmente transmissíveis (e. g., AIDS)”, ou “A doença [AIDS] se propagou entre os grupos de pessoas promíscuas que frequentemente trocam de parceiro sexual. Essas pessoas são homossexuais porque têm contatos sexuais com numerosos parceiros, usuários de drogas que compartilham seringas infectadas e prostitutas” (COUNCIL OF EUROPE, 2009, tradução nossa).<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> “Many individuals are prone to sexual relations with persons of the same sex (homosexuals – men, and lesbians – women). It is believed that parents are to blame because they impede their children’s correct sexual development with their irregularities in family relations. Nowadays it has become evident that homosexual relations are the main culprit for increased spreading of sexually transmitted diseases (e.g. AIDS), or “The disease [AIDS] has spread amongst promiscuous groups of people who often change their sexual partners. Such people are homosexuals because of sexual contacts with numerous partners, drug addicts because of shared use of infected drug injection equipment and prostitutes”.

Segundo o Comitê, essas afirmações estigmatizam homossexuais e lésbicas e estão fundadas em estereótipos negativos, distorcidos, censuráveis e degradantes em torno das condutas sexuais dos homossexuais. Assim, o Comitê sustenta que tais declarações atacam a dignidade humana, não têm lugar na educação sexual e reprodutiva, e sua inclusão em materiais educacionais constitui uma clara violação ao artigo 11.2 e ao princípio de não discriminação previsto no Preâmbulo da Carta Social Europeia. Embora não negue a presença das declarações citadas no material escolar, o Governo croata afirma que os currículos estão de acordo com as leis domésticas e internacionais.

Ao aprovar ou permitir oficialmente o uso de material escolar que contém declarações discriminatórias, o governo da Croácia perpetua preconceitos, contribui para a exclusão social e para a negação da dignidade humana. Conforme determinado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em *Folgerø e outros vs. Noruega*, de 2007 (COUNCIL OF EUROPE, 2007a), as obrigações do Estado não são apenas negativas, mas também positivas. Nesse sentido, o Governo da Croácia estaria fracassando na sua obrigação positiva de proteger o direito à saúde sexual e reprodutiva.

Em relação às escolas religiosas católicas e aos cursos extracurriculares apontados pelo Interights, o Comitê Europeu de Direitos Sociais entende que, apesar de terem sido aprovados pelo Estado, eles não substituem a educação ordinária do plano de estudos. De qualquer forma, não podem ser avaliados com o mesmo rigor que as atividades curriculares ordinárias. Assim, o Comitê considera não ser necessário, no caso desses cursos opcionais, pronunciar-se sobre os limites daquilo que poderia ser considerado aceitável ou não.

A respeito da acusação de os textos escolares perpetuarem estereótipos de gênero, o Comitê entendeu ser essa uma afirmação imprecisa e não desenvolvida suficientemente. Embora os textos apontados pelo Interights levantem dúvidas sobre o assunto, não seriam suficientes para afirmar que contrariam o artigo 11.2, assim como não teria sido demonstrado que esses estereótipos afetem mais as meninas que os meninos; portanto, não foi provada a violação dos artigos 16 e 17.

Após essa explanação argumentativa, o Comitê concluiu, em 9 de setembro de 2009, que o Estado da Croácia violou o artigo 11.2 e a cláusula de não discriminação prevista no Preâmbulo da Carta Social Europeia, ao permitir a presença de frases claramente discriminatórias contra homossexuais em alguns textos escolares. Contudo, considerou não terem sido violados os artigos 16 e 17, na medida em que reconheceu a ampla margem de apreciação do Estado da Croácia no que se refere à forma de implementar as obrigações positivas constantes na Carta Social,

especificamente sobre educação em saúde sexual e reprodutiva, visto ser de competência de cada Estado determinar o que pode ser culturalmente apropriado.

En conclusión, tal y como se ha expuesto, el Comité permite un amplio margen de apreciación a los Estados en cuanto a las obligaciones positivas, pero de ningún modo permite ninguna disposición, texto o actitud que implique una discriminación por razón de orientación sexual y más si éstas van dirigida a los niños y niñas en el marco de la educación escolar general ofrecida por el propio Estado. Con ello seguramente se ayuda a garantizar también la diversidad basada en la orientación sexual se consolide en las escuelas (AGUILERA VAQUÉS, 2015, p. 263).

Verifica-se, portanto, a relevância da doutrina da margem de apreciação no contexto de atuação dos tribunais internacionais, ao permitir salvaguardar os direitos humanos internacionalmente previstos, mas em harmonia com as particularidades culturais – inclusive as religiosas – próprias de cada Estado, sem implicar qualquer forma de desproteção às minorias ou aos grupos em situação de vulnerabilidade.

## Conclusão

A doutrina da margem de apreciação foi criada nos anos 60 pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e é considerada um critério hermenêutico, derivado do princípio da subsidiariedade do Direito Internacional. Trata-se de uma forma de autocontenção dos próprios tribunais internacionais, que reconhecem serem os tribunais nacionais os mais indicados para resolver casos envolvendo diretamente valores e práticas culturais locais.

No presente artigo, para evidenciar a contribuição da doutrina da margem de apreciação na harmonização da proteção internacional dos direitos humanos e as particularidades culturais de cada Estado, abordou-se o caso *Interights vs. Croácia* sobre educação em saúde sexual e reprodutiva, decidido pelo Comitê Europeu de Direitos Sociais, em 2009.

No caso específico, demonstrou-se que alguns textos escolares croatas continham afirmações claramente discriminatórias e perpetuadoras de estereótipos contra as pessoas homossexuais, o que é totalmente incompatível com o artigo 11.2 e a cláusula de não discriminação prevista no Preâmbulo da Carta Social Europeia.

Contudo, o Comitê Europeu de Direitos Sociais concluiu pela não violação dos artigos 16 e 17 da Carta Social Europeia, na medida em que reconheceu a margem de apreciação do Estado da Croácia para implementar as obrigações positivas relacionadas à educação em saúde

sexual e reprodutiva (disciplina independente ou integrada, carga horária dedicada ao ensino da matéria, flexibilidade do conteúdo das disciplinas extracurriculares ou optativas, formação especializada ou não dos professores, conteúdo das disciplinas em concordância com as particulares culturais, incluindo religiosas etc.) em harmonia com suas próprias práticas culturais, mas sem admitir conteúdos discriminatórios ou reforçadores de estereótipos de gênero, haja vista serem incompatíveis com o pleno respeito à dignidade humana.

### Sobre a autora

Ana Maria D'Ávila Lopes é doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professora titular do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) (PQ2). Apoio: Edital Universal 1/2016 – CNPq.  
E-mail: anadavilalopes@unifor.br

### Como citar este artigo

(ABNT)

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A doutrina da margem de apreciação e a educação sexual: Interights vs. Croácia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 181-198, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p181](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p181)

(APA)

Lopes, A. M. D'A. (2020). A doutrina da margem de apreciação e a educação sexual: Interights vs. Croácia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(225), 181-198. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225\\_p181](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p181)

### Referências

AGUILERA VAQUÉS, Mar. El Comité de la Carta Europea de Derechos Sociales ante el derecho a la educación y la prohibición de discriminación por orientaciones sexuales distintas (decisión del CEDS Interights v. Croatia sobre contenidos de los currículums educativos). In: CAICEDO MACHO, Natalia; MOYA MALAPEIRA, David (coord.). *Diversidad cultural e interpretación de los derechos: estudios de casos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015. (Estudios Políticos). p. 21-62.

BARBOSA DELGADO, Francisco R. *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática*.

Ciudad de México, DF: UNAM, 2012. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3160/7.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 26, p. 107-135, enero/jun. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n26/n26a05.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 15, n. 1, p. 295-310, 2009. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2019.

CONTRERAS, Pablo. Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 20, n. 2, p. 235-274, 2014. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n2/art07.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2019.

COUNCIL OF EUROPE. *Carta Social Europea*. Estrasburgo: COE, 2006. Disponível em: <https://rm.coe.int/168047e013>. Acesso em: 18 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Chart of signatures and ratifications of Treaty 163: European Social Charter (revised)*. Strasbourg: COE, [2019]. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163/signatures>. Acesso em: 18 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. European Committee of Social Rights. *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia: Complaint No. 45/2007*. Report to the Committee of Ministers. Strasbourg: COE, 2009. Disponível em: <https://rm.coe.int/16805d1689>. Acesso em: 18 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights. *Case of Folgerø and others v. Norway: (Application no. 15472/02)*. Strasbourg: COE, 2007a. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-81356"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 19 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights. *Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark: (Application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72)*. Strasbourg: COE, 1976. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57509"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 19 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights. *Case of Lawless v. Ireland (No. 3): (Application n° 332/57)*. Strasbourg: COE, 1961. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57518"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 19 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights. *Cases De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium: (Application no. 2832/66; 2835/66; 2899/66)*. Strasbourg: COE, 1970. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57605"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 19 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Strasbourg: COE, [2013]. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf). Acesso em: 18 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *La Carta Social: en resumen*. Strasbourg: COE, 2007b. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/dv/chartesocialedepliant-/CharteSocialedepliant-es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/chartesocialedepliant-/CharteSocialedepliant-es.pdf). Acesso em: 18 dez. 2019.

DEITOS, Marc Antoni. A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos: rumo a uma quarta camada de proteção dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 7, n. 24, p. 113-133, jul./set. 2013. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v7i24.250>. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/250>. Acesso em: 18 dez. 2019.

JIMENA QUESADA, Luis. Educación sexual y no discriminación en la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, [s. l.], n. 17, p. 197-219, enero/jun. 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3774258>. Acesso em: 18 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el Sistema Internacional de Derechos Humanos y en los ordenamientos nacionales. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, [s. l.], n. 25, p. 99-127, enero/jun. 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5264972>. Acesso em: 18 dez. 2019.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de convencionalidade e margem de apreciação nacional: (in)compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 14, n. 81, p. 35-54, maio/jun. 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2866>. Acesso em: 18 dez. 2019.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coord.). *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales e nacionales*. Ciudad de México, DF: UNAM, 2012. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3160-el-margen-de-apreciacion-en-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos-proyecciones-regionales-y-nacionales>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe nº 25/04: Petición 12.361: admisibilidad: Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros [vs.] Costa Rica*. [S. l.]: CIDH, 2004. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/CostaRica.12361.htm>. Acesso em: 19 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe nº 50/05: Petición 369-04: admisibilidad: Jorge Luis Cháves Cambronero [vs.] Costa Rica*. [S. l.]: CIDH, 2005. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/CostaRica369.04sp.htm>. Acesso em: 19 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe nº 71/99: Caso 11.656: Marta Lúcia Álvarez Giraldo [vs.] Colombia*. [S. l.]: CIDH, 1999. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Colombia11656.htm>. Acesso em: 19 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. [S. l.]: CorteIDH, 2009. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_195\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf). Acesso em: 19 dez. 2019.

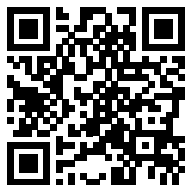
SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, DF, v. 15, p. 195-238, enero/dic. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.amdi.2015.06.003>. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>. Acesso em: 18 dez. 2019.

VELASCO VALLEJO, Manuel Díez de. *Las organizaciones internacionales*. 15. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Inequalities in young people's health: HBS international report from the 2005/2006 survey*. Edinburgh: CAHRU, c2008. (Health Policy for Children and Adolescents, n. 5). Disponível em: [http://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0005/53852/E91416.pdf?ua=1](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/53852/E91416.pdf?ua=1). Acesso em: 29 jan. 2020.

Acesse todas as edições da  
Revista de Informação Legislativa

[www.senado.leg.br/rii](http://www.senado.leg.br/rii)



Acesse todas as edições da  
Revista de Informação Legislativa

[www.senado.leg.br/rii](http://www.senado.leg.br/rii)

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X



9 770034 835008 00225