



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Ano 59

233

janeiro a março de 2022

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2021 – 2022

Senador Rodrigo Pacheco

PRESIDENTE

Senador Veneziano Vital do Rêgo

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romário

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Irajá

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Elmano Férrer

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Rogério Carvalho

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Weverton

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Jorginho Mello

Senador Luiz do Carmo

Senadora Eliziane Gama

Senador Zequinha Marinho



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 59

233

janeiro a março de 2022

SENADO FEDERAL





MISSÃO

A *Revista de Informação Legislativa* (RIL) é uma publicação trimestral, produzida pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Publicada desde 1964, a *Revista* tem divulgado artigos inéditos, predominantemente nas áreas de Direito e de Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, 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: Gustavo A. Sabóia Vieira

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Rafael André Chervenski da Silva

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Brito Vieira. EDITOR EXECUTIVO: Raphael Melleiro. GESTÃO DE SUBMISSÃO: Glaucia Cruz. REVISÃO: Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO: Gilmar Rodrigues e Rejane Campos. Não são objeto de revisão artigos ou segmentos de texto redigidos em língua estrangeira.

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

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

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

Trimestral.

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

ISSN 0034-835X (Impresso)

ISSN 2596-0466 (Online)

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Bloco 8, Mezanino, Setor 11
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

CONSELHO

Dr. Bruno Dantas Nascimento, Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, 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, 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, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roger Stiefelmann Leal, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wremyr Scliar, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

PARECERISTAS

Dr. Adrualdo de Lima Catão, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Freire Pimentel, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Ana Claudia Santano, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 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 Henrique Graciano Suxberger, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Me. Caio Alexandre Capelari Anselmo, Ministério Público Federal, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Augusto Daniel Neto, Centro de Estudos de Direito Econômico e Social, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Cesar Rodrigues van der Laan, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Me. Clay Souza e Teles, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Ma. Daiana Fagundes dos Santos Carboni, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Espanha / Me. Daniel Bogéa, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Me. Danilo Augusto Barboza de Aguiar, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Dircêo Torrecillas Ramos, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Edinilson Doniset Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Modena Lacerda, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Elias Jacob de Menezes Neto, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Eneida Desiree Salgado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Fábio Feliciano Barbosa, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dra. Fabíola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Boarato Meneguim, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Dr. Francisco Lisboa Rodrigues, Faculdade Terra Nordeste, Caucaia, CE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, 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 Ferreira Ribeiro, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Gustavo Silva

Caçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dra. Heloisa Fernandes Câmara, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Henrique Fernando de Mello, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, São José do Rio Preto, SP, Brasil / Dr. Ilzver Matos de Oliveira, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Ma. Janáina Gomes Garcia de Moraes, Tilburg University, Haia, Países Baixos / Dr. Jefferson Aparecido Dias, Procuradoria da República de São Paulo, Marília, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdades de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Filomeno de Moraes Filho, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, 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 / Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dra. Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Me. João Vicente Rothfuchs, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Juliane Sant'Ana Bento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Laís Gonzales de Oliveira, Prefeitura Municipal de Nuporanga, Nuporanga, SP, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonel Pires Ohlweiler, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Lucas Rodrigues Cunha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dra. Luciana de Souza Ramos, Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, 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 / Me. Luiz Eduardo Diniz Araújo, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, 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. Luis Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Marcelo Campos Galuppo, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcelo Casseb Continentino, Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marciano Seabra de Godoi, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcilio Toscano Franca Filho, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marcio Camargo Cunha Filho, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marcio Iorio Aranha, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / Ma. Maria Angélica dos Santos, Universidade Salgado de Oliveira, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Ma. Maria Clara Mendonça Perim, Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Serra, ES, Brasil / Dra. Maria Clara Inês Caetano Ferreira, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cachoeira, BA, Brasil / Ma. Marina Soares Marinho, Advocacia-Geral da União, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Mônica Herman Saleem Caggiano, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dra. Nina Trícia Disconzi Rodrigues, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Pablo Georges Cicero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 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 Fernando Soares Pereira, Advocacia-Geral da União, São Luís, MA, Brasil / Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Me. Pérsio Henrique Barroso, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Me. Rafael Diogo Diógenes Lemos, UniFanor, Aracaju, RN, Brasil / Dr. Rafael Reis Ferreira, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dra. Regina Stela Corrêa Vieira, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, 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 Nóbrega Farias, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, PB, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecídes Alves, Universidade Federal de

Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Rubia Carneiro Neves, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Sirlene Nunes Arêdes, Faculdade Milton Campos, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Sônia Letícia de Mélo Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Tiago Ivo Odon, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dra. Valéria Ribas do Nascimento, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Vallisney de Souza Oliveira, Justiça Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Valter Rodrigues de Carvalho, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Vanessa Spinosa, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dra. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, Universidade de Marília, Marília, SP, 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, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil

AUTORES

Alvaro Augusto de Borba Barreto é doutor em História pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Pelotas, RS, Brasil; pós-doutor em Ciência Política pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professor do programa de pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, RS, Brasil. / Andre Studart Leitão é doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutorando em Direito na Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito da Unichristus, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal. / Carlos Higinio Ribeiro de Alencar é mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil; doutorando em Direito no UniCEUB, Brasília, DF, Brasil, e na Universidade de Paris 1 (Panthéon Sorbonne), Paris, França; auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil, Brasília, DF, Brasil. / Cintia Brunetta é mestra em Direito pela Unichristus, Fortaleza, CE, Brasil; MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil; juíza federal. / Cristiano Gomes de Brito é doutor e mestre em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Uberlândia, MG, Brasil; professor associado de Direito da UFU, Uberlândia, MG, Brasil; advogado. / Diego Fernandes Guimarães é mestre em Derechos Fundamentales en Perspectiva Nacional, Supranacional y Global pela Universidade de Granada, Espanha; doutorando em Ciências Jurídicas na Universidade de Granada, Espanha; professor do Centro Universitário Unifacisa, Campina Grande, PB, Brasil; juiz federal no Tribunal Regional Federal da 5ª Região. / Eduardo Rocha Dias é doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; pós-doutorando em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil. / Guilherme César Pinheiro é doutor e mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS), Belo Horizonte, MG, Brasil; bacharel em Direito pela PUCMINAS, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil, e coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade do Estado de Minas Gerais, Diamantina, MG, Brasil; advogado. / Marcelo Dias Varela é doutor em Direito pela Universidade de Paris 1 (Panthéon Sorbonne), Paris, França; especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Ministério da Economia; professor da graduação e do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) do UniCEUB, Brasília, DF, Brasil. / Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor em Direito Público pela Université Lyon III, Lyon, França; professor da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. / Marcelo Pontes Vianna é mestre em Direito pela Universidade de Notre Dame, Notre Dame, Indiana, EUA; auditor federal da Controladoria-Geral da União, Brasília, DF, Brasil. / Mateus de Oliveira Fornasier é doutor em Direito pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; pós-doutor em Direito e Teoria (Law and Theory) pela University of Westminster, Londres, Reino Unido; professor do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, RS, Brasil. / Miguel Gualano de Godoy é doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil, com período de estudos e pesquisas na Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, EUA, e na Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Constitucional da UFPR, Curitiba, PR, Brasil. / Murilo Teixeira Avelino é mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; doutorando em Direito na Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil; procurador da Fazenda Nacional, com exercício na Procuradoria Regional da Fazenda Nacional em Recife, Recife, PE, Brasil. / Ravi de Medeiros Peixoto é doutor em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; procurador do município de Recife, Recife, PE, Brasil. / Roberto Dalledone Machado Filho é doutor em Direito Internacional pela Universidade de Brasília,

Brasília, DF, Brasil; mestre em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professor de Direito Internacional e Direitos Humanos do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil; assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Sumário

Artigos

- 11 **O *backlash* institucional e normativo no Brasil e sua ocorrência no Direito Previdenciário e Assistencial**
Marcelo Leonardo Tavares
- 35 **Quando mais é menos**
Arranjos institucionais e acordos de leniência anticorrupção no Brasil
Marcelo Dias Varella
Carlos Higino Ribeiro de Alencar
Marcelo Pontes Vianna
- 61 **Transação tributária**
Novo paradigma da autocomposição a partir da Lei nº 13.988/2020
Murilo Teixeira Avelino
Ravi de Medeiros Peixoto
- 83 **O Estado constitucional de Direito e a mudança de rumo no sistema de fontes do Direito**
Diego Fernandes Guimarães
- 99 **Fundamentos teóricos e aspectos técnicos do direito à ampla defesa**
Guilherme César Pinheiro
- 117 **Diálogos institucionais**
Possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella
Miguel Gualano de Godoy
Roberto Dalledone Machado Filho
- 135 **Eleições indiretas no atual ordenamento jurídico nacional**
Contradições, excepcionalidades e incertezas
Alvaro Augusto de Borba Barreto
- 163 **Da pessoa e para a pessoa**
A regulação jurídica dos algoritmos
Cíntia Brunetta
Andre Studart Leitão
Eduardo Rocha Dias

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

- 179 **A incidência da prescrição intercorrente no processo de execução**
Cristiano Gomes de Brito

Artigo em Língua Estrangeira

- 201 **The use of AI in digital health services and privacy regulation in GDPR and LGPD**
Between revolution and (dis)respect
Mateus de Oliveira Fornasier

O *backlash* institucional e normativo no Brasil e sua ocorrência no Direito Previdenciário e Assistencial

MARCELO LEONARDO TAVARES

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar o fenômeno do *backlash* no Brasil, sobretudo no Direito da Seguridade Social. Após discorrer sobre o conceito de *backlash* e de seu enquadramento na teoria dos diálogos institucionais entre os Poderes, o estudo trata da distinção entre a modalidade institucional e a normativa. Por fim, estuda casos em que os Poderes Legislativo e Executivo procuraram superar a aplicação da jurisprudência firmada por tribunais superiores em matéria de Direito Previdenciário e de Direito Assistencial.

Palavras-chave: Direito Constitucional; separação de Poderes; *backlash*.

Institutional and normative backlash in Brazil and its occurrence in Social Security and Assistance Law

Abstract: This article aims to analyze the phenomenon of backlash in Brazil, especially in Social Law. After discussing the concept of backlash and its framing in the Theory of Institutional Dialogues, it refers to some historical examples of political backlash and legal backlash in Brazil. Finally, it studies cases in which the Legislative and Executive Powers sought to overcome the application of the jurisprudence established by higher courts in Social Security Law.

Keywords: Constitutional Law; checks and balances system; backlash.

1 Introdução

Recebido em 19/5/21
Aprovado em 16/8/21

Na última Reforma da Previdência, a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 103/2019 representou mais uma tentativa dos

Poderes Executivo e Legislativo de superar jurisprudência firmada por tribunal superior. Após a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ter assentado que o menor sob guarda deveria ser equiparado a filho para fins de percepção de pensão por morte, ainda que a legislação não fizesse referência a ele, o presidente da República incluiu na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 6/2019 – que o Congresso Nacional promulgou como EC nº 103/2019 – um dispositivo para tornar ineficaz a aplicação do entendimento judicial.

Esse não foi um caso isolado e, antes de ser estudado, é necessária uma visão global e sistêmica do fenômeno.

Em matéria de direitos sociais, notadamente de Direito Previdenciário e de Direito Assistencial, nos quais proteção e custeio se confrontam, não são raros os exemplos de embate entre, de um lado, os Poderes Executivo e Legislativo (em conjunto ou isoladamente) e, de outro, o Poder Judiciário; e os primeiros procuram utilizar-se de prerrogativas para tornar sem efeito as consequências de decisões judiciais que contrariem seus interesses institucionais.

Observadas as regras do jogo jurídico, o enfrentamento político entre órgãos de Poder é da natureza do funcionamento dos estados e algumas vezes manifesta-se de modo mais incisivo em momentos de crise. A forma mais comum de representação desse choque e tentativa de acomodação funcional é a edição de legislação superadora de jurisprudência, uma das modalidades de *backlash*, o qual pode ser entendido como a reação brusca de um Poder estatal a uma ação adotada por outro.

Para desenvolver o tema, a segunda seção abordará o instituto do *backlash* em seus sentidos amplo e restrito; será apresentada a diferença entre *backlash* institucional e normativo, e serão estudados dois casos de contraposição institucional entre o Poder Executivo e o Supremo Tribunal

Federal (STF): um no início da República e outro após o estabelecimento dos governos militares na década de 1960. A terceira seção tratará da ocorrência do fenômeno sob o aspecto normativo posterior à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 (CRFB), com exemplos em diversos ramos do Direito. Por fim, serão analisados casos relevantes de ocorrência do *backlash* normativo no Direito Previdenciário e Assistencial.

Quanto à técnica de pesquisa, o artigo estrutura-se na modalidade exploratória com base em dados bibliográficos e jurisprudenciais e de acordo com o marco teórico do princípio da separação dos Poderes na aplicação da teoria dos diálogos institucionais.

2 O *backlash* institucional

O significado mais amplo de *backlash* é o de “forte sentimento entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou eventos recentes na sociedade ou na política” (BACKLASH, c2021, tradução nossa). Sob uma óptica mais abrangente, o fenômeno assume contornos para estudos sociológicos: contrariada em seus interesses ou em suas concepções, uma parcela da sociedade oferece resistência organizada ou contra-ataca a postura política assumida publicamente por outro grupo¹.

A reação de contrariedade social pode ocorrer com a manifestação de opiniões, de organização de protestos ou mesmo mediante mecanismos eleitorais para, alterando a composição de maiorias no Legislativo ou no Executivo, produzir norma contrária à postura que se

¹O dicionário *Cambridge* define-o como “a strong feeling among a group of people in reaction to a change or recent events in society or politics”. E apresenta alguns exemplos, entre os quais a reação social ao feminismo e ao materialismo burguês (BACKLASH, c2021).

pretende combater, ou até mesmo influenciar a composição de tribunais para realizar a “vira-da de jurisprudência” (MARMELSTEIN, 2016, p. [6]). No entanto, o sentido do termo que mais interessa ao trabalho é o restrito e de natureza jurídica – o de forte e imediata reação de um órgão estatal a ato praticado por outro na dinâmica do relacionamento entre os Poderes.

Para o Direito, o tema insere-se na aplicação do princípio da separação dos Poderes, garantido como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, III, da CRFB (BRASIL, 2021a, p. 47). Suas bases teóricas começaram a ser desenvolvidas ainda na Antiguidade, com o reconhecimento de três funções estatais distintas e com a preocupação com os efeitos daninhos da concentração de poder num órgão ou numa pessoa, o que fica patente, por exemplo, nas obras de Platão e de Aristóteles (BOBBIO, 1995, p. 45-63). Entretanto, somente no início da Idade Moderna houve teorização mais consistente sobre o tema nas reflexões de John Locke e, posteriormente, nas de Montesquieu².

Com as revoluções liberais do século XVIII (a Independência Americana e a Revolução Francesa), as Constituições passaram a ser compreendidas como estatutos superiores de organização do Estado e dos direitos fundamentais. Nos dois séculos seguintes, organizou-se o sistema de controle de constitucionalidade – primeiro, o difuso e, depois, o concentrado –, o que permitiu invalidar atos dos Poderes Legislativo

e Executivo com fundamento em paradigmas previstos nas Constituições que tinham no Judiciário seu principal intérprete (BARROSO, 2015, p. 39-57, 107-112).

O reconhecimento de que o Judiciário poderia declarar a nulidade de atos produzidos pelo Executivo e pelo Legislativo desenvolveu complexos comportamentos de relação institucional em que cada um dos Poderes procura conquistar e manter espaço no jogo político. Para exercer influência, cada um deles deve dialogar com os demais em conformidade com suas competências. A isso se denomina *teoria dos diálogos institucionais* (BRANDÃO, [2017]).

Inserido na teoria da separação de Poderes, em regra o *backlash* decorre da irrisignação dos Poderes Legislativo e Executivo relativamente a decisões do Judiciário que de alguma forma lhes impõem limites ao exercício das atribuições, especialmente em questões que envolvam postura hermenêutica de ativismo judicial na proteção de direitos fundamentais.

Assim, no Direito Público o termo é utilizado para designar a contraposição aguda a condutas, omissões ou decisões entre autoridades públicas, utilizando mecanismos político-jurídicos disponíveis na Constituição ou mediante a criação de instrumental jurídico novo em legislação extraordinária³. O fenômeno não é essencialmente bom

² Locke e Montesquieu teorizaram de formas distintas sobre a separação de Poderes. Para o primeiro, as funções de poder eram a legislativa, a executiva e a federativa (LOCKE, 2001, p. 514-517), ao passo que Montesquieu (2000, livro 11, cap. 6) destacou as atribuições legislativa, executiva e judicial. Em Locke, a função executiva implicava a concretização da vontade da lei por ato administrativo e a solução de conflitos de interesse. A atribuição federativa envolvia a relação do Estado com outras nações. Os norte-americanos aproveitaram as ideias de Locke para estruturar o primeiro Estado federal da história: a partir da Convenção da Filadélfia em 1787, a função ficou a cargo da União. Montesquieu via nessa função uma atividade executiva, mas compreendia que a Justiça era uma função própria.

³ A contraposição dos sentidos amplo e restrito de *backlash* utilizada no presente trabalho é diferente da empregada por outros autores, como Fonteles (2019, p. 68), que afirma: “Em um sentido amplo, o *backlash* pode ser compreendido como toda reação social vocacionada a hostilizar atos do poder público (v. g. leis, atos administrativos, atos políticos, decisões judiciais, decisões administrativas etc.) ou de quem lhe faça às vezes, o que inclui até mesmo fenômenos como a Inconfidência Mineira, Conjuração Baiana, Revolta da Vacina e outros movimentos sociais. Num sentido estrito, o *backlash* designa relações sociais (*backlash* nacional) ou estatais (*backlash* internacional), lícitas ou ilícitas, que hostilizam atos e decisões, ainda que não jurisdicionais, do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Tribunais administrativos ou Órgãos Internacionais (v. g. Cortes de Direitos Humanos), usualmente conservadoras do *status quo*”. Neste artigo, o sentido estrito

ou ruim e deve ser compreendido no âmbito das movimentações de natureza política.

O contra-ataque orgânico pode ocorrer basicamente pela: (i) atuação funcional nas Cortes, o *backlash* jurídico-institucional ou somente institucional; ou (ii) aprovação de atos normativos com pretensão de superar decisões judiciais, o *backlash* jurídico-normativo ou somente normativo.

O *backlash* institucional é uma reação dos Poderes Executivo e Legislativo a decisões judiciais mediante a influência em sua estrutura, forma de funcionamento, controle orçamentário, indicação de magistrados, modificação de competência ou restrição de garantias, de modo a reverter a tendência jurisprudencial ou a retirar poder decisório de tribunais. Dessa forma, os outros órgãos de Poder reagem a atos judiciais para reduzir o espaço de competência ou sua capacidade operacional⁴.

No Brasil, dois exemplos podem indicar como o enfrentamento institucional ocorre. O primeiro decorreu de decretação de estado de sítio no início da República. O segundo resultou da implantação do regime militar em 1964. Nos dois casos, o Judiciário colocou-se como antepa-

de *backlash* conota a reação institucional ou normativa dos demais Poderes a decisões do Judiciário.

⁴Um famoso exemplo desse enfrentamento nos EUA ocorreu durante a política adotada na década de 1930 pelo presidente Roosevelt no período do *New Deal*. Com o intuito de reverter os efeitos da crise financeira de 1929 sobre a sociedade americana, o presidente adotou medidas executivas de intervenção na economia e no Direito do Trabalho, temas tradicionalmente reservados aos estados da Federação (LEUCHTENBURG, 2005). Como consequência, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de várias medidas por falta de competência da União. Com efeito, o presidente dos EUA procurou aumentar a composição da Corte a fim de obter maioria favorável a sua política, o que por sua vez gerou uma reação no Senado, que deixou inerte a proposta de alteração. Posteriormente, a Suprema Corte reviu alguns precedentes e passou a considerar constitucional boa parte da legislação social proposta pelo Executivo (BRANDÃO, [2017], p. 5-6; SHOGAN, 2006). Há diversas obras que fazem alusão a esse caso como referência relevante de *backlash* institucional. Mesmo reconhecendo sua importância, este texto procura destacar a experiência brasileira.

ro de proteção de direitos fundamentais contra a pretensão de hipertrofia do Poder Executivo.

No primeiro caso, o presidente da República tentou enquadrar a Justiça e perdeu na arena política por ação do Legislativo. No segundo, o golpe militar enfraqueceu o Judiciário, que deixou de oferecer resistência relevante a avanços estatais que restringiam as liberdades públicas, notadamente no final da década de 1960 e no início da seguinte, o período mais duro dos governos militares.

2.1 Prudente de Moraes e a tentativa frustrada de enfraquecer o recém-criado Supremo Tribunal Federal

Os fatos ocorreram no conturbado início da República, num ambiente marcado por disputas travadas para definir concretamente espaços de poder apenas delineados pela recém-promulgada Constituição de 1891 (TAVARES, 2008, p. 213-215).

Após o atentado de 5/10/1897, de que resultou a morte do ministro da Guerra, Machado Bittencourt, o presidente Prudente de Moraes decretou estado de sítio por trinta dias no Distrito Federal e Niterói⁵, e foram condenadas a desterro na ilha de Fernando de Noronha diversas autoridades apontadas como corresponsáveis pelo homicídio (RODRIGUES, 1991, p. 99-119).

Após alguns *habeas corpus* (HC) impetrados em instâncias ordinárias, que não resultaram em efeitos práticos, em março de 1898 Rui Barbosa impetrou no STF o HC 1.063 em favor do senador João Cordeiro e do deputado Alcindo Guanabara. O pedido foi denegado. Pouco tempo depois, o advogado Costa Barradas impetrou o HC 1.073 em favor dos mesmos pacientes. Dessa vez, por maioria, o STF concedeu a ordem,

⁵O Decreto nº 456 foi publicado em 13/11/1897 e aprovado pelo Congresso Nacional.

decisão que se tornou marco na história da defesa dos direitos individuais e na interpretação do princípio da separação de Poderes durante o estado de sítio.

Em mensagem enviada à Câmara dos Deputados⁶, o presidente da República não tardou a criticar a decisão e em seguida contra-atacou o STF por intermédio de sua base parlamentar. Foram apresentados projetos de lei com a pretensão de criar cargos de ministros substitutos e de impedir um aumento remuneratório anteriormente aprovado por lei (RODRIGUES, 1991, p. 113-114). Dada a resistência oferecida pelo Congresso Nacional, o Governo não logrou êxito na tentativa, e os projetos foram arquivados.

2.2 O regime militar e a Justiça

Mais de meio século depois, o regime militar instaurado em 1964 obteve sucesso em constranger institucionalmente o STF para que recuasse em decisões de proteção à liberdade, em especial na concessão de HC contra prisões ilegalmente decretadas. Foi necessário, contudo, aprovar atos institucionais (AIs) para fazer o que a Constituição de 1946 não permitia.⁷

⁶Da mensagem de 3/5/1898 destaca-se: “Não dissimulo que foi grande minha decepção vendo a ação do Poder Judiciário contrapor-se desta sorte aos efeitos de uma medida que o Governo reputava indispensável, como garantia da ordem e, além disto, apoiada nas decisões anteriores do próprio STF. Essa decisão, ferindo o art. 80 da Constituição, abalou a harmonia indispensável entre os Poderes, que a mesma Constituição criou como órgãos da soberania nacional”. Houve a seguir forte campanha contra o STF em jornais que apoiavam o Governo (RODRIGUES, 1991, p. 120-136).

⁷O STF foi criado pelo Decreto nº 848/1890 em substituição ao Supremo Tribunal de Justiça do Império. Inicialmente era integrado por quinze ministros, número confirmado pela Constituição de 1891. O Governo Provisório instituído pela Revolução de 1930 editou o Decreto nº 19.656/1931, que reduziu o número de ministros para onze. Contudo, por lei esse número podia ser elevado até dezesseis, mediante proposta da própria Corte, o que foi mantido nas Constituições de 1937 e de 1946. A Carta de 1937 recuperou o nome *Supremo Tribunal Federal*, que a Constituição de 1934 substituíra por *Corte Suprema* (SUPREMO..., [2017]).

O art. 7º do AI-1, de 1964, suspendeu por seis meses a garantia de vitaliciedade da magistratura e possibilitou, mediante investigação sumária, que magistrados fossem demitidos, postos em disponibilidade ou aposentados (BRASIL, 1964). Apesar da permissão normativa, o Executivo evitou adotar atos concretos contra os ministros do STF, provavelmente por avaliar o impacto negativo na imagem de um regime que se dizia democrático.

O presidente da República preferiu adotar outra estratégia: modificar a composição da Corte para influir na formação dos votos. Então, foi inserida no AI-2, de 1965, a previsão do aumento do número de onze para dezesseis integrantes do STF (art. 6º) (BRASIL, 1965). Na prática, foram nomeados cinco novos ministros para as vagas recém-criadas e mais um ministro em decorrência de aposentadoria.

Com a radicalização do regime, três anos depois partiu-se para o expurgo. O art. 10 do AI-5, de 1968, suspendeu a concessão de HC em crimes de natureza política e contra a segurança nacional, o que retirou parte da competência do Judiciário. Além disso, o Ato previa a suspensão das garantias de vitaliciedade e de inamovibilidade, bem como a possibilidade de demissão, remoção e aposentadoria de membros do Judiciário (art. 6º) (BRASIL, 1968). Em 16/1/1969, o presidente da República aposentou por decreto três ministros do STF: Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva.

A composição do STF com dezesseis membros foi mantida pelo texto constitucional de 1967 e somente foi revista para o retorno ao número de onze ministros com a edição do AI-6. Como, em solidariedade à retirada forçada dos três ministros, dois outros requereram aposentadoria voluntária, o AI-6 já encontrou o STF com a composição real de onze ministros quando reduziu, em tese, seu número de integrantes. Como resultado prático, em 1969 o regime já

havia nomeado a maioria dos ministros da Corte, seis em onze. Por fim, foi reinstituída a Justiça Federal de primeira instância, inicialmente composta por magistrados escolhidos pelo presidente da República sem concurso público, de forma a retirar da Justiça Estadual em primeiro grau o controle de legalidade dos atos federais⁸.

A recomposição do STF, a hipertrofia da competência da Justiça Militar – que no período passou a julgar crimes de natureza política e contra a segurança nacional – e a recriação da primeira instância na Justiça Federal retiraram do Judiciário a capacidade de resistência a atos eventualmente abusivos praticados pelo regime por mais de uma década.

No *backlash* institucional, a resistência ao avanço do Executivo sobre o Judiciário depende do grau de independência real do Legislativo. Em situação de funcionamento regular do Estado de Direito, o Congresso tende a ser capaz de opor-se a atos mais bruscos da Presidência da República contra o Judiciário, preservando seu funcionamento. Foi o que se viu no estudo do caso de Prudente de Moraes.

Todavia, em momentos de ruptura constitucional e de afastamento de garantias e prerrogativas legislativas e da magistratura, como na instalação do regime militar de 1964, um Legislativo enfraquecido é incapaz de servir de anteparo à ação do Governo, deixando o STF à mercê dos integrantes da nova ordem. Por fim, seja no ambiente do Estado de Direito, seja no espaço de legislação disruptiva da ordem constitucional, o *backlash* institucional caracteriza-se por deixar marcas na estrutura do Judiciário.

Não é essa, entretanto, a modalidade de *backlash* que mais interessa ao presente trabalho, mas sim a que resulta na edição normativa que procura modificar ou obstar a aplicação de jurisprudência contrária ao interesse dos demais Poderes.

3 O *backlash* normativo

No Brasil e em alguns outros países, há uma tendência de as Cortes constitucionais abandonarem a autocontenção e passarem a assumir papel

⁸ A Justiça Federal, criada em 1890 pelo Decreto nº 848, não foi prevista pela Constituição de 1937 (art. 90), que vigeu durante o Estado Novo. A Constituição de 1946 reinstituuiu a segunda instância da Justiça Federal, com a criação do Tribunal Federal de Recursos, permanecendo com os juízes estaduais o julgamento em primeiro grau. O retorno da primeira instância foi previsto pelo AI-2, de 1965, e organizado pela Lei nº 5.010/1966. A Lei nº 5.677/1971 definiu que o provimento dos cargos de juiz federal seria feito por concurso público. O primeiro foi iniciado em 1972 e terminou em 1974 (BREVE..., [20--]). Somente com o provimento de cargos dos juizes federais por concurso público iniciou-se de fato o processo de independência da Justiça Federal em primeira instância. Um dos marcos dessa nova fase foi a histórica decisão cível condenatória da União – em outubro de 1978 e em plena vigência do AI-5 – pela tortura e morte de Wladimir Herzog (VASCONCELOS, 2005).

de maior ativismo na solução de situações políticas e sociais complexas com base na interpretação de normas constitucionais passíveis de múltiplas compreensões (BARROSO, 2009, p. 14-16). Assim, normas-princípio como *dignidade da pessoa humana, Estado de Direito, República*, que possibilitam interpretações abertas, são utilizadas como paradigmas para a declaração de invalidade de medidas normativas, muitas vezes retirando dos Poderes Executivo e Legislativo a precedência do debate político (MARMELSTEIN, 2016, p. [2])⁹¹⁰.

É nesse cenário que surge o fenômeno da legislação “superadora de jurisprudência” ou do *backlash* normativo. Em regra, essa modalidade ocorre em momentos de normalidade no funcionamento dos Poderes, de aplicação regular da Constituição no Estado Democrático de Direito e deriva da aliança entre o Executivo e o Legislativo contra o Judiciário ou da atuação isolada de um desses dois Poderes, produzindo regras jurídicas de neutralização das decisões judiciais. Sua principal característica é não modificar o funcionamento do Judiciário.

Trataremos de três casos relativos a: (i) matéria processual penal, (ii) funcionamento de municípios e (iii) manifestações culturais e proteção dos animais.

3.1 Prerrogativa de foro e princípio republicano

Na sessão plenária de 3/4/1964, o STF editou a Súmula 394 com a seguinte redação: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que

⁹O fenômeno do ativismo não é restrito ao Brasil. Marmelstein (2016, p. [2]) afirma que “[n]a experiência constitucional contemporânea, é possível perceber um claro movimento de hiperjudicialização de questões éticas e políticas. Problemas de grande impacto social, como os direitos dos homossexuais, a descriminalização do aborto, a legitimidade de pesquisas com células-tronco, a validade das ações afirmativas no ensino superior, a proteção dos animais não-humanos, entre vários outros, passaram a ser decididos, em última análise, por órgãos judiciais, o que alterou profundamente a compreensão clássica do arranjo institucional que costuma alicerçar a organização dos poderes estatais”.

¹⁰Nos EUA, célebre é o caso *Furman v. Georgia*, julgado pela Suprema Corte da União (SOUTO, 2015, p. 100). Em 1972, com placar apertado de 5 a 4, ela decidiu que a pena de morte era incompatível com a Oitava Emenda à Constituição, que proíbe a adoção de penas cruéis e iníquas. O julgado teve grande repercussão e, ao invés de gerar apoio ao não cabimento dessa punição, fortaleceu o pensamento do grupo mais conservador, que se organizou para obter maioria nas eleições seguintes; com isso, ele conseguiu aprovar leis que aumentaram o rigor da legislação penal e ampliaram a prática da pena de morte. O número de estados que passaram a adotar essa sanção aumentou em relação ao quadro anterior (FONTELES, 2019, p. 45). Em 1976, a Suprema Corte reverteu o entendimento e permitiu que os estados mantivessem a cominação da pena de morte. O exemplo norte-americano é representativo: a decisão judicial assumiu maior ativismo na defesa de direitos fundamentais e gerou uma reação normativa conservadora que procurou prejudicar a aplicação futura da formação da jurisprudência, mediante a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. No caso *Furman*, o contra-ataque veio pelo exercício da autonomia dos estados da Federação, detentores da atribuição de legislar em matéria penal, de acordo com o sistema constitucional de repartição de competências.

o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício” (BRASIL, [2021i]).

Mais de trinta e cinco anos depois, a Corte modificou seu entendimento para conformar a questão ao princípio republicano da CRFB. Na sessão de 25/8/1999, o STF decidiu por unanimidade cancelar o enunciado¹¹ e consignou que não se deve manter o foro por prerrogativa de função depois de cessada a investidura a que essa prerrogativa é inerente.

Interessados em não ficar à disposição de juízes que atuam em primeira instância, deputados e senadores mobilizaram-se para editar legislação que previa a continuidade da prerrogativa para aqueles que não mais estivessem no exercício da função pública. E lograram aprovar a Lei nº 10.628/2002, que deu nova redação ao art. 84, § 1º, do Código de Processo Penal (CPP), na qual se previa a prorrogação do foro privilegiado após cessado o exercício do cargo ou função (BRASIL, [2021b])¹².

A iniciativa do Legislativo em neutralizar a aplicação do entendimento do STF levou a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.797/DF, cujo pedido foi acolhido pelo STF para declarar a invalidade da alteração procedida no CPP. Do voto do ministro Sepúlveda Pertence – além da afirmação de que não cabe ao Congresso querer impor-se ao STF mediante lei ordinária – destaca-se o reconhecimento de que a nova redação que se tentou dar ao Código era “evidente reação ao cancelamento de Súmula 394” (BRASIL, 2005a).

Esse caso apresenta a peculiaridade de ter havido uma reação parlamentar a uma decisão do Judiciário, que depois teve a oportunidade de opor-se novamente ao movimento legislativo, vindo a considerar inválida aquela reação. O enfrentamento normativo-judicial ocorreu dentro da normalidade constitucional e sem qualquer consequência funcional à Corte, prevalecendo ao final a posição do STF.

3.2 Proporcionalidade no número de vereadores

Elevados pela CRFB à condição de entidade federativa, os municípios brasileiros tiveram notável aumento em seu número no decênio que se seguiu à promulgação da Carta. A possibilidade de se atender mais diretamente a demandas locais, o acesso ao Fundo de Participação de Municípios (FPM) e a flexibilidade dos critérios exigidos para a criação

¹¹ Houve julgamento simultâneo em diversos processos: Inq 687 QO (RTJ 179/912), AP 315 QO (RTJ 180/11), AP 319 QO (DJ de 31/10/2001), Inq 656 QO (DJ de 31/10/2001), Inq 881 QO (RTJ 179/440), AP 313 QO (RTJ 171/745).

¹² A Lei teve origem no Projeto de Lei (PL) nº 6.295, de autoria do deputado federal mineiro Bonifácio de Andrada.

de novas entidades municipais fizeram com que entre 1989 e 2001 surtisse aproximadamente 1.500 novas entidades autônomas (BRANDT, 2010). Foi nesse ambiente que ocorreu um relevante caso de *backlash* relacionado à hipertrofia na composição de câmaras municipais.

Em julgamento iniciado em 1999 e concluído em 2004, o STF deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 197.917/SP e declarou a invalidade de dispositivo da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela (SP), que fixava o número de vereadores sem levar em conta a proporcionalidade relacionada ao tamanho da população (CHIANELLI, 2019, p. 77).

De fato, a redação original do art. 29, IV, da CRFB¹³, fixava limites mínimo e máximo para o número de vereadores e exigia que se observasse a regra da proporcionalidade. Ao dar provimento ao recurso, o STF acolheu a tese do Ministério Público estadual na ação civil pública proposta, que tinha por objetivo reduzir o número de representantes no legislativo local, que estava hiperdimensionado. Na ementa do julgamento (BRASIL, 2002b), a Corte destacou que o município deveria respeitar a determinação constitucional cogente de proporcionalidade com a população, não cabendo a uma lei orgânica fixar aleatoriamente o número de vereadores entre os limites mínimo e o máximo, o que configuraria excesso de poder de legislar e faria com que municípios menos populosos pudessem ter número de vereadores superior ao de outros com população maior. Por fim, definiu que a exigência constitucional de proporcionalidade atendia aos princípios da moralidade, impessoalidade e economicidade.

A reação do Legislativo não tardou. Políticos locais em todo o País articularam-se com deputados federais e senadores, até que em 2009 o Congresso promulgou a EC nº 58, que deu nova redação ao art. 29, IV, da CRFB, e passou a fixar apenas o limite máximo do número de vereadores, sem fazer referência à necessidade de se observar a proporcionalidade¹⁴. Estava aberta a possibilidade de a legislação local fixar o número de vereadores com base no máximo previsto na Carta. A disputa, entretanto, prosseguiu por um tempo.

¹³“Art. 29. [...] IV – número de Vereadores proporcional à *população* do Município, observados os seguintes limites: a) *mínimo* de nove e *máximo* de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes” (BRASIL, 2021a, p. 235-236, grifos nossos).

¹⁴Com a EC nº 58/2009, o art. 29, IV, da CRFB passou a ter a seguinte redação: “Art. 29. [...] IV – para a composição das Câmaras Municipais, será observado o *limite máximo* de: a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes; b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes” (BRASIL, 2021a, p. 28, grifo nosso).

Como a EC nº 58/2009 estabeleceu o cumprimento retroativo da modificação (art. 3º), mais uma vez o STF foi chamado a manifestar-se; e, no julgamento da ADI 3.345/DF, a Corte declarou a inconstitucionalidade daquele dispositivo (BRASIL, 2005b). A consequente acomodação do número de vereadores valeria apenas para a composição de legislaturas futuras. Por fim, sensibilizado com a previsão do aumento de gastos públicos decorrente da alteração no número de vereadores em todo País, o próprio Legislativo acabou reequilibrando as regras de distribuição de verbas do FPM.

Esse exemplo apresenta uma reação do Congresso capaz de mobilizar-se a fim de alterar a própria Constituição com o objetivo de neutralizar a atuação judicial e atender à demanda de políticos locais pelo aumento do número de cargos eletivos¹⁵.

3.3 Defesa do patrimônio cultural vs. submissão de animais a crueldade

Outro *backlash* importante no Direito brasileiro ficou popularmente conhecido como o “caso da vaquejada”. Trata-se de uma prática cultural comum em estados do Nordeste – especialmente no Ceará, no Rio Grande do Norte, na Paraíba, em Alagoas e na Bahia –, em que um boi é emparelhado e perseguido por dois vaqueiros que, puxando-o pelo rabo, visam derrubá-lo no alvo.

A Lei estadual nº 15.299/2013 regulamentou a prática no Ceará como atividade esportiva e cultural e estabeleceu critérios para ela. Em outubro do mesmo ano, o procurador-geral da República propôs a ADI 4.983/CE

(BRASIL, 2016a) pugnando pela declaração de inconstitucionalidade da lei cearense, sob o fundamento de que a Constituição veda atos que submetam animais a crueldade. Em contraposição, a Assembleia Legislativa cearense defendeu o pleno exercício das manifestações culturais populares.

Por apertada maioria, o STF reconheceu que a obrigação do Estado em “garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade” (BRASIL, 2016a, p. 1). A Corte utilizou, portanto, a técnica de ponderação de interesses contrapostos na Constituição, cujo resultado foi a prevalência da proteção animal contra tratamento cruel ainda que em face de manifestação cultural reconhecida por lei.

Pouco depois do julgamento daquela ADI, o Congresso Nacional mobilizou-se e aprovou a Lei nº 13.364/2016 (BRASIL, [2019a]), que alçou o rodeio e a vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Com o intuito de garantir força jurídica para superar o entendimento do STF, promulgou a EC nº 96/2017 (BRASIL, 2021a, p. 124, 261), que dispôs não serem cruéis as práticas desportivas que utilizam animais, desde que sejam manifestações culturais registradas como bens de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, mediante regulamentação por lei.

A edição combinada da Lei com a EC contrabalanceou a ponderação de interesses em favor da proteção à manifestação cultural considerada patrimônio imaterial do povo e dificultou, a partir de então, a reversão do quadro inicialmente posto na decisão judicial. O STF não voltou a se pronunciar sobre o tema.

¹⁵ Outro caso de *backlash* relativo à conformação de exercício de cargo, mas agora vinculado à manutenção de vínculo partidário, foi o da “infidelidade partidária” (SANTOS, 2017, p. 13-17), cujo comentário não cabe nos limites deste trabalho, em que pese sua relevância como exemplo.

Trata-se, pois, de três exemplos de como o Congresso Nacional buscou acomodar seu espaço institucional, ao se utilizar do instrumental legislativo de aprovação de leis e até de uma EC para neutralizar decisões do STF.

Como já visto, o *backlash* normativo enquadra-se na teoria dos diálogos institucionais, que funciona de maneira dinâmica na engenharia da teoria da separação de Poderes. O fenômeno tem como característica a oposição da postura contramajoritária judicial de defesa de direitos fundamentais à manifestação do Congresso, mais sensível a apelos da maioria.

Esse embate jurídico-normativo entre os Poderes tem sido observado com mais intensidade nos últimos anos em matéria de direitos sociais: nela, de um lado, busca-se uma melhor proteção da pessoa e, de outro, há a legítima preocupação com o equilíbrio financeiro e orçamentário.

4 *Backlash* normativo no Direito Previdenciário e no Direito Assistencial

Desde 1988, a estrutura previdenciária brasileira passou por três grandes movimentos reformistas resultantes da aprovação da EC nº 20/1998 (primeira onda de reforma), das ECs nºs 41/2003 e 47/2005 (segunda onda) e da EC nº 103/2019 (terceira onda). No percurso, fizeram-se algumas acomodações jurídico-normativas entre, de um lado, o Judiciário, ao reconhecer direitos por interpretação extensiva, e, de outro, o Governo, ao procurar conter o aumento de gastos públicos. Nesse diálogo o Legislativo tem servido de ponte.

Serão estudados três casos representativos da dinâmica do relacionamento entre os Poderes na área da Seguridade Social.

4.1 Definição da atividade de professor para fim de aposentadoria

Um dos primeiros casos de *backlash* em matéria previdenciária após a promulgação da CRFB ocorreu no julgamento da questão relativa à natureza diferenciada do tempo de trabalho do professor para fins de concessão de aposentadoria. A referência é interessante porque, em exceção à regra, foi o Judiciário o responsável pela restrição de alcance do direito social.

A partir dos anos 1990, com base na legislação regente do funcionamento da educação nacional, o STF foi chamado a decidir sobre o que deveria ser considerado atividade de professor para efeito da contagem de tempo de serviço e de contribuição, seja no Regime Geral de Previdência

Social (RGPS), para os trabalhadores da iniciativa privada, seja nos regimes próprios de Previdência Social (RPPS), para os servidores públicos¹⁶. Isso ocorreu no julgamento das ADIs 122/DF e 152/MG em 1992, do RE 131.736/SP em 1993, do RE 171.694/SC em 1996, do RE 276.040-AgR/SP em 2001 e da ADI 2.253/ES em 2004.

No conjunto desses processos, a Corte definiu que, para a aposentadoria diferenciada de professor, somente deveria ser reconhecido como próprio do magistério o tempo trabalhado na atividade-fim, isto é, na docência em sala de aula, devendo ser desconsideradas as atividades-meio como a direção e a coordenação escolar. O fundamento das decisões foi o de que não se poderia dar interpretação estendida a uma exceção, pois a disposição constitucional referia-se excepcionalmente a “funções de magistério”.

Apoiado na jurisprudência decenal formada por aquelas ações, o STF editou a Súmula 726: “Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula” (BRASIL, [2021i]). Na prática, o entendimento do STF reduzia a possibilidade de os professores computarem o tempo de serviço e de contribuição para a aposentadoria na qualidade de docente. A orientação da Corte tendia a ser seguida pelo STJ e pelos outros tribunais, ainda que não vinculante, e a dificultar a aposentação dos professores mais cedo, se pelo menos em parte da carreira tivessem exercido as funções de coordenação, supervisão e direção escolar.

A publicação do enunciado de súmula gerou forte reação nos profissionais de educação, que se organizaram nacionalmente com o propósito de

pressionar o Congresso Nacional. Com efeito, em 2006 ele acabou reverberando a movimentação social ao editar a Lei nº 11.301, que introduziu o § 2º no art. 67 da Lei nº 9.394/1996 – a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) – para considerar como função de magistério o desempenho de atividades educativas tanto na docência quanto na direção, coordenação e assessoramento pedagógico (BRASIL, [2021f]).

A reação mais progressista do Legislativo sensibilizou o STF, que revisitou o tema em outubro de 2008 no julgamento da ADI 3.772/DF, a qual superou a aplicação da Súmula 726. A ação (BRASIL, 2008) foi proposta pelo procurador-geral da República e teve a participação de nada menos que dezesseis *amici curiae* – entre sindicatos, associações e entidades federativas –, o que demonstra a intensidade social do debate. Ao propor a ADI, o Ministério Público pleiteou a declaração de inconstitucionalidade da nova Lei, sob o argumento de que, conforme a Constituição, a função de magistério se limitava à atividade em sala de aula.

Nas informações, a Presidência da República sustentou que a atividade de professor abrangia a coordenação escolar e a direção, ao passo que o Congresso Nacional defendeu que o termo *funções de magistério* (art. 201, § 8º, da CRFB (BRASIL, 2021a, p. 112))¹⁷ estava no plural, o que sugeria não estar restrito à docência. O advogado-geral da União defendeu que a lei pretendia abranger todas as atividades exercidas pelo professor vinculadas ao ensino.

No julgamento da ADI 3.772/DF, sustentou-se no STF que “a função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pe-

¹⁶ O funcionamento da educação no Brasil estava previsto nas Leis nºs 4.024, de 20/12/1961, e 5.540, de 28/11/1968, alteradas pelas Leis nºs 9.131, de 24/11/1995, e 9.192, de 21/12/1995, e também nas Leis nºs 5.692, de 11/8/1971, e 7.044, de 18/10/1982. Todo esse conjunto normativo foi revogado pela LDB.

¹⁷ O mesmo termo era utilizado pela Constituição (art. 40, § 5º) como paradigma para os regimes próprios de Previdência Social à época.

dagógico e, ainda, a direção de unidade escolar” (BRASIL, 2008, p. 81). Por isso, o cômputo desse tempo poderia ser feito de forma diferenciada para a fruição de aposentadoria pelos que integram a carreira do magistério, excluídos os especialistas em educação. O enunciado da Súmula 726, que não foi cancelado, passou a ser interpretado de acordo com o resultado desse julgamento.

O caso da aposentadoria do professor pode ser considerado um exemplo de legislação superadora de jurisprudência liderada pelo Congresso Nacional, à qual o próprio STF acabou aderindo posteriormente.

4.2 Idas e voltas no critério de miserabilidade no Benefício de Prestação Continuada (BPC)

O art. 203, V, da CRFB (BRASIL, 2021a, p. 113) garante o pagamento de um salário mínimo de benefício mensal “à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”. A regulamentação do dispositivo quanto ao critério de miserabilidade é feita no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 – a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) –, cuja redação original considerava incapaz de prover a própria manutenção toda pessoa com renda mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo (BRASIL, [2021e]).

Logo após a edição da LOAS, iniciou-se no Judiciário o questionamento da validade material da fixação daquele critério: ele deveria ser considerado de forma absoluta ou poderia ser relativizado à vista de condições sociais do caso concreto que indicassem, por outros parâmetros, a situação de necessidade da pessoa? A questão não era pacífica, e a orientação majoritária no STJ era a de compreender o critério legal como limite mínimo (relativo), o que não impediria o

jugador de utilizar outros fatores para demonstrar a condição de miserabilidade da família do idoso ou do deficiente (REsp 397.943/SP (BRASIL, 2002a)).

A matéria chegou ao STF em 1998 no julgamento da ADI 1.232/DF. A Corte fixou o entendimento de que o requisito da renda familiar inferior a um quarto do salário mínimo era constitucional e que tinha natureza objetiva (absoluta), isto é, não poderia ser relativizado com outros parâmetros não previstos em lei (BRASIL, 1998). Aos poucos, entretanto, o STF começou a não acolher reclamações propostas em face de decisões judiciais que desrespeitavam aquele julgado (caso, por exemplo, da Rcl 4.422/RS em 2007). De fato, a superveniência de legislação que estabeleceu critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais como o Bolsa-Família, o Programa Nacional de Alimentação e o Bolsa-Escola, acabou por sensibilizar alguns ministros do STF e o tema foi rediscutido na Corte.

No julgamento do RE 567.985/MT em 2013, o STF declarou a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da LOAS. Na fundamentação, sustentou-se que o processo de “inconstitucionalização” normativa decorreu de “mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)” (BRASIL, 2013, p. 2) supervenientes à análise feita na época da ADI 1.232/DF. Com o uso da técnica de não pronunciar a invalidade do dispositivo legal (apesar de ter sido reconhecida a inconstitucionalidade), o STF preservou o critério de renda familiar *per capita* inferior a um quarto do salário como limite (sem o qual o benefício não teria sequer como ser concedido) e convocou o Congresso a editar lei que sanasse a inconstitucionalidade apontada.

Diante da postura omissiva do Executivo – ao qual cabia conduzir a questão sob a consideração da análise do impacto financeiro do estabelecimento de critério mais elevado como parâmetro de necessidade do BPC –, o Senado tomou a iniciativa em 2019 e retornou à análise do PLS nº 55/1996. Depois de manifestação da Câmara dos Deputados, em 28/11/2019 a Casa aprovou o projeto de fixar, como requisito de miserabilidade, o valor de renda familiar *per capita* inferior a meio salário mínimo (BRASIL, [2019b]). A Presidência da República após veto, que foi rejeitado em 11/3/2020 pelo Congresso Nacional.

Em 24/3/2020, o presidente da República propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 662/DF, defendendo a inconstitucionalidade do projeto a ser encaminhado à promulgação. Nesse ínterim, houve conversão do projeto na Lei nº 13.981/2020, e o presidente da República requereu a conversão da ADPF em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

A arguição foi distribuída e, antes que o relator despachasse, foi publicada a Lei nº 13.982 em 2/4/2020, revogando a Lei nº 13.981/2020, que era objeto da ação. A nova lei (BRASIL, [2021g]) deu outra redação ao art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, com a definição do parâmetro de miserabilidade de renda familiar *per capita* igual ou inferior a um quarto do salário mínimo para 2020. O Congresso tentou postergar a utilização do critério da renda inferior a meio salário mínimo para vigor a partir de 2021, mas a Presidência da República vetou o dispositivo.

Na ADPF 662/DF (BRASIL, 2020), além de não aplicar a jurisprudência assente no Tribunal de que, com a revogação da Lei nº 13.981/2020, a ação deveria ser extinta e arquivada por perda superveniente de objeto¹⁸, o relator ainda deferiu medida cautelar para suspender, com efeito *ex nunc*, a eficácia de uma lei já revogada¹⁹.

¹⁸ Como exemplos, as ADIs 709/PR, 1.442/DF e 4.620-Agr/MG. Há exceção ao entendimento se: (i) existem indícios de fraude à jurisdição da Corte, como quando a norma é revogada com o propósito de evitar a declaração da sua inconstitucionalidade (ADI 3.306/DF (BRASIL, 2011a)); (ii) o objeto da ação é uma lei de eficácia temporária, há impugnação em tempo adequado, a ação é incluída em pauta e seu julgamento se iniciou antes do esgotamento da eficácia (ADI 5.287/PB, ADI 4.426/CE e ADI 3.146/DF (BRASIL, 2006b, 2011b, 2016b)); ou (iii) a revogação da lei somente foi levada posteriormente ao conhecimento da Corte, em sede de embargos de declaração (ADI 951-ED/SC (BRASIL, 2016c)). O caso da ADPF 662/DF não se enquadra em qualquer das exceções.

¹⁹ A medida cautelar foi concedida por decisão monocrática, quando deveria ter sido submetida ao Plenário nos termos do art. 10, da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, [2009]). Na decisão, não houve qualquer justificativa para se desbordar a apreciação colegiada. O paradigma utilizado foi o art. 195, § 5º, da CRFB (BRASIL, 2021a, p. 109), que veda a criação, a majoração ou a extensão de benefício da seguridade social sem a indicação da correspondente fonte de custeio; todavia, desde a promulgação da CRFB, várias leis já foram editadas majorando ou estendendo benefícios da seguridade social sem essa indicação. Foi o caso, por exemplo, da Lei nº 9.032/1995 (BRASIL, [2006a]), que aumentou a alíquota do auxílio-doença comum (hoje auxílio por incapacidade temporária) de 80% para 91%; da Lei nº 9.528/1997 (BRASIL, [2018]), que aumentou a alíquota da pensão por morte de 80%

Esse caso de *backlash* apresenta-se em roupagem complexa na relação entre os Poderes. O Executivo teve condições de liderar o debate desde 2013 para sanar a situação de inconstitucionalidade apontada pelo STF no critério de miserabilidade de um benefício percebido por milhões de pessoas. Adotou uma postura omissiva e, quando o Senado assumiu o protagonismo da questão em 2019, a Presidência agiu para neutralizar as tentativas de solução. Oito anos depois de um julgamento de grande repercussão social, o Executivo continua a tentar impor um critério sabidamente inconstitucional²⁰.

4.3 A proteção do menor sob guarda

O último caso a ser tratado é o da equiparação do menor sob guarda ao tutelado para fins de proteção previdenciária.

A redação original da Lei nº 8.213/1991 previa, para fins de concessão de pensão e de auxílio-reclusão, que, além do enteado e do tutelado, seria considerado dependente o menor sob a guarda do segurado (art. 16, § 2º (BRASIL, [2021d])). A Lei estava de acordo com a disposição do art. 33, § 3º, da Lei nº 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) –, o qual estabelece que “[a] guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários” (BRASIL, [2021c]).

Ambas as regras concretizavam o art. 227 da CRFB, ao colocar o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente, entre outros, o direito à vida, à saúde e à educação. Em 1997, a Lei nº 9.528 (BRASIL, [2018]) excluiu o menor sob guarda como dependente previdenciário no RGPS e havia também leis que não o protegiam nos regimes próprios de Previdência Social dos estados e municípios.

Seguiu-se um período de instabilidade nas decisões judiciais, até que a questão foi a julgamento no RMS 36.034/MT da 1ª Seção do STJ em 27/11/2013. A decisão levou em conta que, embora a legislação não determinasse a inclusão do menor sob guarda como dependente, a combinação do art. 227 da CRFB com o art. 33 do ECA configuraria normatividade bastante para sua proteção (BRASIL, 2014). Para o STJ, os direitos fundamentais da criança e do adolescente “têm seu campo de incidência amparado pelo *status* de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma

para 100% (hoje em dia se aplica o art. 23, da EC nº 103/2019) e que aumentou a alíquota do auxílio-acidente para 50%. O STF não declarou a inconstitucionalidade dessas leis com base no art. 195, § 5º, da CRFB.

²⁰No momento da redação deste artigo, está em vigor a Medida Provisória (MP) nº 1.023/2020, que fixa de forma permanente o critério de miserabilidade em renda familiar *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo (BRASIL, [2021h]).

hermenêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente” (BRASIL, 2014, p. 5).

Sabedores de que não bastaria modificar a lei, uma vez que as razões apresentadas na decisão do STJ tiveram por base a CRFB, a reação normativa dos Poderes Executivo e Legislativo veio com a aprovação da EC nº 103/2019, cujo art. 23, § 6º, estabelece: “Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente, o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica” (BRASIL, 2021a, p. 279).

Nessa parte, a EC nº 103/2019 pretende superar o entendimento jurisprudencial do STJ. A utilização do advérbio *exclusivamente* na regra constitucional tem o objetivo de: (i) recolocar o tema na arena do Judiciário; (ii) não permitir a aplicação de interpretação extensiva que inclua o menor sob guarda como dependente, ao lado do tutelado; (iii) fazer a norma incidir no RGPS e no RPPS da União, pois a eles se refere o art. 23 da EC; (iv) impedir que a solução seja dada por órgão fracionário (como ocorreu pela 1ª Seção do STJ), passando a exigir decisão em controle abstrato de constitucionalidade no Pleno do STF ou, no controle difuso, pelo plenário ou órgão especial dos tribunais (art. 97, da CRFB); e (v) exigir argumentação mais onerosa.

De qualquer forma, é possível entender que a restrição inserta na EC nº 103/2019 seja inconstitucional, pois de outra forma a interpretação atentaria contra a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e o princípio da proteção integral e preferencial de crianças e adolescentes, que formam um paradigma para concluir sobre a invalidade dessa parte da EC por atentar contra uma cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CRFB):

A Constituição Brasileira protege os valores compreendidos como essenciais à formação de seu pacto social de uma erosão abolicionista e descaracterizadora do Estado, preservando os princípios básicos da estrutura de nossa democracia.

A dignidade humana é um valor moral prévio à própria organização social, uma qualidade imanente dos seres humanos que os coloca como destinatários de respeito e mercedores de igual atenção por parte do Estado e de seus semelhantes, de tal forma que não percam a possibilidade de exercer autonomia. A dignidade humana pressupõe consideração pela vida e pela integridade do ser humano, garantias de presença de condições básicas para uma existência na qual se possa exercer a liberdade e receber respeito como pessoa dotada de razão. Cabe à organização estatal criar mecanismos de proteção do homem para que este não seja tratado como mero instrumento econômico ou político pelos órgãos do poder público ou por seus semelhantes (TAVARES, 2015, p. 36-37).

5 Conclusão

Sob a óptica jurídica, o *backlash* é uma forte reação de um órgão estatal a ato praticado por outro em decorrência da dinâmica do relacionamento entre os Poderes. Quando o Legislativo e o Executivo atuam para neutralizar decisões judiciais, o fenômeno pode manifestar-se seja mediante a modalidade institucional, seja pela aprovação de atos normativos com pretensão de superar a jurisprudência.

No *backlash* institucional, busca-se enfraquecer os órgãos da Justiça com a alteração de sua estrutura ou funcionamento, com controle orçamentário, com a escolha de magistrados alinhados, com modificação de competência ou com restrição de garantias funcionais e orgânicas. No Brasil há exemplos históricos de casos em que esteve em jogo a constrição da atuação do STF, quando foram proferidas decisões contrárias a determinados projetos de poder. Esse tipo de *backlash* tende a deixar marcas no funcionamento do Judiciário.

Na modalidade normativa, consiste em aprovar legislação nova que iniba efeitos de decisões judiciais. Nos casos mais comuns, o Poder Legislativo ou o Poder Executivo agem para neutralizar julgamentos que possuam contornos de ativismo judicial. O fenômeno decorre da oposição entre a postura judicial contramajoritária de defesa de direitos fundamentais e a manifestação dos órgãos mais sensíveis a apelos da maioria (Presidência e Congresso). Sua manifestação não modifica o funcionamento do Judiciário.

O embate jurídico-normativo entre os Poderes tem sido observado com mais intensidade nos últimos anos em matéria de Direito da Seguridade Social: nele o interesse de beneficiários em obter melhor cobertura de proteção social contrapõe-se à necessidade estatal de manutenção de equilíbrio financeiro e orçamentário do sistema Previdenciário.

Merece destaque a observação de que as questões ligadas a grupos de trabalhadores com maior capacidade de organização são uma pauta sensível nesse âmbito, como se pôde verificar no caso da contagem de tempo de contribuição dos professores para fim do seguro social.

Na esfera previdenciária e assistencial, o Executivo – de quem se espera a liderança no debate a respeito do avanço na proteção social – algumas vezes permanece inerte, a fim de não permitir o aumento de gastos públicos. Outras vezes, a Presidência da República assume postura mais ativa para tornar sem efeito decisões judiciais que possam gerar despesas, mesmo que para isso tenha que propor ao Congresso a aprovação de emendas constitucionais restringindo direitos, como se viu no caso do menor sob guarda.

De qualquer forma, deve-se ressaltar que a CRFB protege os valores compreendidos como essenciais à formação de seu pacto social contra

uma erosão descaracterizadora e tendente a abolir o Estado Social, de modo a preservar os princípios básicos da estrutura de nossa democracia, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o principal vetor de orientação na proteção dos direitos fundamentais.

Sobre o autor

Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor em Direito Público pela Université Lyon III, Lyon, França; professor da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
E-mail: marceloltavares@globo.com

Como citar este artigo

(ABNT)

TAVARES, Marcelo Leonardo. O *backlash* institucional e normativo no Brasil e sua ocorrência no Direito Previdenciário e Assistencial. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 11-33, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p11

(APA)

Tavares, M. L. (2022). O *backlash* institucional e normativo no Brasil e sua ocorrência no Direito Previdenciário e Assistencial. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(233), 11-33. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p11

Referências

BACKLASH. In: CAMBRIDGE UNIVERSITY. *Cambridge dictionary*. [S. l.]: Cambridge University Press, c2021. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/backlash>. Acesso em: 13 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 13 out. 2021.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 8. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1995.

BRANDÃO, Rodrigo. *Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil*. [Rio de Janeiro: Rodrigo Brandão Advogados, 2017]. Disponível em: <https://rbrandao.adv.br/wp->

content/uploads/2017/06/Mecanismos-de-dialogos-constitucionais-nos-eua-e-no-brasil.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.

BRANDT, Cristina Thedim. A criação de municípios após a Constituição de 1988: o impacto sobre a repartição do FPM e a Emenda Constitucional nº 15/1996. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 47, n. 187, p. 59-75, jul./set. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198693>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. *Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964*. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações [introduzidas] pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965*. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968*. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; o Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional nº 111/2021. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021a. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/593377/CF88_EC111_livro.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *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, [2021d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *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, [2021e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995*. Dispõe sobre o valor do salário-mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2006a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2021f]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997*. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9528.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *Lei nº 9.868, de 10 de dezembro 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, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016*. Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020*. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2021g]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 1.023, de 31 de dezembro de 2020*. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre o benefício de prestação continuada. Brasília, DF: Presidência da República, [2021h]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv1023.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 55, de 1996*. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), para elevar o limite de renda familiar *per capita* para fins de concessão do benefício de prestação continuada. [Brasília, DF]: Senado Federal, [2019b]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8049644&ts=1630429098466&disposition=inline>. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Recurso em Mandado de Segurança nº 36.034/MT*. Processual civil e administrativo. Recurso em mandado de segurança. Pensão por morte. Menor sob guarda judicial. Aplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Interpretação compatível com a dignidade da pessoa humana e com o princípio de proteção integral do menor [...]. Recorrente: A. F. P. de A. (menor). Recorrido: Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102278349&dt_publicacao=15/04/2014. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Especial nº 397.943/SP*. Processual civil. Previdenciário. Recurso especial. Prequestionamento. Assistência social. Benefício da prestação continuada. Requisitos legais. Art. 203 da CF. Art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 [...]. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Luzimar Gomes da Silva. Relator: Min. Felix Fischer, 26 de fevereiro de 2002a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101926621&dt_publicacao=18/03/2002. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232/DF*. Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V do art. 203, da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Ilmar Galvão. Redator para o acórdão: Min. Nelson Jobim, 27 de agosto de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797/DF*. I. ADIn: legitimidade ativa: “entidade de classe de âmbito nacional” (art. 103, IX, CF); Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP 1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o Plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau – as chamadas “associações de associações” – do rol dos legitimados à ação direta [...]. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005a. Disponível

em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.146/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Alegação de inconstitucionalidade formal. Processo legislativo. Medida provisória. Trancamento de pauta. Art. 62, § 6º, da Constituição Federal [...]. Requerente: Partido da Frente Liberal – PFL. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 11 de maio de 2006b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395714>. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.306/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Resoluções da Câmara Legislativa do Distrito Federal que dispõem sobre o reajuste da remuneração de seus servidores. Reserva de lei. I. Preliminar. Revogação de atos normativos impugnados após a propositura da ação direta. Fraude processual. Continuidade do julgamento [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de março de 2011a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623806>. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.345/DF*. Fiscalização normativa abstrata – processo de caráter objetivo – legitimidade da participação de ministro do Supremo Tribunal Federal (que atuou no TSE) no julgamento de ação direta ajuizada contra ato emanado daquela alta corte eleitoral – inaplicabilidade, em regra, dos institutos do impedimento e da suspeição ao processo de controle concentrado, ressalvada a possibilidade de invocação, por qualquer ministro do STF, de razões de foro íntimo [...]. Requerentes: Partido Progressista – PP; Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Interessado: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Relator: Min. Celso de Mello, 25 de agosto de 2005b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.772/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade manejada contra o art. 1º da Lei federal 11.301/2006, que acrescentou o § 2º ao art. 67 da Lei 9.394/1996. Carreira de magistério. Aposentadoria especial para os exercentes de funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Interessados: Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública no Estado do Espírito Santo – SINDIUPES e outros. Relator originário: Min. Carlos Britto. Relator para o acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, 29 de outubro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033>. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.426/CE*. Ação direta de inconstitucionalidade. AMB. Lei nº 14.506, de 16 de novembro de 2009, do Estado do Ceará. Fixação de limites de despesa com a folha de pagamento dos servidores estaduais do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público estadual. Conhecimento parcial. Inconstitucionalidade [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requeridos: Governador do Estado do Ceará; Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Dias Toffoli, 9 de fevereiro de 2011b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1169064>. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983/CE*. Processo objetivo – ação direta de inconstitucionalidade – atuação do Advogado-Geral da União. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Governador do Estado do Ceará; Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio, 6 de outubro de 2016a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.287/PB*. Ação direta de inconstitucionalidade. Ação proposta pela Associação Nacional de

Defensores Públicos – ANADEP. Art. 103, IX, da CRFB/88. Legitimidade ativa. Pertinência temática caracterizada. Lei nº 10.437/2015 do Estado da Paraíba. Lei Orçamentária Anual. Evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria [...]. Requerente: Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP. Interessados: Governador do Estado da Paraíba; Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba. Relator: Min. Luiz Fux, 18 de maio de 2016b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11638659>. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 951/SC*. Controle da constitucionalidade. Embargos de declaração. Revogação da norma objeto da ação direta. Comunicação após o julgamento do mérito. Desprovisionamento [...]. Embargante: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Embargado: Governador do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Roberto Barroso, 27 de outubro de 2016c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13065489>. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 662/DF*. Requerente: Presidente da República. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, 3 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342832909&text=.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 197.917/SP*. Recurso extraordinário. Municípios. Câmara de vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores [...]. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Min. Maurício Corrêa, 6 de junho de 2002b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 567.985/MT*. Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição [...]. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Recorrida: Alzira Maria de Oliveira Souza. Interessados: 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 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 13 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas*. Brasília, DF: STF, [2021]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em: 13 out. 2021.

BREVE histórico da Justiça Federal. [Brasília, DF: CJF, 20--]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/atlas/1ahist.htm>. Acesso em: 13 out. 2021.

CHIANELLI, Laila Alves. *O efeito backlash à luz da teoria dos diálogos constitucionais*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Público e Privado) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2019/LailaAlvesChianelli.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.

FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: JusPODIVM, 2019.

LEUCHTENBURG, William E. When Franklin Roosevelt clashed with the Supreme Court – and lost. *Smithsonian Magazine*, [s. l.], May 2005. Disponível em: <https://www.smithsonianmag.com/history/when-franklin-roosevelt-clashed-with-the-supreme-court-and-lost-78497994/>. Acesso em: 13 out. 2021.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Coleção Clássicos).

MARMELSTEIN, George. *Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. [S. l.: s. n.], 2016. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Nova Cultural, 2000. 2 v. (Os Pensadores).

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 1, t. 1.

SANTOS, Alessia Pamela Bertuleza. O *backlash* silencioso: notas sobre a EC 91/2016. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI: HERMENÊUTICA JURÍDICA, 26., 2017, Brasília, DF. [Anais]. Florianópolis: Conpedi, 2017. p. 6-24. Disponível em: <http://conpedi.danilojr.info/publicacoes/roj0xn13/86ctbmy7/rA07U56JydrnVcnq.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

SHOGAN, Robert. *Backlash: the killing of the New Deal*. Chicago: Ivan R. Dee, 2006.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SUPREMO Tribunal Federal (STF). In: FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. *FGV CPDOC*. Rio de Janeiro: FGV, CPDOC, [2017]. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/supremo-tribunal-federal-stf>. Acesso em: 13 out. 2021.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*. 16. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2015.

_____. *Estado de emergência: o controle do poder em situação de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VASCONCELOS, Frederico. Juiz que condenou a União temia ser morto. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 23 out. 2005. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2310200519.htm>. Acesso em: 13 out. 2021.

Quando mais é menos

Arranjos institucionais e acordos de leniência anticorrupção no Brasil

MARCELO DIAS VARELLA

CARLOS HIGINO RIBEIRO DE ALENCAR

MARCELO PONTES VIANNA

Resumo: O acordo de leniência anticorrupção no Brasil surgiu com a Lei nº 12.846/2013 e logo em seguida teve ampla aplicação envolvendo grandes empresas e um enorme volume de recursos, principalmente em razão da Operação Lava Jato. O artigo pretende mostrar que as mudanças legais, embora tenham facilitado a investigação e a comprovação das condutas, desenharam um arranjo institucional complexo, com sobreposição de competências e divergência de interesses. A metodologia utilizada envolveu a análise do objetivo perseguido nos acordos por cada órgão público – Ministério Público, Tribunal de Contas e ente lesado (federal, estadual ou municipal). Os resultados demonstram haver dificuldades para harmonizar os interesses de todos esses participantes. A conclusão é que a falta de delimitação do papel de cada um deles e de regras de coordenação acaba por impedir um resultado mais efetivo e célere decorrente da celebração de acordos de leniência.

Palavras-chave: acordo de leniência; corrupção; Operação Lava Jato; estratégia de negociação.

When more is less: institutional arrangements and anticorruption leniency agreements in Brazil

Abstract: The anti-corruption leniency agreements in Brazil arose under Act n. 12.846/2013, and soon followed a broad application involving large companies and a huge amount of resources, mainly due to the Operation Car Wash. The article intends to show that the legal changes, although have facilitated the investigation and the proof of conducts, designed a complex institutional arrangement, with overlapping competences and diverging interests. The methodology used involved the analysis of the aim pursued by each public agency – Prosecutors, Court of Auditors and

Recebido em 20/9/21
Aprovado em 29/10/21

harmed entities (federal, state and municipal) – in the agreements. The results show that there are difficulties in harmonizing the interests of all these participants. The conclusion is that the lack of delimitation of the role of each one and of coordination rules ends up harming a more effective and quick result from the execution of leniency agreements.

Keywords: leniency agreement; corruption; Operation Car Wash; negotiation strategy.

1 Introdução

A utilização de acordos de leniência para a solução de problemas de corrupção envolvendo empresas e o setor público foi inserida em 2013 no Direito brasileiro pela Lei nº 12.846 (BRASIL, [2015b]), que ficou conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira. Essa solução foi implementada no contexto de um movimento internacional anticorrupção (KOEHLER, 2012) ocorrido duas décadas antes, que envolveu a assinatura de diversos tratados internacionais¹ e a criação de leis anticorrupção em vários países. O Quadro 1 mostra uma série de países que, como o Brasil, introduziram normas anticorrupção com a utilização de acordos de leniência, o que ocorreu com maior frequência no final dos anos 1990 e no início dos anos 2000:

Quadro 1

Leis anticorrupção com acordo de leniência

País	Título normativo	Entrada em vigor
África do Sul	<i>Companies Act</i>	2008
Alemanha	<i>OWiG</i>	1987
Austrália	<i>Serious and Organised Crime Act</i>	2010
Áustria	<i>VbVG</i>	2006
Bélgica	<i>Loi du 11 mai</i>	2007

¹Entre os vários tratados assinados destacam-se a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), adotada em Caracas, em 29/3/1996, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, aprovada no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), concluída em Paris, em 17/12/1997, e que entrou em vigor internacional em 15/2/1999, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em Nova Iorque, em 31/10/2003.

País	Título normativo	Entrada em vigor
Bulgária	<i>Law on Amendments and Supplements to LAOS</i>	2013
Canadá	<i>Criminal Code (s. 22.2)</i>	2004
Chile	<i>Responsabilidad penal de las personas jurídicas</i>	2009
Coréia	<i>FBPA</i>	1999
Dinamarca	<i>Act of 4 April</i>	2000
Eslovênia	<i>Law on the Liability of Legal Persons for Criminal Offences</i>	1999
Estônia	<i>Penal Code (s. 298)</i>	2008
Estados Unidos	<i>FCPA Amendment</i>	1988
Finlândia	<i>Criminal Code (c. 16 s. 18)</i>	2011
Grécia	<i>Ratification of the convention of Strasburg on corruption</i>	2007
Holanda	<i>Hoge Raad</i>	2003
Hungria	<i>Act CIV on Measures Applicable to Legal Entities under Criminal Law</i>	2001
Islândia	<i>Criminal Responsibility of Legal Persons in Relation to Bribery and Terrorism</i>	2003
Israel	<i>Penal Code (a. 291-A)</i>	2010
Irlanda	<i>Prevention of Corruption Amendment Act</i>	2010
Itália	<i>Decreto Legislativo</i>	2001
Japão	<i>Unfair Competition Prevention Law Amendment</i>	2005
Lituânia	<i>Criminal Code (a. 20)</i>	2000
Luxemburgo	<i>Act of 4 February</i>	2010
Nova Zelândia	<i>Criminal Proceeds (Recovery) Act</i>	2009
Noruega	<i>Penal Code Provisions</i>	2003
Polônia	<i>Act on Liability of Collective Entities</i>	2003
Portugal	<i>Lei Penal</i>	2007
Reino Unido	<i>UK Bribery Act</i>	2010
Rússia	<i>Code of Administrative Offences</i>	2011
Suécia	<i>Penal Act</i>	2019
Suíça	<i>Criminal Code Amendment</i>	2003
Tchéquia	<i>Criminal Liability of Legal Entities</i>	2011
Turquia	<i>Code of Misdemeanour Procedure</i>	2008

Fonte: elaborado pelos autores com base em dados da OCDE (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2019).

Outros países também introduziram normas sobre o tema logo depois do Brasil. A lei da Espanha é de 2015, a da França, de 2016, e a do México, de 2017. A OCDE destaca a utilização da negociação em casos de corrupção como a solução adotada pela maior parte dos países signatários de sua convenção (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2019).

A Lei Anticorrupção Brasileira alcança um espectro amplo de pessoas jurídicas que praticam atos lesivos à Administração Pública. Assim, não somente empresas mas também outras pessoas jurídicas como fundações e associações privadas podem, por exemplo, ter condutas tipificadas pela Lei. Entretanto, dada a maior tendência de participação de empresas na

prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, elas serão utilizadas como uma representação de ente privado.

O acordo de leniência anticorrupção foi concebido como um contrato na instância administrativa, com reflexo limitado na instância civil. A Lei previu que o ente federado envolvido – União, estado, Distrito Federal ou município – indicaria um órgão responsável por sua negociação e celebração, já definindo que, no âmbito federal, tal competência recairia sobre a Controladoria-Geral da União, nos termos do art. 16, § 10, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, [2015b]).

Aliás, irmã gêmea do acordo de leniência e relacionada à instância penal – Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, [2019a]) –, a colaboração premiada foi sancionada um dia antes da Lei Anticorrupção Brasileira e resultou na participação indispensável do Ministério Público. Também fortaleceu essa conexão a atuação do órgão na ação de improbidade, existente desde 1992.

O modelo previsto incorporou um elemento de complexidade quando, no âmbito federal, o Tribunal de Contas da União (TCU) indicou sua participação no processo, com base em suas competências constitucionais. O TCU entendeu que não lhe cabia sentar-se à mesa de negociações, mas determinou o acompanhamento dos acordos e indicou que daria a palavra final quanto aos valores, em razão do art. 71, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2021a]).

Além da multiplicidade dos participantes do acordo de leniência, deve-se levar em conta que esse instrumento de solução de condutas corruptas comporta diversos interesses em sua celebração. O presente artigo aborda os quatro que se consideram principais: (a) os valores com que a empresa deverá arcar em função do problema; (b) o prazo e os elementos de coerção para o pagamento desse valor; (c) o impacto econômico na sociedade; e (d) as sanções penais.

Investiga-se como todos os partícipes interagem no processo de negociação, dados seus interesses, e como essa coordenação é importante para o resultado do acordo.

A metodologia adotada busca analisar os interesses de cada participante, mas, sobretudo, os dos órgãos públicos, com base em seus papéis institucionais. A proposta é analisar a participação de cada um deles no âmbito da política pública de combate à corrupção, não somente do ponto de vista de suas competências e interesses.

O presente artigo tem seu fundamento teórico no comportamento racional e maximizador do agente. A Análise Econômica do Direito tomou emprestado da Economia esse método de análise, baseado em especial na noção de escassez. Robbins (1932, p. 15-16, tradução nossa) definiu a Economia como “a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos, que possuem usos alternativos”.

Tal método indica que, num Estado de Direito, os agentes buscarão orientar suas condutas para maximizar seus interesses. Obviamente essa maximização estará circunscrita às limitações conferidas pelo ordenamento jurídico.

O tema da pesquisa é plenamente justificado pela importância atribuída ao combate à corrupção tanto no Brasil quanto em nível internacional nos últimos anos, com a busca de instrumentos que assegurem maior efetividade a essa política.

O objetivo é mostrar que a complexidade do sistema não adveio somente da existência de múltiplos atores como também dos interesses, nem sempre convergentes, de cada um no processo, e da falta de mecanismos de harmonização, o que gera incerteza no processo de negociação. O principal problema não decorreu da já esperada divergência entre os setores público e privado, mas do conflito entre os órgãos públicos.

A hipótese principal é que o modelo criado no Brasil para os acordos de leniência não realizou uma análise do papel institucional dos diversos órgãos públicos envolvidos e não conseguiu estabelecer previamente regras de harmonização que minimizassem as dissensões entre eles. Busca-se demonstrar que, apesar de todos esses órgãos participarem da mesma política pública de prevenção e combate à corrupção, seus interesses não são necessariamente convergentes. Na ausência de regras de harmonização, fica reduzido o próprio poder de negociação dos órgãos de controle e dificultado o alcance dos objetivos da Lei Anticorrupção Brasileira.

O artigo inicia-se com uma breve análise do comportamento racional, de forma a embasar a abordagem de que cada agente agirá segundo seu interesse, e sobre as condições e a competência para a celebração dos acordos de leniência. Em seguida, trata-se dos interesses dos participantes do acordo – empresa, ente lesado, Ministério Público e Tribunal de Contas – e analisam-se

possíveis soluções institucionais e jurisprudenciais para lidar com o conjunto de interesses e aumentar a efetividade dos acordos de leniência. A conclusão é que, embora a participação desses três atores públicos pudesse garantir uma maior credibilidade ao processo, notadamente pela atuação fiscalizatória do Ministério Público e do Tribunal de Contas, a falta da delimitação do papel de cada um acaba por impedir um resultado mais efetivo e célere quanto à celebração de acordos de leniência anticorrupção, visto que cada um desses partícipes pode invalidar a negociação travada pelo outro, o que implica elementos de incerteza e instabilidade no processo.

2 Comportamento racional e maximização dos interesses dos agentes nos acordos de leniência

No caso dos acordos de leniência, o cálculo racional será fundamental na tomada de decisões, pois tanto a empresa que venha a colaborar quanto o agente público que aceite tal colaboração terão que transigir para alcançar seus objetivos. A empresa abrirá mão do direito de defender-se, admitindo sua responsabilidade e aceitando o pagamento de uma multa – ainda que reduzida – em troca de um processo mais célere e da imposição de sanções mitigadas. A autoridade pública renunciará a parte das penalidades que poderia aplicar para ter um processo também mais célere, mais seguro e com capacidade de alcançar outros envolvidos. Justamente pela falta de uma estrutura coordenada de governança, há de um lado um único agente privado, a empresa, que negocia com vários agentes do Poder Público. Para entender esse cenário, apresentam-se rapidamente as condições e competências para a celebração de acordos de leniência.

O art. 16 da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, [2015b]), que trata do acordo de leniência, prevê

algumas condições² para sua celebração, conforme as quais a empresa deverá: (a) identificar os demais envolvidos na infração, quando couber; (b) fornecer informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração; (c) ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; (d) cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; (e) admitir sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo; e (f) reparar integralmente o dano.

Nota-se que algumas dessas condições, em especial o item c, provieram da legislação de defesa da concorrência. Nesse domínio, tal requisito é de aplicação lógica ao ilícito de cartel, uma vez que se trata de conduta que necessariamente envolve mais de um agente. Todavia, no contexto anticorrupção, é plenamente possível o cometimento de atos lesivos contra a administração que envolva apenas uma empresa. Portanto, o requisito da primazia da colaboração só faz sentido no âmbito da Lei Anticorrupção Brasileira quando houver conluio entre particulares para a prática da conduta.

No terreno da investigação criminal da Operação Lava Jato, pioneira na negociação de acordos de leniência no Brasil, houve certo debate sobre como tratar esse tema. A prática, no âmbito penal, evoluiu para a possibilidade de celebração de acordo com várias empresas, desde que houvesse fornecimento de dados novos e redução dos benefícios.

A Lei Anticorrupção Brasileira apresentou lacuna nesse campo, pois mesmo nas normas de defesa da concorrência, em que necessaria-

² Esse artigo faz uma diferenciação entre resultados esperados, no *caput*, e requisitos, em seu § 1º. Ao final, ambas são condições, mesmo que esperadas, para a celebração. Além disso, o § 3º prevê a reparação integral do dano como condição.

mente há conluio, a possibilidade de transação com mais de uma empresa existe, embora com menores benefícios. Na defesa da concorrência existe um instrumento distinto do acordo de leniência chamado Termo de Compromisso de Cessação (TCC), previsto no art. 85 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, [2015a]), que pode ser firmado com outras empresas distintas da primeira. O TCC pode ser assinado com todas as outras empresas envolvidas na conduta anticompetitiva, mas somente gera benefícios automáticos na instância administrativa, e não na criminal, embora o Ministério Público possa conceder benefícios nessa seara. Ademais, no âmbito da defesa da concorrência, existe ainda a chamada leniência *plus*, na qual uma empresa, que não se qualificou como a primeira colocada para um determinado caso, pode ter benefícios adicionais ao delatar um cartel em outro mercado relevante³.

A competência para celebração de acordos de leniência anticorrupção foi estabelecida pela lei brasileira para a “autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública”, destacando-se que a “Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira” (BRASIL, [2015b]). Não há, na Lei nº 12.846/2013, previsão para que o Ministério Público celebre acordo de leniência com ente privado⁴. No presente artigo,

³ O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) ([2017]) publicou um manual que explica de forma didática esses procedimentos.

⁴ Uma das defesas para a participação advém do fato de que o Ministério Público pode propor ação de improbidade administrativa, que teria o condão de invalidar o acordo. Dessa forma, sua participação garantiria proteção contra esse tipo de represália ao leniente. Os argumentos, todavia, têm sido mais amplos. O termo que celebrou acordo de leniência pelo Ministério Público com a J&F Investimentos S.A. fundamentou-se “no artigo 129, incisos I, III e IX, da Constituição Federal; nos artigos 13 a 15 da Lei nº 9.807/99; no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98; art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85;

todavia, insere-se o Ministério Público como ator relevante, pois na prática jurídica o órgão vinha desde o início da vigência da nova lei, de fato, celebrando acordos de leniência, os quais foram sendo acolhidos pelo Poder Judiciário. Mais recentemente, com a alteração do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 (BRASIL, [2021c]), essa competência foi mais bem delimitada em função da possibilidade de acordo na ação de improbidade, de natureza civil, da qual é titular o Ministério Público. O art. 17, § 1º, original da Lei nº 8.429/1992, vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. Com a nova redação dada pela Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019b), a Lei de Improbidade passou a prever que as ações dessa espécie admitem a celebração de acordo de não persecução cível. Dessa forma, o Ministério Público reforçou seu papel no âmbito desse quadro.

Quanto aos efeitos do acordo de leniência, além de reduzir a multa, ele pode eximir a pessoa jurídica da publicação extraordinária da decisão condenatória, ou seja, de dar publicidade ampla do acordo nos meios de comunicação, como também da proibição do recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

Examinados os contornos gerais do acordo, passa-se a analisar o interesse de cada participante no processo de negociação.

3 Interesses das empresas acusadas

As empresas ou outros entes privados, no âmbito dos acordos de leniência anticorrupção, possuem interesse em minimizar as reparações a serem pagas e normalizar, o mais rapidamente possível, sua atividade econômica e seus contratos públicos. Nos países com maior tradição em acordos de leniência anticorrupção, grandes companhias podem ser várias vezes punidas, arcarem com as sanções e continuarem com suas atividades econômicas. O mesmo parece não ter ocorrido nesse primeiro momento no Brasil, onde houve a recuperação judicial de várias companhias em função das sanções e dos procedimentos impostos. Dentre as maiores empresas

no art. 26 da Convenção de Palermo; e no art. 37 da Convenção de Mérida; nos artigos 4º a 8º da Lei nº 12.850/2013; nos artigos 3º, § 2º e § 3º, 485, VI, e 487, III, 'b' e 'c', do Código de Processo Civil, nos artigos 840 e 932, III, do Código Civil, artigos 16 a 21 da Lei nº 12.846/2013 e de seu decreto regulamentador; na Lei nº 8.429/92; nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 e nos princípios de composição consensual previstos no artigo 2º da Lei 13.140/2015" (BRASIL, 2017a, p. 2). Embora nenhuma das mencionadas normas preveja expressamente o Ministério Público como celebrante de acordos de leniência anticorrupção, o Poder Judiciário acolheu essa tese, justificando plenamente inserção do ente neste artigo.

que celebraram acordos de leniência com a CGU, várias ingressaram em processo de recuperação judicial:

Quadro 2

Empresas brasileiras ⁽¹⁾ que celebraram acordos de leniência e entraram em recuperação judicial (2017-2019)

Ano	Empresa	Recuperação judicial
2019	Braskem S/A	SIM
2019	Technip Brasil e Flexibras	NÃO
2019	Camargo Corrêa	NÃO
2019	Nova Participações S/A	SIM
2019	OAS	SIM
2018	Odebrecht	SIM
2018	Andrade Gutierrez	NÃO
2018	Mullenlowe e FCB Brasil	NÃO
2017	UTC Participações S/A	SIM

Fonte: elaborado pelos autores com base em dados da CGU (BRASIL, [2021b]).

⁽¹⁾ A CGU também celebrou acordos de leniência nesse período com as empresas estrangeiras Bilfinger e SBM Offshore. Como a maioria dos processos de investigação da Operação Lava Jato foi instaurada em 2014 e 2015, houve um prazo elevado para a conclusão da negociação dos acordos de leniência, um sinal da falta de harmonia entre os órgãos públicos.

As empresas lidam com os custos de cumprimento da sanção, com o bloqueio dos seus bens e, eventualmente, com as sanções penais para seus dirigentes – o que é relevante, sobretudo em caso de empresas de gestão familiar. Assim, pode-se dizer que *a pessoa jurídica firmará um acordo de leniência se a utilidade que espera dele for maior que o custo de cumprimento das sanções*. Este pode ser mensurado em função do custo econômico-financeiro que a empresa tem de enfrentar em razão da crise de credibilidade gerada pelo problema de corrupção detectado. Esse custo decorre, essencialmente: (a) dos valores com que a empresa deverá arcar e (b) do prazo e dos elementos de coerção para pagamento desse valor.

Os valores com que a empresa deverá arcar estão associados ao que ela tem que pagar ao Estado (normalmente multa e ressarcimento) e à desvalorização que ela sofre em razão do problema. Podemos afirmar que o primeiro é um custo público, pago ao Estado e decorrente de lei; e o segundo, um custo privado que a empresa assume perante seus parceiros particulares, em razão da perda de sua reputação.

Os valores que a empresa tem que pagar ao Estado são calculados com base nos contratos que ela conquistou mediante atos ilícitos, excluídos seus custos, de forma a evitar um enriquecimento sem causa da Administração. Ademais, está incluso como ressarcimento o valor da propina paga, já que é ilícita tal despesa. A desvalorização da empresa, por sua vez, decorre

da redução que o mercado lhe imputa em razão da gravidade do problema. As instituições financeiras têm a obrigação de rever a classificação de crédito dos tomadores de empréstimos sempre que ocorre um fato relevante. Assim, se um grande caso de corrupção vem à tona e isso pode vir a afetar a capacidade de pagamento da empresa, a instituição financeira prestamista é obrigada a rever essa nota, o que aumenta o custo do crédito. Da parte dos investidores, entre os que possuem ações da empresa pode haver o desejo de venda, derrubando sua cotação. Empresas que operam em bolsa de valores podem ter de imediato essa valoração medida pela queda do valor de suas ações. Mesmo empresas de capital fechado sentem essa perda de valor, pois muitos parceiros comerciais, como bancos e fornecedores, aumentam o custo de realizar negócios com elas, em função de denúncias de corrupção. O ambiente de negócios torna-se mais difícil e, portanto, mais caro.

Porém, o peso do valor com que a empresa tem de arcar é mitigado se não houver uma forma de coerção capaz de obrigá-la a pagar e, notadamente, se os prazos de pagamento forem extremamente longos. Assim, o pagamento imediato desse valor e a coerção para efetivar esse pagamento também são fundamentais para determinar o custo de cumprimento das sanções. Na esfera pública, a efetividade e o imediatismo dependem tanto da capacidade do Poder Público de bloquear bens, fontes de receitas e fontes de financiamento da pessoa jurídica, quanto do tempo de duração para que o processo chegue ao final com efetividade; na esfera privada, dependem do grau de alavancagem da empresa, ou seja, de quanto ela depende de outros entes privados para financiar-se por meio de ações, empréstimos ou adiantamentos de fornecedores.

Em relação à capacidade dos órgãos públicos para bloquear bens, fontes de receita e fontes de financiamento da empresa, o Ministério Público

ou a Advocacia Pública podem realizar essa ação com uma série de pedidos cautelares em processos cíveis, sobretudo a ação de improbidade, e a Administração, por meio de penalidades administrativas que impedem a contratação pelo Poder Público. O prazo de duração do processo é fator essencial no custo de cumprimento da sanção. Mesmo que seja alta, uma reparação perde muito de sua força caso seu tempo de efetivação se estenda por prazo elevado.

Tradicionalmente, as empresas não eram tão afetadas por denúncias graves de corrupção em virtude da duração excessiva dos processos. Em primeiro lugar, em casos de corrupção era extremamente elevado o tempo para a conclusão de um processo de ressarcimento e de um processo penal. Na esfera penal, por mais graves que pudessem ser, as sanções ficavam num horizonte distante⁵. Além disso, sua efetividade era também muito baixa, ou seja, poucas pessoas envolvidas em ilícitos sofriam condenação penal (ALENCAR; GICO JÚNIOR, 2011). No âmbito administrativo, os processos de tomada de contas especiais também apresentam sérios problemas de eficácia, em razão do tempo e dos valores das condenações (QUINTÃO; CARNEIRO, 2015).

A apuração dos danos (tomadas de contas especiais) é iniciada pelo próprio órgão ou entidade, passa pelo órgão de controle interno para verificação e segue para julgamento pelo Tribunal de Contas competente. Caso haja divergências, a pessoa jurídica pode ainda recorrer ao Poder Judiciário. Após o julgamento definitivo pelo Tribunal de Contas, o débito converte-se em título executivo extrajudicial e deve passar por um processo judicial de execução. Silva (2018) apresenta fortes evidências da ineficácia des-

⁵ Caso emblemático é o do ex-senador Luiz Estevão, condenado por fraudes na construção de um edifício para a Justiça do Trabalho em São Paulo, cujas denúncias vieram à tona em 1999, durante a CPI do Judiciário. Ele somente iniciou o cumprimento da pena em 2016.

se processo no âmbito federal. Seu tempo de duração pode ser ruim para o Estado e para as empresas, por causar insegurança sobre as sanções aplicadas, os montantes devidos, a capacidade de contratar com o poder público e a própria continuidade do negócio.

O cálculo do valor a ser ressarcido também é impactado pelo tempo. Há grande dificuldade de comprovação de sobrepreço ou superfaturamento após certo prazo. Em obras complexas, como usinas hidrelétricas de grande porte ou refinarias, é difícil a comparação de preços com obras semelhantes, dada sua singularidade. Nesses casos, normalmente o sobrepreço ou o superfaturamento são verificados pelo detalhamento dos custos, principalmente durante a execução, razão pela qual é fundamental o acompanhamento *pari passu* pelas auditorias. Em serviços, dada sua intangibilidade, também é difícil a auditoria posterior⁶. O impacto econômico costumava ser também reduzido, pois não havia a tradição de o Poder Judiciário ou a Administração aplicar sanções que, no curto prazo, tivessem relevância na situação econômica da empresa. Esse prazo também se reflete nas atividades privadas das empresas.

Em projetos de grande porte, o padrão é o financiamento por terceiros, e não com capital próprio, ou seja, grandes empresas normalmente dependem de terceiros para financiar grandes projetos. Os efeitos privados não decorrem somente da avaliação que o mercado faz das perdas potenciais da empresa, mas de quanto dura o processo que possa sinalizar a resolução do problema. Quanto mais tempo demora o processo

⁶ A CGU e o TCU, órgãos de controle no âmbito federal, apontaram vários casos de potenciais fraudes em políticas públicas que implicavam prestação de serviços (como políticas de capacitação, por exemplo) em que se suspeitava do número de pessoas efetivamente treinadas. Normalmente essas auditorias trabalhavam com amostras e sugeriam medidas de aperfeiçoamento, sendo difícil recuperar os recursos de eventuais desvios, bem como quantificá-los com precisão.

de negociação do acordo de leniência, maiores as dúvidas quanto à continuidade da empresa. Não se trata de um valor a ser ressarcido em função da descoberta do ato corrupto, dado que os empréstimos não representam nada mais do que uma obrigação por uma dívida contraída, e não uma sanção; por isso, o prazo de duração do processo pode gerar enorme ônus para a empresa, em virtude da tentativa de antecipação do vencimento e da dificuldade de adiar o pagamento das dívidas. Essa dificuldade é tanto maior quanto mais a empresa depender de terceiros para financiar suas atividades. O impacto econômico para a sociedade não é elemento central para a empresa. De certa forma, ele serve como instrumento de pressão a ser explorado por ela contra a Administração Pública, normalmente comandada por políticos que prestam contas à sociedade quanto à perda de empregos e à paralisação de obras e serviços.

Por fim, quanto às sanções penais, o interesse das empresas depende de sua estrutura societária e de governança. Caso tenha uma estrutura profissionalizada, a pessoa jurídica poderá estar mais propensa a dispensar seus diretores ou empregados envolvidos nas irregularidades. Desse modo, uma atitude de plena colaboração da empresa auxiliará o Ministério Público na persecução penal das pessoas naturais. Essa é a realidade da maioria das grandes empresas em países desenvolvidos, onde se afirma que o interesse das empresas também é fraco quanto à possibilidade de aplicação de sanções penais a seus colaboradores. Se tiver um programa sério de *compliance*, a empresa buscará antecipar-se a sanções de autoridades públicas, reportando o problema e punindo preventivamente seu colaborador.

Por outro lado, em empresas familiares, cuja administração ainda repousa no apontamento de dirigentes com relações pessoais bastante próximas com os sócios da empresa, vislumbram-se

maiores dificuldades na decisão de colaborar. Nesse cenário, espera-se que no cálculo dos acordos os controladores da empresa considerem as repercussões criminais da colaboração, tal como o tempo de prisão que terão que cumprir as pessoas físicas implicadas, sobretudo os ocupantes de postos elevados. Esse parece ter sido o caso de boa parte das empresas envolvidas na Operação Lava Jato. No geral, o custo de cumprimento das sanções era baixo. Assim, tradicionalmente a estratégia das empresas fundava-se na procrastinação dos processos administrativos e judiciais, com a utilização de todos os recursos disponíveis para adiar as decisões finais *sine die*.

É óbvio que antes de existir o acordo de leniência não havia sequer o instrumento de negociação que permitisse uma colaboração recompensada. Consideramos que a mera introdução desse acordo no ordenamento jurídico não foi suficiente para incentivar as empresas a aderirem a ele. Na verdade, houve um esforço da Administração Pública para elevar o custo de cumprimento das sanções, o que fez com que várias empresas buscassem o acordo de leniência como solução para situações envolvendo casos de corrupção. Algumas causas do aumento de custos de cumprimento decorreram de mudanças na legislação; outras, porém, resultaram de alteração de condutas ou interpretações do Poder Público.

4 Interesses dos entes públicos

Ao ente lesado – União, estados, Distrito Federal e municípios, ou suas entidades – interessa o ressarcimento efetivo e o prejuízo mínimo para a atividade econômica, ou seja, o foco do ente público lesado é no impacto econômico na sociedade e no valor a ser pago pela empresa.

Quanto ao impacto na economia, o interesse do ente lesado decorre dos efeitos diretos e das

externalidades negativas. Diretamente, se há uma grande perda, a empresa corre o risco de não conseguir dar continuidade à obra ou ao serviço prestado. Nessa situação, a Administração deverá iniciar outro processo licitatório, além de arcar com o custo de mobilização e desmobilização da obra ou da interrupção do serviço. Ademais, caso o impacto econômico seja muito forte, há reflexos nos empregos, na produção e na arrecadação de tributos. Como o ente lesado está mais sujeito à cobrança popular que o Ministério Público e o Tribunal de Contas, é natural que se destaque mais o impacto econômico na sociedade. Os trabalhadores que perderem seus empregos cobrarão soluções dos políticos, e não dos membros do Ministério Público ou dos tribunais de contas.

Uma grande mudança nos últimos anos propiciou incentivos para que empresas aderissem aos acordos de leniência: a capacidade do Poder Público de restringir o acesso das empresas corruptoras a recursos públicos, minando suas principais fontes de renda. Essa mudança decorreu, sobretudo, da utilização mais célere e efetiva das sanções impeditivas de contratação com a Administração Pública, tais como a suspensão e a declaração de inidoneidade que, além do seu efeito direto, tiveram um efeito indireto: o desgaste da reputação da empresa. Embora a Justiça possa decretar, inclusive preventivamente, vários tipos de bloqueios patrimoniais, esse não é um procedimento comum⁷. Assim, o incremento na capacidade de impedir a empresa punida de obter novas contratações públicas também não decorreu de alteração legal, mas da mudança de procedimento da Administração Pública em relação a esse tipo de sanção. Embora a suspensão e a declaração de inidoneidade – principais

⁷Normalmente os juízes somente bloqueiam bens para garantir a eventual execução da sanção. No caso em questão, o maior impacto é o do bloqueio para contratar com o Poder Público.

sanções administrativas que impedem as pessoas jurídicas de firmar novos contratos com a Administração Pública – já estivessem previstas na Lei de Licitações, a Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, [2021d]), sua aplicação em grandes casos ocorreria somente muitos anos depois. Destaque-se a decretação de inidoneidade aplicada pela CGU em 2007 à Construtora Gautama (investigada no âmbito da Operação Navalha por envolvimento em desvio de recursos em licitações públicas), em 2012 à Construtora Delta e em 2016 à Construtora Mendes Júnior. Essas sanções têm forte impacto, pois, uma vez aplicadas por qualquer ente, impedem que a empresa sancionada firme novos contratos com a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e todas as suas entidades vinculadas. Em empresas que se especializaram em prestar serviços ao setor público, a impossibilidade de firmar novos contratos acarreta enorme impacto. Na prática, esses efeitos confirmaram-se nos casos mencionados. As empresas Delta e Gautama faliram e a Mendes Júnior entrou em processo de recuperação judicial.

A efetividade do bloqueio de novas contratações gerou também um impacto nas expectativas dos demais agentes econômicos sobre as empresas. Dessa forma, vários fornecedores e, principalmente, instituições financeiras, com presença frequente nos grandes projetos, passaram a avaliar os potenciais reflexos das sanções impeditivas de contratar com o Poder Público na saúde financeira das empresas. Assim, após a verificação de efetividade do bloqueio de contratar nos primeiros casos na esfera federal, o anúncio de que determinada empresa poderia estar sujeita a uma sanção de inidoneidade já fez com que vários desses agentes, principalmente os bancos, revissem a nota de crédito e restringissem os financiamentos. As expectativas dos agentes e o comportamento de terceiros – no caso as instituições financeiras que buscavam

antecipar-se ao pior cenário – faziam com que ele chegasse mais cedo.

O ente lesado não se preocupa muito com o prazo de duração do ressarcimento. Possivelmente por temor de ser acusado pelos órgãos de controle de ter sido complacente com a empresa quanto ao valor devido, os representantes do ente lesado tendem a preocupar-se mais em cobrar valores significativos, mesmo que num prazo mais longo. O aspecto das sanções penais é visto pelo ente lesado como uma tarefa do Ministério Público.

Dessa forma, o interesse do ente lesado recai principalmente no impacto econômico sobre a sociedade e sobre o valor a ser pago. Mudanças de conduta da própria Administração Pública e a opção por dar maior atenção aos processos de proibição de contratação aumentaram seu poder de barganha nos acordos de leniência.

5 Interesses do Ministério Público

No âmbito das negociações, ao Ministério Público interessam essencialmente as questões penais delas decorrentes e o valor a ser pago pelas empresas corruptoras.

Saliente-se que os acordos de leniência no Brasil não tratam de questões penais. A Lei nº 12.846/2013 trata somente de questões cíveis e administrativas. Na esfera criminal, a colaboração premiada está prevista na Lei nº 12.850/2013; na instância civil, o Ministério Público pode ingressar com ação de improbidade para cobrar valores que entende devidos e inviabilizar o acordo de leniência. Assim, ele se torna um ator essencial na negociação dos acordos de leniência, sendo fundamental o olhar que esse órgão terá sobre o aspecto penal, que certamente tem influência nesse processo. Ademais, o Ministério Público Federal (MPF) criou escritórios e uma câmara de revisão centrados em corrupção, nos quais o mesmo procurador atua tanto na instância

cível – com relação aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/1992 – como na criminal, relativamente aos crimes praticados por funcionário público ou particular contra a Administração⁸.

Quanto às questões penais, não existe responsabilidade penal de pessoa jurídica no Brasil, com exceção dos crimes ambientais (nos termos do art. 225, § 3º, da CRFB), de forma que nesse campo se trata exclusivamente de pessoas naturais. Entretanto, por que essa variável deve ingressar no cálculo do custo da punição? Ainda que se trate de pessoas jurídicas, o tipo de relação que as pessoas naturais envolvidas com os atos lesivos contra a Administração mantêm com a empresa tem enorme influência nas decisões sobre participação no acordo de leniência. Em empresas em que os dirigentes sejam ao mesmo tempo proprietários, a revelação de fatos que os incrimine poderá levá-los à prisão, de sorte que a empresa considerará essa questão de maneira bastante clara. Em empresas em que a direção é profissionalizada, a sanção penal terá pouca ou nenhuma influência sobre custos da punição. Há mercados em países desenvolvidos onde a maior parte das grandes empresas conta com administração profissional, com separação entre proprietários e gestores. Neles a pessoa jurídica privada tem interesse em delatar seu funcionário ou dirigente envolvido, pois a colaboração normalmente reduz suas penas.

Em relação ao pagamento, o Ministério Público tem adotado uma estratégia atenta a essa variável, mas sem comprometer-se com seu cálculo de maneira definitiva. Essa estratégia, presente no âmbito da Operação Lava Jato, consiste em negociar um valor, defini-lo como reparação civil e dar-lhe um caráter abrangente, envolvendo tanto o ressarcimento de danos quanto a multa. Seria, na verdade, um adiantamento, que posteriormente poderia ser revisto pelos órgãos de controle interno e externo, caso se comprovassem danos de maior valor.

Embora não seja competente para celebrar acordos de leniência no âmbito da Lei nº 12.846/2013, a construção jurídica prevalente no contexto atual é a de que o Ministério Público deve participar dos acordos de leniência. Há amplo debate sobre o crescimento do papel do Ministério Público após a CRFB. Autores como Arantes (2002), que adotam uma postura crítica em relação à ampliação desses poderes, destacam sobretudo um aspecto negativo quanto à ampliação dos instrumentos de controle dos governantes pelo Ministério Público. Ainda nesse sentido,

⁸ A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção) do Ministério Público Federal é dedicada ao combate à corrupção e atua nos feitos relativos aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/1992, nos crimes praticados por funcionário público ou particular (arts. 332, 333 e 335 do Código Penal) contra a Administração em geral, inclusive contra a Administração Pública estrangeira, bem como nos crimes de responsabilidade de prefeitos e de vereadores, previstos na Lei de Licitações.

critica-se o Ministério Público na propositura de múltiplas ações civis públicas, como se pretendesse substituir a sociedade civil nesse campo. Um resultado dessa estrutura é o aumento do papel do Poder Judiciário *vis-à-vis* às instituições representativas. Essa atuação traria embutida uma “visão de uma sociedade civil incapaz de defender seus interesses, [hipossuficiente], e de instituições políticas insatisfatórias no cumprimento do seu papel representativo” (ARANTES, 2002 apud MACIEL; KOERNER, 2002, p. 119).

Maciel e Koerner (2002) rebatem essa visão de que o Ministério Público agiria de forma autônoma, dissociado das orientações e expectativas da sociedade. A tese de ambos é a de que o Ministério Público teria uma permeabilidade aos anseios da sociedade. Assim, essa tendência à substituição não seria uma conduta autônoma de uma instituição impermeável, mas gerada pelas denúncias e representações da sociedade. Os autores usam dados de ações civis propostas com a intenção de indicar que boa parte delas surge de denúncias da sociedade ou de órgãos administrativos do governo. Isso conferiria crescente visibilidade pública e legitimação social à sua intervenção nas disputas de natureza coletiva e difusa.

No caso dos acordos de leniência, a substituição não se dá em relação a membros da sociedade civil, mas representa uma nova forma dessa destacada atuação. Mesmo sem ter recebido competência legal expressa, o Ministério Público passa a celebrar acordos de leniência com pessoas jurídicas validados pelo Poder Judiciário. Nessa situação, o *parquet* não age por uma hipossuficiência do ente público, mas por um déficit de credibilidade. Essa legitimação estaria ligada a algumas garantias de que gozam os membros do Ministério Público: serem escolhidos por meio de concurso público e usufruírem de vitaliciedade, de modo que, em tese, teriam maior isenção para apurar tais casos. Há, nesse quesito, uma desconfiança quanto aos governantes eleitos e seus representantes para a celebração dos acordos de leniência, em vista da possível participação de quadros políticos em casos de corrupção, o que poderia ensejar o comprometimento dos negociadores, segundo a visão do Ministério Público.

Essa tese de falta de credibilidade e isenção dos órgãos do Poder Executivo pode ser relativizada quando se constata que boa parte das investigações da Operação Lava Jato foi realizada por órgãos do próprio Poder Executivo, como a CGU, a Polícia Federal e a Receita Federal. Talvez fosse mais adequado supor que o Ministério Público não tivesse uma posição contrária à participação de órgãos do Poder Executivo, mas que gostaria de ter a “palavra final” sobre as ações⁹. Porém, essa parece ser por

⁹ Um exemplo disso parece ter ocorrido no caso de algumas ações de improbidade administrativa propostas pelo Ministério Público no âmbito da Operação Lava Jato em

enquanto uma característica de alguns órgãos do Poder Executivo federal. Como o acordo de leniência pode ser firmado por estados e municípios, não se deve menosprezar que a atuação do Ministério Público possa trazer maior segurança ao processo como um todo. Essa atuação ganhou maior força com a alteração da Lei de Improbidade Administrativa, realizada pela Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019b, [2021c]), cujo art. 17, § 1º, passou a prever a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. Como o Ministério Público é titular da ação de improbidade administrativa, ganhou ainda mais força para atuar nos acordos de leniência.

Destaque-se, por fim, que o Ministério Público demonstra pouca preocupação com o impacto econômico na sociedade. A razão para isso pode estar, em grande parte, no modelo de escolha de seus membros no Brasil, por meio de concurso público, o que os deixa menos suscetíveis às pressões exercidas pela sociedade. O prazo e os elementos de coerção para pagamento também têm aparecido como uma preocupação fraca do Ministério Público, que tem demonstrado preferência por obter elevadas quantias pagas pelas empresas, mesmo que em prazos longos.

6 Interesses do Tribunal de Contas

Embora não previsto como participante no acordo de leniência pela lei, com fulcro em suas competências constitucionais¹⁰, o TCU entendeu que lhe caberia avaliar, sobretudo, os valores ressarcidos. Em virtude de ser essa a participação mais efetiva no período recente, será tomada como *proxy* da ação dos tribunais de contas de maneira geral.

Ao longo do processo, o TCU tem demonstrado elevada preocupação com o ressarcimento integral do dano, ao passo que por razões distintas o

relação à empresa Odebrecht. O MP solicitou que a AGU e a Petrobras ingressassem no polo ativo de tais ações. Quando o MP celebrou acordo de leniência com algumas dessas empresas, pediu a extinção das ações. Contudo, a AGU manifestou-se no sentido de que somente aderiria a essa tese se a União aquiescesse ao mencionado acordo. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região ratificou o entendimento de que é necessária a participação do ente, no caso federal, por meio da AGU e CGU: “Com efeito e, em suma, no âmbito das competências, parecem acertadas e harmônicas as normas integrantes do microsistema de combate à corrupção, uma vez que, na seara administrativa, a empresa dispõe do acordo de leniência (Lei 12.846/2013), enquanto na seara penal o instrumento é o acordo de colaboração (Lei nº 12.850/2013), este alcançando, como visto, a pessoa física. Coerentemente, no primeiro, administrativo, a autoridade competente integra a Administração Pública Direta ou Autárquica, enquanto no segundo, penal, a atribuição é do Ministério Público. No acordo de leniência, embora a lei aponte como legitimada a CGU, faz-se necessária a participação de todos os órgãos envolvidos (Ministério Público, Advocacia Pública, Tribunal de Contas) para que a responsabilização seja única e integral” (BRASIL, 2017b).

¹⁰ Em razão de o art. 71 da CRFB (BRASIL, [2021a]) determinar que todo particular que der causa a algum tipo de prejuízo à Administração pode ter suas contas analisadas pelo TCU, o Tribunal entende que pode rever todos os valores tratados no âmbito de acordos de leniência.

Poder Executivo e o Ministério Público têm sido mais abertos à concessão de descontos em relação aos valores considerados devidos, notadamente por se concentrarem respectivamente no impacto econômico sobre a sociedade e na punição dos responsáveis.

Devido à própria dificuldade e à demora em apurar tais valores, o TCU editou uma norma¹¹ que, com base em lucro médio estimado, prevê valores que deveriam ser ressarcidos. É verdade que tal norma permite a abertura para outros cálculos, mas leva a crer que o Tribunal estaria considerando aquela metodologia, cabendo à pessoa jurídica ou aos demais participantes do acordo de leniência indicar de maneira distinta; e que, caso isso não ocorresse, o Tribunal poderia utilizar seu método por estimativa.

Uma questão que transcende os acordos de leniência e se apresenta como um cânone do Direito Administrativo brasileiro é a da indisponibilidade de negociação de valores devidos ao Poder Público. Faça-se justiça quanto a não ser essa uma questão exclusiva ao TCU, mas a diversos administrativistas, os quais entendem que concessões nesse sentido somente podem ser feitas por lei.

A dificuldade que se impôs no caso dos acordos de leniência trouxe à tona a discussão de dois aspectos. Em primeiro lugar, o Estado brasileiro tem necessidade de aumentar a efetividade dos processos de cobrança de valores. Fortes elementos indicam que os processos de cobrança são extremamente ineficazes, e somente uma pequena parcela apurada efetivamente ingressa nos cofres públicos, tanto em decisões do TCU como nas execuções da dívida ativa de natureza fiscal. Os acordos abriram espaço para tornar esse aspecto mais efetivo. Outro ponto que se destaca é a capacidade de a pessoa jurídica arcar com o ressarcimento como elemento a ser considerado. Experiências anteriores à Lei Anticorrupção de aplicação de sanção de inidoneidade levaram as empresas sancionadas a processos de falência e, conseqüentemente, de inadimplemento de valores devidos. O Ministério Público e a CGU demonstraram uma maior sensibilidade nesse tema em processos de negociação. Ressalte-se que, no âmbito dos acordos de leniência, o TCU tem atuado como revisor, e não como um participante da negociação.

Por fim, destaque-se que o TCU demonstrou pouca preocupação com o prazo e elementos de coerção para o pagamento, o impacto econômico na sociedade e as sanções penais. Na primeira situação, isso provavelmente

¹¹ “9.1.1. o ‘valor mais provável’ do potencial prejuízo causado na Petrobras na redução dos descontos nas licitações, no período de 2002 a 2015, em razão da existência dos cartéis na Diretoria de Abastecimento, é de 17% em relação à estimativa das licitações tomando por base metodologia econométrica e dados de regressão consagrados internacionalmente e fartamente aceito pelas cortes americanas (Harkrider e Rubinfeld – 2005; e Korenblit – 2012) e brasileiras (Supremo Tribunal Federal (STF), RE 68.006-MG)” (BRASIL, 2015c).

decorreria da prática de processos com longa duração no Tribunal; na segunda, das mesmas razões do Ministério Público por não se tratar de um órgão político; e na terceira, essa atuação foge às suas competências.

7 Síntese dos interesses dos envolvidos na negociação dos acordos de leniência

Pode-se criar um quadro-resumo dos interesses envolvidos nos acordos de leniência. Utilizamos aqui uma tipologia de interesse forte e fraco. Quando indicamos que um determinado participante tenha interesse fraco em um aspecto da negociação não queremos indicar que ele não se importe, mas que esse elemento não será preponderante em sua tomada de decisão.

Quadro 3

Participantes dos acordos de leniência e interesse nos elementos da negociação

Interesse nos elementos da negociação	Participante da negociação			
	Empresa	Ente lesado (União, estado, DF e município)	Ministério Público	Tribunal de Contas
(a) valores de pagamento	Forte (-)	Forte	Forte	Muito forte ⁽²⁾
(b) prazo e elementos de coerção para pagamento	Forte (-)	Fraco	Fraco	Fraco
(c) impacto econômico na sociedade	Fraco	Forte	Fraco	Fraco
(d) sanções penais	Fraco (-) ⁽¹⁾	Fraco	Forte	Fraco

Fonte: elaborado pelos autores.

⁽¹⁾ Em mercados mais desenvolvidos, as empresas apressam-se em substituir rapidamente os diretores e funcionários envolvidos em corrupção e, até mesmo, em tomar a iniciativa de denunciá-los, de forma a obter benefícios maiores pelas autoridades regulatórias. No caso da Operação Lava Jato, além de as empresas serem de capital fechado, várias delas eram geridas por famílias. Em tais situações, o interesse da empresa nas questões penais pode ser elevado.

⁽²⁾ Classificamos o interesse do Tribunal de Contas nos valores a serem pagos como muito forte em razão de ele se ter colocado na posição de revisor dos valores negociados pelo ente lesado e pelo Ministério Público, inclusive com possibilidade de imputação de responsabilidade aos demais agentes públicos participantes da negociação.

Obviamente, os interesses da empresa e dos órgãos públicos operam com sinais opostos quanto a valores de pagamento, prazo e elementos de coerção para pagamento e sanções penais. Assim, a empresa terá interesse no menor valor a ser pago; em contrapartida, os órgãos públicos buscarão o maior valor possível. Quanto ao impacto econômico na sociedade, a

empresa não terá tanto foco nesse aspecto, apenas utilizará esse elemento como fator de pressão sobre o ente lesado.

Os interesses evidenciam-se nos acordos celebrados. Como a maioria dos órgãos públicos tem fraco interesse quanto aos prazos e forte quanto aos valores, os acordos firmados acarretaram valores elevados e prazos longos, conforme se verifica no Quadro 4. Resta ainda um elemento de instabilidade quanto aos valores, pois o TCU reserva-se o direito de revê-los, o que acaba por mitigar a estabilidade do negócio jurídico. Em razão disso, classificamos o interesse do TCU como muito forte.

Quadro 4

Acordos de leniência – valores e prazos

Empresa	Valor	Prazo de pagamento
Braskem S/A	R\$ 2.872.038.787,73	6 anos
Technip Brasil e Flexibras	R\$ 819.794.768,79	2 anos
Camargo Corrêa	R\$ 1.396.128.459,76	19 anos
Nova Participações S/A	R\$ 516.301.313,70	27 anos
OAS	R\$ 1.929.257.982,37	28 anos
Odebrecht	R\$ 2.727.239.997,64	22 anos
Andrade Gutierrez	R\$ 1.489.361.135,28	16 anos
Mullenlowe e FCB Brasil	R\$ 50.000.000,00	à vista
UTC Participações S/A	R\$ 574.658.165,21	22 anos

Fonte: elaborado pelos autores com base em dados da CGU (BRASIL, [2021b]).

As consequências econômicas na sociedade e as sanções penais precisariam de estudos (que extrapolam os objetivos deste artigo), embora, quanto às questões penais, haja vários elementos que indicam que os membros do Ministério Público, no âmbito da Operação Lava Jato, somente teriam concordado com os acordos de leniência após terem atingido os objetivos almejados nos processos penais.

8 Possíveis soluções institucionais e jurisprudenciais

A multiplicidade de atores governamentais que podem atuar diante do cometimento de um ato lesivo contribuiu para que o instrumento do acordo de leniência adquirisse elevada complexidade e alto grau de imprevisibilidade. A empresa candidata ao acordo de leniência acaba por ter uma indesejável diversidade de caminhos a adotar, sem aparentemente ter segurança de que solucionará de forma ampla sua responsabilidade para com as diversas instituições do Estado.

Nesse sentido, alguns debates têm indicado a necessidade de se criar um “balcão único” para as empresas interessadas em celebrar um acordo de leniência (MACEDO; SANT’ANA, 2019). A ideia do balcão único materializa o anseio da empresa em ter clareza acerca do procedimento a adotar se decidir colaborar com o Estado, reunindo num único caminho uma forma de resolução de suas possíveis pendências com o Estado em face de todos os órgãos públicos legitimados. A solução de um balcão único pode ser alcançada, basicamente, por meio de três caminhos alternativos: a) alteração legislativa; b) criação de arranjos institucionais previamente definidos; e c) consolidação da jurisprudência sobre o tema.

O primeiro caminho ainda não parece ter encontrado terreno fértil para prosperar. O estabelecimento de uma norma legal para definir que entidade seria a competente para firmar um acordo de leniência abrangente aparenta ser a solução mais sólida e efetiva. No entanto, cada ator envolvido parece desejar maximizar seu poder de atuação, em vez de atuar de forma concertada com os demais numa nova estrutura de governança. Uma solução legislativa poderia ser organizada pelo Poder Executivo, como a Casa Civil ou o Ministério da Justiça, com esteio no diálogo com todos os envolvidos.

Contudo, o processo legislativo ainda não parece ter conseguido atingir um consenso acerca de como editar tal norma. A esse respeito, vale lembrar a malsucedida tentativa aventada pela edição da Medida Provisória nº 703, de 2015 (BRASIL, [2016]). Ainda que o texto merecesse aperfeiçoamento, a proposição previa de forma mais explícita a participação das diversas instituições governamentais, bem como quais seriam os respectivos efeitos específicos gerados conforme o acordo contasse com um maior número de entidades em sua celebração. Mesmo assim, tal Medida Provisória não foi acolhida

pelo Congresso Nacional, tampouco provocou um aprofundamento do debate.

Na ausência de previsão normativa, outro caminho a ser trilhado é o da cooperação institucional direta entre os entes governamentais envolvidos no tema. Uma prévia definição do papel de cada entidade, ainda que constituída pela prática ou baseada em acordos de colaboração, traria maior previsibilidade para o candidato à leniência, além de reduzir o número de conflitos institucionais.

Foi aparentemente dentro desse espírito que, em agosto de 2020, o Ministério da Justiça, a CGU, a AGU e o TCU firmaram o *Acordo de Cooperação Técnica em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei nº 12.846, de 2013* (BRASIL, 2020a). Esse instrumento visou estabelecer um conjunto de princípios aplicáveis à celebração dos acordos de leniência, o reconhecimento das competências de cada instituição e, do ponto de vista mais operacional, as medidas a serem adotadas para assegurar um ambiente de maior cooperação e consequente solidez aos acordos celebrados.

Ocorre que a própria celebração de tal acordo não contou com a participação do MPF. Por meio de manifestação técnica (BRASIL, 2020b), ele entendeu que o acordo não contemplava de forma adequada suas competências constitucionais e não contribuía para o incremento da segurança jurídica no regime legal dos acordos de leniência previstos na Lei nº 12.846/2013. Assim, apesar do louvável esforço para estabelecer uma harmonização institucional, o acordo falhou no seu nascedouro ao não incluir o MPF. Ademais, passado já certo tempo desde sua celebração, não há notícias de que o acordo tenha trazido uma melhor articulação institucional, ao menos entre seus signatários.

Por fim, um caminho igualmente possível para trazer maior previsibilidade na celebração

de acordos de leniência é o da consolidação jurisprudencial. Apesar de mais lento e incremental, a partir do ajuizamento de ações específicas pode-se ter a construção de um entendimento do Poder Judiciário acerca dos efeitos gerados por cada acordo de leniência. Normalmente, esse caminho partirá de casos concretos nos quais alguma pessoa jurídica que, tendo celebrado um acordo com algum ente estatal, se vê prejudicada pela ação de alguma outra instituição que não tomou parte do acordo.

Sobre essa possibilidade, uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) limitou a capacidade do TCU em sancionar pessoas jurídicas que tenham celebrado acordos de leniência com a CGU e o MPF. No voto conjunto nos Mandados de Segurança nºs 35.435, 36.173, 36.496 e 36.526 (BRASIL, 2020c), o ministro Gilmar Mendes discorreu de forma detalhada acerca da complexidade do tema dos acordos de leniência num cenário de órgãos governamentais com diversidade de competências.

Em síntese, aqueles mandados de segurança foram impetrados por empresas que celebraram acordos de leniência com alguma instituição estatal – a AGU, a CGU, o MPF ou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Em alguns casos específicos, empresas celebraram acordos de forma conjunta com a AGU e CGU e, em outras situações, com o MPF e o Cade. Entretanto, dentre as impetrantes, apenas a Andrade Gutierrez conseguiu assumir compromisso perante esses quatro órgãos. Apesar de terem celebrado acordos de leniência, as pessoas jurídicas foram sancionadas ou ameaçadas de serem sancionadas pelo TCU pelos mesmos fatos objeto dos acordos. Por isso, as empresas demandaram por segurança para afastar a possibilidade de sofrerem sanção do TCU. O STF acolheu o argumento de que a possibilidade de o TCU sancionar empresas que lograram celebrar acordo de leniência com outras autoridades acabaria por fragilizar o instrumento legal, tornando ineficiente a ação estatal. Deste modo se posicionou o ministro relator:

Assim, por todas as razões expostas, a possibilidade de o TCU impor sanção de inidoneidade pelos mesmos fatos que deram ensejo à celebração de acordo de leniência com a CGU/AGU não é compatível com os princípios constitucionais da eficiência e da segurança jurídica. Embora a sanção de inidoneidade aplicada com base na Lei 8.443/1992 não esteja contemplada expressamente na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), a aplicação desta penalidade pela Corte de Contas resultará em ineficácia da cláusula que prevê a isenção ou a atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993, por consequência, esvaziando a força normativa do art. 17 da Lei 12.846/2013, pois os efeitos práticos das sanções mencionadas são semelhantes, senão coincidentes (BRASIL, 2020c, p. 49).

Apesar de importante avanço a conferir maior previsibilidade aos efeitos dos acordos de leniência, por falta de provocação o STF não se manifestou

quanto à possibilidade de acordos celebrados pelo MPF poderem, por exemplo, afastar a competência específica da Administração Pública de impor as sanções administrativas previstas pela Lei nº 12.846/2013. Acerca do tema, em sede de aditamento ao seu voto, o ministro relator limitou-se a destacar que, dada a ausência de norma específica, os acordos celebrados pelo MPF “[têm] gerado notáveis focos de insegurança jurídica” (BRASIL, [2021?], p. 13). Com fundamento nessa conclusão, o ministro relator assevera que tal situação deveria “nortear eventual atuação futura do legislador quanto o próprio controle realizado pelo Poder Judiciário na apreciação da validade desses acordos” (BRASIL, [2021?], p. 13).

9 Conclusão

A empresa que cometeu um ato lesivo contra a Administração Pública assinará um acordo de leniência anticorrupção se os benefícios dele resultantes forem maiores que seu custo, o que envolve basicamente o valor que ela terá que pagar, os prazos e condições desse pagamento e os efeitos das sanções penais.

Mudanças ocorridas nos últimos anos no Brasil aumentaram o custo de cumprimento das sanções, o que favorece a celebração de acordos, pois a alternativa torna-se mais onerosa para as empresas. Todavia, sobretudo quanto à distribuição de competências entre os agentes públicos, os arranjos institucionais estabelecidos criaram um mecanismo de incentivos que gera instabilidade em relação aos acordos de leniência anticorrupção.

Os interesses dos órgãos públicos envolvidos na celebração dos acordos de leniência são distintos, dependendo de cada participante. O Ministério Público busca maximizar as condenações penais e os valores pagos pelas empresas, embora possa abrir mão de parte desses valores

para obter provas mais robustas na persecução penal. O ente lesado (União, estado, município, Distrito Federal ou suas entidades) busca minimizar os impactos na atividade econômica e maximizar o ressarcimento, embora também aceite conceder descontos neste último, a fim de garantir seu efetivo ingresso e reduzir os efeitos econômicos. O Tribunal de Contas busca maximizar o ressarcimento, tendo menor disponibilidade para admitir descontos sobre esse ponto, tanto por suas competências institucionais como pela interpretação literal da Lei Anticorrupção.

Essas decisões são tomadas em instâncias distintas: penal e cível, no caso do Ministério Público, e administrativa, no caso do ente lesado e do Tribunal de Contas. Assim, mesmo com a inafastabilidade da decisão judicial, esta não pode substituir a decisão administrativa. Não se trata de um processo integralmente judicial, em que o juiz decide com base nas alegações de acusação e defesa. O Judiciário somente pode agir em relação a um ato administrativo se houver algum tipo de violação à lei ou princípio. Além disso, no caso dos acordos de leniência, apesar da instância administrativa não poder rever uma decisão judicial, na prática, pode torná-la totalmente ineficaz. Seria o caso de uma empresa que tivesse firmado acordo de leniência com o Ministério Público ser decretada inidônea pela Administração ou pelo Tribunal de Contas, por exemplo.

Como se trata de um processo negocial, em que as competências envolvendo os três participantes do setor público (Ministério Público, ente lesado e Tribunal de Contas) não estão bem definidas, cria-se uma incerteza no processo, havendo a oportunidade de que cada um desses partícipes invalide a negociação travada pelo outro, ao aplicar sanção no âmbito de sua competência. Essa possibilidade é um elemento que implica extrema instabilidade. Embora a participação desses três atores pudesse assegurar maior credibilidade ao processo, principalmente em

virtude da atuação fiscalizatória do Ministério Público e do Tribunal de Contas, a falta da delimitação do papel de cada um acaba por obstar um resultado mais efetivo e célere quanto à celebração de acordos de leniência. Nesse caso, mais é menos.

Sobre os autores

Marcelo Dias Varella é doutor em Direito pela Universidade de Paris 1 (Panthéon Sorbonne), Paris, França; especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Ministério da Economia; professor da graduação e do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) do UniCEUB, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: marcelodvarella@gmail.com

Carlos Higinio Ribeiro de Alencar é mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil; doutorando em Direito no UniCEUB, Brasília, DF, Brasil, e na Universidade de Paris 1 (Panthéon Sorbonne), Paris, França; auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: carlos.higinio.alencar@gmail.com

Marcelo Pontes Vianna é mestre em Direito pela Universidade de Notre Dame, Notre Dame, Indiana, EUA; auditor federal da Controladoria-Geral da União, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: marcelopv@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

VARELLA, Marcelo Dias; ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro de; VIANNA, Marcelo Pontes. Quando mais é menos: arranjos institucionais e acordos de leniência anticorrupção no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 35-59, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p35

(APA)

Varella, M. D., Alencar, C. H. R. de, & Vianna, M. P. (2022). Quando mais é menos: arranjos institucionais e acordos de leniência anticorrupção no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(233), 35-59. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p35

Referências

ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 75-98, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24041>. Acesso em: 2 dez. 2021.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Educ: Sumaré: Fapesp, 2002. (Série Justiça).

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

_____. Controladoria-Geral da União; Advocacia-Geral da União; Ministério da Justiça e Segurança Pública; Tribunal de Contas da União. *Acordo de Cooperação Técnica [...] em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei nº 12.846, de 2013*. Brasília, DF: República Federativa do Brasil, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/11/cgu-agu-e-pf-definem-procedimentos-para-troca-de-informacoes-sobre-acordos-de-leniencia-e-delacoes-premiadas/act.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

_____. Controladoria-Geral da União. [Página inicial]. [Brasília, DF]: CGU, [2021b]. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br>. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

_____. *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, [2021d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

_____. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. *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, [2015b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

_____. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

_____. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015*. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. [Vigência encerrada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/mpv/mpv703.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. Ministério Público Federal. *Acordo de leniência*. I – Base jurídica. II – Interesse público. III – Partes do acordo de leniência. IV – Poder de controle para cumprimento do acordo. V – Objeto do acordo de leniência. VI – Outros fatos revelados pelo acordo. VII – Fatos revelados não-conexos às Operações Greenfield, Sépsis, Cui Bono e Carne Fraca. VIII – Hipótese de negativa de adesão por outros membros ministeriais [...]. Brasília, DF: MPF, 2017a. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/acordo_leniencia_jf_final.pdf. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada. *Nota Técnica nº 2/2020 – 5ª CCR*. Nota Técnica da Egrégia 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal (MPF), através de sua Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada (CPAALCP), sobre o Acordo de Cooperação Técnica assinado pela Advocacia-Geral da União (AGU) [...]. [Brasília, DF]: MPF, 2020b. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf/view>. Acesso em: 10 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Mandado de Segurança 35.435/DF*. Aditamento ao voto. Manifestação conjunta nos MS 35.435, MS 36.173, MS 36.496 e MS 36.526. Impetrante: A. G. E. S. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Gilmar Mendes, [2021?]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tcu-nao-declarar-inidoneidade-empresa.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Mandado de Segurança 36.496/DF*. Voto-conjunto MS 35.435, MS 36.173, MS 36.496 e MS 36.526. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de maio de 2020c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756394245>. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 3.089/2015*. Estudo econométrico sobre o valor estimado do dano causado ao erário por conta de atuação de cartel em licitações. Encaminhamento do trabalho a diversos órgãos de controle. Juntada de cópia da presente deliberação aos processos em tramitação neste Tribunal que tratam da matéria. Interessado: identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei n. 8.443/1992). Entidade: identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei n. 8.443/1992). Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Petróleo, Gás Natural e Mineração (SeinfraPetróleo). Relator: Min. Benjamin Zymler, 2 de dezembro de 2015c. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3089%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 9 dez. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR*. Direito administrativo. Agravo de instrumento. Ação de improbidade administrativa. Lei de Improbidade Administrativa. Lei Anticorrupção. Microsistema. Acordo de leniência. Vício de competência. Indisponibilidade de bens. Determinada [...]. Agravante: União – Advocacia-Geral da União. Agravados: Agenor Franklin Magalhaes Medeiros e outros. Relatora: Des. Federal Vânia Hack de Almeida, 22 de agosto de 2017b. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/824331946/agravo-de-instrumento-ag-50239726620174040000-5023972-6620174040000/inteiro-teor-824331996>. Acesso em: 13 dez. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia: Programa de Leniência Antitruste do Cade*. Brasília, DF: Cade, [2017]. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2021.

KOEHLER, Mike. The story of the Foreign Corrupt Practices Act. *Ohio State Law Journal*, [s. l.], v. 73, n. 5, p. 929-1.013, 2012. Disponível em: <https://kb.osu.edu/handle/1811/71554>. Acesso em: 10 dez. 2021.

MACEDO, Alexandre Cordeiro; SANT'ANA, Raquel Mazzuco. Balcão único para negociação de acordos de leniência no Brasil. *SSRN*, [s. l.], p. 1-36, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3424277. Acesso em: 10 dez. 2021.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452002000200006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/XtH5MwKHLqL5xyN7dwd6zC/?lang=pt>. Acesso em: 7 dez. 2021.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Resolving foreign bribery cases with non-trial resolutions: settlements and non-trial agreements by parties to the Anti-Bribery Convention*. [S. l.]: OECD, 2019. Disponível em: <https://www>.

oecd.org/corruption/resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.

QUINTÃO, Cynthia Magalhães Pinto Godoi; CARNEIRO, Ricardo. A tomada de contas especial como instrumento de controle e responsabilização. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 473-491, mar./abr. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/0034-7612127943>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/46662>. Acesso em: 7 dez. 2021.

ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*. London: Macmillan & Co., Limited, 1932. Disponível em: www.mises.org/books/robbinsessay2.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

SILVA, Vitor Levi Barboza. *Tomada de contas especial: a inefetividade do Tribunal de Contas da União na recuperação dos danos ao Erário Federal*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, DF, 2018.

Transação tributária

Novo paradigma da autocomposição
a partir da Lei nº 13.988/2020

MURILO TEIXEIRA AVELINO
RAVI DE MEDEIROS PEIXOTO

Resumo: O artigo tem por objetivo delinear as principais alterações promovidas pela Lei nº 13.988/2020, que representa uma mudança ambiciosa ao permitir, depois de mais de 50 anos, a autocomposição sobre o crédito tributário. Por se tratar de uma novidade, muitas das suas características merecem desenvolvimento. A isso se propõe o texto, partindo de uma análise dogmática das soluções consensuais de conflitos pela autoridade tributária até os critérios para sua utilização. Conclui-se que a transação tributária promove uma gestão dialógica da coisa pública, fomenta a aproximação entre o poder público e os contribuintes, bem como a arrecadação fiscal no País, de suma importância para a retomada fiscal em tempos da pandemia causada pela Covid-19.

Palavras-chave: autocomposição; Direito Tributário; discricionariedade; isonomia; critérios para a realização dos acordos.

Settlements in tax law: the new paradigm initiated by the rule n. 13.988/2020

Abstract: The paper aims to outline the main changes promoted by rule n. 13.988/2020, reflecting an ambitious shift by allowing, after more than 50 years, settlements on tax matters. As soon as it is a novelty, its characteristics needs to be developed. That is the article's purpose, starting from a dogmatic analysis of the consensual solutions of conflicts by the tax authority up to the criteria for its use. It is possible to conclude that tax settlements promote a dialogical management of public affairs, foster the rapprochement between public authorities and taxpayers and fosters tax collection in the country, which is an important way to the tax recovery in times of pandemic caused by Covid-19.

Recebido em 19/5/21
Aprovado em 2/8/21

Keywords: settlements; tax law; discretionary; isonomy; criteria for settlements.

1 Introdução

Transação não é um substantivo intuitivamente associado ao adjetivo *tributário(a)*. É que as normas de Direito Tributário tutelam um dos bens mais *relevantes* da sociedade: as exações necessárias à manutenção dos serviços públicos e do funcionamento da máquina estatal. Sem recursos, o Estado não funciona. Se o Estado não funciona, não há possibilidade de serem oferecidos – ainda que minimamente estruturados – os serviços essenciais.

Por isso, historicamente a ordem jurídica dá enorme importância à administração tributária. Reflexo disso é a previsão constitucional do art. 37, XXII, com a disposição expressa de que as administrações tributárias da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios são atividades essenciais ao funcionamento do Estado, que conta com recursos prioritários para a realização de suas atividades (BRASIL, [2021a]).

Trata-se, portanto, de atividade de grande relevância. Por isso sempre se teve em mente que não se admitiria *conceder* ou *dispor* em matéria tributária, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público. Assim, *transação em matéria tributária* parecia algo intangível, impensável, que à menor menção levaria sobranceiras a se arquearem.

Todavia, o panorama normativo sofreu grandes mudanças, que alteram o dogma da intransigibilidade do Direito Tributário, havendo regulação expressa da transação em matéria tributária. Impõe-se investigar as fontes formais que autorizam a solução consensual de conflitos tributários, com o objetivo de identificar os critérios mínimos de realização das transações tributárias e como se devem manejar tais institutos em respeito aos princípios constitucionais que informam a Administração Pública (art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2021a])).

O método parte de uma análise dogmática do instituto *transação tributária*, com revisão dogmática das fontes que trabalham o tema desde antes do advento da Lei nº 13.988/2020. Dados publicados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) auxiliam na identificação das potencialidades do instituto.

A análise se inicia com o exame de previsões legais que tratam da transação tributária até o advento da lei autorizativa. Depois, serão analisados

os critérios legais para a realização da autocomposição nos termos da Lei nº 13.988/2020 e, por fim, será exposto um panorama geral das modalidades e eixos da transação, especialmente daquela modalidade que visa promover a retomada econômico-fiscal em razão dos impactos causados pela pandemia da Covid-19 (*transação excepcional*).

2 Transação em matéria tributária

Não há qualquer impedimento de ordem constitucional à realização de transação em matéria tributária (FERNANDES, 2014, p. 38-39). No Código Tributário Nacional (CTN), há a previsão da transação como hipótese de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, III. Além desse dispositivo, a transação é mencionada no CTN apenas ao autorizar, no art. 171, a realização da transação tributária a partir da edição de nova lei regulamentadora (BRASIL, [2013]).

Tais previsões são originárias do CTN e permaneceram inexploradas por mais de meio século, por razões que vão desde a ideia clássica de indisponibilidade do interesse público até a tradicional cultura do litígio que acompanha a formação jurídica no Brasil. É isso mesmo: a previsão da transação tributária surgiu apenas em 2019, com a Medida Provisória nº 899 de 2019, a chamada *MP do contribuinte legal*, atualmente convertida na Lei nº 13.988/2020 (BRASIL, 2020b, [2020c]). Mais de 50 anos se passaram para que compreendêssemos a autocomposição na seara tributária como um instrumento indispensável à tutela do interesse público e promoção da aproximação entre o fisco e o contribuinte. Como afirma Ferraz (2019, p. 9), “o intuito da transação é a facilitação do diálogo e aproximação entre fisco e contribuinte, para que estas partes, de maneira colaborativa,

cheguem a um consenso visando sempre, ao final, o cumprimento de obrigações tributárias”.

É preciso fazer uma distinção: transação tributária não se confunde com parcelamento ou refinanciamento. A primeira distinção relevante é dogmática: nos termos do CTN, o parcelamento é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151); a transação é causa de extinção do crédito tributário (art. 156) (BRASIL, [2013]). Embora se trate de políticas públicas distintas, ambas visam à superação de dificuldades econômico-financeiras dos contribuintes, mas a transação o faz de maneira mais justa.

O benefício do parcelamento é objetivo, linear, homogêneo e desligado dos aspectos individualizados de cada contribuinte ou crédito parcelado. Dá-se um tratamento idêntico, mesmo diante de situações distintas. Perceba-se aqui um ponto interessante: o parcelamento é, ele mesmo, negociação a respeito de crédito tributário. Os tão conhecidos e genericamente denominados *refis* já ocorriam de forma regular em nossa ordem jurídica. Nada mais são senão uma possibilidade de negociação promovida no âmbito político com relação a créditos públicos devidos e não pagos.

Por outro lado, a transação tributária, em face de seu caráter negocial, permite melhor análise e adequação à situação específica de cada contribuinte. Favorece a isonomia material e abre espaço para que o próprio contribuinte busque o fisco com o escopo de solucionar de maneira autocompositiva a sua situação.

A comparação reflete bem a distinção de um ponto de vista interessante. O parcelamento protege a isonomia formal. A lei prevê tratamento indistinto para todos aqueles que objetivamente preenchem os requisitos legais. Todos fazem jus às mesmas condições, independentemente de sua situação pessoal, *v.g.*, capacidade de pagamento, natureza do crédito (se tributário ou não), tempo

da inscrição etc. Por fim, o benefício é oferecido àquele que precisa dele para manter sua atividade e também àquele que não precisa, pois possui ampla capacidade contributiva¹. Trocando em miúdos, o parcelamento possibilita que aqueles que podem recolher regularmente não o façam, ao passo que quem precisa de um tratamento materialmente isonômico sofre com limitações que não permitem sua adesão e a recuperação de sua capacidade econômica.

A transação reflete o prestígio da isonomia material. Ao autorizar à Fazenda Pública dispor sobre matéria tributária, o espectro de negociação permite que a autocomposição seja adequada à realidade de cada um dos contribuintes. Leva-se em conta a capacidade de pagamento, a natureza do crédito, o tempo de inscrição etc.

Há aqui um forte caráter de justiça fiscal, de auxílio aos que efetivamente precisam de apoio em momentos de crise. Adapta-se a convenção à capacidade contributiva de cada um dos contribuintes, oferecendo possibilidade de recuperação àqueles que não conseguem arcar com suas obrigações em dia. O ente público credor toma o protagonismo da negociação para dimensionar as necessidades de cada um dos devedores. Franqueia-se ao credor – observado o contraditório e a ampla defesa, além da transparência ativa – apontar quais as necessidades e condições mais adequadas ao contribuinte devedor. A decisão é firmada pelo consenso e em respeito à justiça fiscal (FERNANDES, 2014, p. 106).

A Lei nº 13.988/2020 (BRASIL, 2020b) permite o adimplemento de tributos com descontos caso o devedor se coloque numa posição em que demonstre a necessidade de usufruir dos benefícios oferecidos. Isso não ocorre nos parcelamentos cujas condições são igualmente oferecidas a todos os contribuintes, mesmo aque-

les que delas não necessitam. A concessão de descontos e facilidades de pagamento de tributos é um fenômeno tão injusto quanto negá-los a quem precisa. Assim, a transação tributária é um instrumento de reforço à justiça fiscal e respeito ao princípio da capacidade contributiva.

*Transação tributária não é parcelamento*². Nesse sentido, a Lei nº 13.988/2020 aproxima o Brasil do modelo americano de transação tributária³, cuja prática supera mais de um século⁴. Somente agora a tutela do interesse público, especificamente voltado à exação tributária, passa a considerar relevante a aferição da capacidade de pagamento do devedor. A capacidade contributiva passa a funcionar como elemento-chave.

Basicamente, um crédito inadimplido pode ser adimplido de duas formas: consensualmente ou coercitivamente. A solução consensual é mais econômica em termos financeiros e temporais, pois evita as delongas do processo – muitas vezes necessárias, diga-se – e protege o capital contra a desvalorização natural do tempo.

2.1 Critérios para a realização da autocomposição em matéria tributária: os requisitos da Lei nº 13.988/2020

O primeiro ponto a ser destacado na nova Lei é o âmbito de aplicação, pois compreende apenas a União, suas autarquias e fundações (art. 1º, *caput*). Caso outros entes públicos tenham por objetivo a realização da transação tributária devem editar seus próprios atos normativos⁵: “[a] autoridade só pode celebrá-la,

² Comparando também os institutos, ver Oliveira (2015, p. 127-128).

³ Regulado pelo *Internal Revenue Code, Title 26, Subtitle F – Procedure and Administration, Chapter 74 – Closing agreements and compromises* (UNITED STATES, [2021?]).

⁴ Para uma análise da transação tributária estruturada nos EUA, ver Silva Neto (2021).

⁵ Para uma análise geral da transação tributária em entes estaduais e municipais, ver Barbassa (2020).

¹ Com a mesma crítica, ver Pinho e Rodrigues (2020).

com relativo discricionarismo administrativo na apreciação das condições, conveniências e oportunidades, se a lei lhe facultar e dentro dos limites e requisitos por ela fixados” (BALEIRO, 1999, p. 905).

O segundo ponto a ser destacado diz respeito à transação como causa de extinção do crédito tributário (art. 156, III, CTN). Em verdade, as concessões mútuas entre fisco e contribuinte, caracterizadoras da autocomposição, não implicam a extinção do crédito imediatamente após a assinatura do termo. O que extingue o crédito tributário é o adimplemento da obrigação principal – *pagar tributo* – da maneira como viabilizada e acertada pela transação⁶. Essa noção é de suma importância para compreendermos diversos termos da transação tributária conforme regulada em âmbito federal, especialmente pela previsão do *diferimento* no pagamento dos tributos e dos prazos de amortização no contexto da retomada econômica.

2.2 Critérios gerais para a celebração da transação tributária

A nova legislação, no art. 1º, § 1º (BRASIL, 2020b), estabelece expressamente que a União poderá realizar a transação com base em juízo de oportunidade e conveniência, o que concede à Administração Pública considerável margem de atuação. Contudo, ao contrário do que pode

⁶No mesmo sentido, ver Conrado (2020, p. 286). Em Direito Tributário, existe discussão doutrinária a respeito do marco extintivo da obrigação tributária, se no ato da assinatura do termo de transação ou apenas quando do adimplemento do tributo após o cumprimento dos termos acertados. Em razão dos limites deste trabalho, não nos aprofundaremos nesse debate, deixando claro apenas a direção que a legislação federal tomou ao regular a transação tributária: a transação é uma forma de autocomposição que permite à Administração dispor sobre crédito tributário, inclusive com o oferecimento de descontos e diferimento no pagamento. A efetiva extinção somente se dá com o adimplemento do crédito. Para uma visão mais completa do tema, ver Machado (2008). Silva (2020) analisa o tema pelo prisma da nova Lei e chega a conclusão semelhante.

ocorrer para pessoas físicas ou entes privados, esse juízo de oportunidade e conveniência não pode ter caráter arbitrário, pois a legislação exige que a medida seja motivada e atenda ao interesse público (art. 1º, § 1º)⁷.

Nesse ponto, é importante conectar a menção ao interesse público como fundamento para a realização dos acordos em matéria tributária com as exigências da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em relação às decisões que tenham por base valores jurídicos abstratos. De acordo com o art. 20 da LINDB, não se pode decidir com base nesses valores sem a devida avaliação das consequências práticas da decisão (BRASIL, [2018a]).

O art. 3º, § 2º, do Decreto nº 9.830/2019, que regula o art. 20 da LINDB, define como consequências práticas aquelas que o decisor, “no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos” (BRASIL, 2019a). Por sua vez, o elemento da motivação baseada em valores abstratos deverá demonstrar a “necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade” (art. 3º, § 3º, do Decreto nº 9.830/2019 (BRASIL, 2019a)). Todos esses requisitos são exigidos na autocomposição tributária.

A própria legislação tributária impõe a observância de outras normas jurídicas que devem condicionar a decisão de autocomposição, como “os princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da transparência, da moralidade, da razoável duração dos processos e da eficiência e, resguardadas as informações protegidas por

⁷“O juízo de conveniência e oportunidade há de ser devidamente motivado, conforme o art. 1º, § 1º, da Lei nº 13.988, de 2020, de modo a conferir transparência e sindicabilidade às razões que embasaram a decisão administrativa” (DINIZ, 2021, p. 204).

sigilo, o princípio da publicidade” (art. 1º, § 2º, da Lei nº 13.988/2020 (BRASIL, 2020b)).

A menção ao princípio da publicidade e da transparência é complementada pelo § 3º, que exige, entre outras ações, a “divulgação em meio eletrônico de todos os termos de transação celebrados, com informações que viabilizem o atendimento do princípio da isonomia, resguardadas as legalmente protegidas por sigilo” (BRASIL, 2020b). Assim, é possível afirmar, com base no art. 26, *caput*, da LINDB, que a transação só poderá produzir efeitos após a sua publicação oficial. Em outros termos, a publicação do acordo é requisito de eficácia e permite, inclusive, que terceiros possam eventualmente questionar a transação por alguma ilegalidade. Patrocina-se, dessa forma, a norma inscrita no *caput* do art. 37 da CRFB (PAULA, 2020, p. 131).

A Portaria PGFN nº 9.917/2020 segue diretriz de incremento da publicidade ao impor, em seu art. 6º, IV, que entre as obrigações da PGFN nos acordos está a de “tornar públicas todas as transações firmadas com os sujeitos passivos, bem como as respectivas obrigações, exigências e concessões, ressalvadas as informações protegidas por sigilo” (BRASIL, [2021e]). De toda forma, a publicação é requisito da própria eficácia do negócio jurídico tributário, aplicando-se o art. 26, *caput*, da LINDB. Essa exigência evidencia uma diferença em relação à atuação dos particulares, que muitas vezes podem buscar o acordo justamente para garantir o sigilo do eventual conflito. No poder público, o sigilo simplesmente não é possível porque seria inconstitucional (violação ao art. 93, IX, da CRFB (BRASIL, [2021a])). Além disso, acordo não tornado público deve ser considerado ineficaz.

A menção ao princípio da isonomia deve ser analisada com cautela. É evidente que o princípio da isonomia atua como limitador ao juízo de oportunidade e conveniência, uma vez que irá reforçar ou dificultar a realização das autocomposições em situações futuras. Como a própria legislação impõe a divulgação de todos os termos das transações celebradas, será bastante provável que o contribuinte possa utilizar-se de uma transação anterior para requerer que os mesmos termos sejam apresentados em situação posterior, com base na própria isonomia garantida pela legislação⁸.

Aqui cabe um breve parêntese apenas para afirmar que o dever de consideração das consequências práticas – aplicável à decisão de autocomposição tributária – tem como componente justamente a eventual alegação de aplicação do princípio da isonomia pelos contribuintes em situações futuras. Naturalmente, a preocupação com a isonomia e a

⁸De forma semelhante, ver Oliveira (2015, p. 171).

utilização de um termo de acordo terão muito mais relevância nos casos da transação por proposta individual (art. 2º, I, da Lei nº 13.988/2020 (BRASIL, 2020b)), porque, nas transações por adesão, o poder público já fará a inserção dos requisitos para que qualquer contribuinte possa realizar a autocomposição, de modo a abranger todos que estejam em situação semelhante.

De toda forma, é importante compreender que a previsão legal de que a transação será celebrada “em juízo de oportunidade e conveniência” (art. 1º, § 1º) deve considerar os preceitos normativos que regem a atuação do ente público, que são diversos dos que regem a atuação das pessoas jurídicas de direito privado e das pessoas naturais.

Afinal, a atuação da Administração Pública deve ser justificada e observar os princípios que orientam a decisão administrativa, em especial o princípio da isonomia. Ou seja, trata-se de um juízo de oportunidade e conveniência consideravelmente limitado por um aprofundado dever de oferecer tratamento semelhante a casos semelhantes⁹.

Se essa afirmação já é importante em outros ramos do Direito no qual a Administração Pública realize acordos, no Direito Tributário há ainda mais um fato a ser considerado, que é a manutenção da concorrência leal entre os contribuintes (art. 2º, II, da Portaria PGFN nº 9.917/2020 (BRASIL, [2021e])). Como ressalta a doutrina, “é inviável o fomento da liberdade econômica em um ambiente concorrencial vi-

ciado, com atribuição de benefícios injustificados a determinados atores em detrimento dos demais” (CANTANHEDE, 2020, p. 149). Assim, na esfera tributária, a exigência de isonomia é ainda maior, pois a realização de um acordo com uma empresa de determinado setor econômico pode gerar alteração no ambiente do livre mercado, se suas concorrentes não obtiveram acordo equivalente. Assim, é relevante que se desenhem cuidadosamente os requisitos prévios e abstratos para submissão à transação por adesão e para as propostas individuais, pois o desenvolvimento prático e a repetição das convenções limitarão o juízo de *conveniência e oportunidade* para casos futuros e semelhantes.

Com base nos deveres de transparência e publicidade e no dever de garantir a isonomia, é possível imaginar que, com fundamento em outros acordos realizados com seus concorrentes, um contribuinte possa ajuizar ação no Poder Judiciário para exigir tratamento semelhante. Nessa hipótese, haveria o ônus argumentativo por parte do contribuinte de demonstrar a similaridade das situações, bem como do poder público de comprovar que as situações não são equivalentes (CANTANHEDE, 2020, p. 159), inclusive em razão de distinções subjetivas que justifiquem o afastamento das propostas e a possibilidade de transação¹⁰. É possível à Administração Pública, por exemplo, alegar que a empresa autora tenta obter esse acordo justamente como um mecanismo para burlar a livre concorrência, pois, apesar de ter condições para arcar com as dívidas tributárias, deixa de recolher os valores devidos para, posteriormente, tentar obter acordos indevidos (art. 3º, I, da Lei nº 13.988/2020 (BRASIL, 2020b)).

⁹Nessa linha: “Assim, no caso da celebração de acordos entre os sujeitos da relação jurídico-tributária, deve-se averiguar qual critério foi utilizado para tanto, pois somente um fundamento jurídico distinto poderia conduzir a um tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem sob igual ou semelhante situação fática. Como regra geral, para aqueles contribuintes que se encontrem em situações fáticas idênticas ou semelhantes, devem ser oferecidas as mesmas condições de acordo, sendo imprescindível que haja uma lei estabelecendo essas condições, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade” (PAULA, 2020, p. 130-131).

¹⁰“Dessa forma, a negativa pela administração pública do acordo de transação por adesão em qualquer de suas formas ou a negativa da proposta individual do contribuinte deve ser acompanhada de todas as circunstâncias de fato que levaram o agente à manifestação de vontade” (EXCALIBUR, 2021, p. 480).

2.3 Modalidades de transação

De acordo com o art. 2º, da Lei nº 13.988/2020 (BRASIL, 2020b), são duas as modalidades de transação: por adesão e individual. A transação por adesão se dá com base em propostas pré-moldadas, oferecidas ao contribuinte pelo sistema REGULARIZE da PGFN. Já a transação individual se dá por iniciativa do contribuinte, que apresenta a sua proposta de transação à Procuradoria quando seu caso não se ajusta aos moldes da transação por adesão; ou por iniciativa da própria Procuradoria, que convida o contribuinte a transacionar (art. 10 da Lei nº 13.988/2020).

Na cobrança de créditos inscritos na dívida ativa da União, de suas autarquias e fundações públicas, ou na cobrança de créditos que seja competência da Procuradoria-Geral da União, hipótese que abrange os créditos ainda não judicializados, estão disponíveis ambas as modalidades (BRASIL, 2020b).

Nos casos de contencioso judicial ou administrativo tributário¹¹, hipótese na qual o foco é nas causas de “relevante e disseminada controvérsia jurídica” – definida pela lei como aquela que ultrapasse os interesses subjetivos da causa (art. 16, § 3º, da Lei nº 13.988/2020 (BRASIL, 2020b)), o que aparenta ser um conceito consideravelmente indefinido¹² – a modalidade é a de transação por adesão.

¹¹ Dispensa-se, portanto, a propositura de ação judicial. O contencioso que admite transação é o judicial e o administrativo. Adiantando a solução, ver Fernandes (2014, p. 43-49). A autora conclui, em posicionamento adotado pela legislação, que “é cabível a realização de transação na hipótese em que há lançamento tributário contestado – judicial ou administrativamente – pelo sujeito passivo da obrigação” (FERNANDES, 2014, p. 49). No mesmo sentido, “considerando que a transação em matéria tributária tem por finalidade resolver uma relação jurídica conflituosa entre fisco e contribuinte, não há porque limitar sua aplicação somente às controvérsias judicializadas, sob pena de se reduzir despropositadamente a eficácia desse instituto. Além disso, não parece existir razão plausível para afastar da transação as discussões administrativas, até porque essas representam enorme volume e têm um alto custo para a Administração Tributária e o contribuinte” (OLIVEIRA, 2015, p. 145).

¹² Entendendo por assemelhar a noção à da *repercussão geral*, ver Diniz (2021, p. 211-212). A Portaria ME nº 247/2020 trouxe alguns critérios para a definição dessa relevância. Veja-se o art. 30: “Considera-se controvérsia jurídica relevante e disseminada aquela que trate de questões tributárias que ultrapassem os interesses subjetivos da causa e, preferencialmente, ainda não afetadas a julgamento pelo rito dos recursos repetitivos, nos moldes dos arts. 1.036 e seguintes da Lei nº 13.105, de 2015. § 1º A controvérsia será considerada *disseminada* quando se constate a existência de: I – demandas judiciais envolvendo partes e advogados distintos, em tramitação no âmbito de, pelo menos, três Tribunais Regionais Federais; II – mais de cinquenta processos, judiciais ou administrativos, referentes a sujeitos passivos distintos; III – incidente de resolução de demandas repetitivas cuja admissibilidade tenha sido reconhecida pelo Tribunal processante; ou IV – demandas judiciais ou administrativas que envolvam parcela significativa dos contribuintes integrantes de determinado setor econômico ou produtivo. § 2º A *relevância* de uma controvérsia estará suficientemente demonstrada quando houver: I – impacto econômico igual ou superior a um bilhão de reais, considerando a totalidade dos processos judiciais e administrativos pendentes conhecidos; II – decisões divergentes entre as turmas ordinárias e a Câmara Superior do CARF; ou III – sentenças ou acórdãos divergentes no âmbito do contencioso judicial” (BRASIL, 2020e, grifos nossos).

A utilização do conceito jurídico indeterminado é útil na definição das matérias que a Administração Tributária elegerá para submissão à transação por adesão no contencioso. Assim, definida a matéria, é publicado edital para adesão de todos os contribuintes cujo contencioso versa sobre o tema, admitindo-se a submissão à autocomposição nas condições previamente ofertadas.

Não por acaso, como será visto, o conceito de relevante e disseminada controvérsia jurídica vem recebendo mais elementos definidores nos instrumentos normativos que regulamentam a realização da transação tributária.

Ademais, a modalidade de transação por adesão se dá no contencioso tributário de pequeno valor, que é considerado como aquele crédito que não supere o valor de 60 salários mínimos (art. 23, I, da Lei nº 13.988/2020) e que tenha como sujeito passivo pessoa natural, microempresa ou empresa de pequeno porte (art. 24, parágrafo único, da Lei nº 13.988/2020 (BRASIL, 2020b)).

Verifica-se – tal qual ocorre na regulação da Lei nº 13.140/2015 – uma prevalência das possibilidades de autocomposição por adesão, nas quais o poder público estabelece previamente quais os pressupostos para a realização do acordo, e o contribuinte que se enquadre nas situações definidas no edital de transação escolhe se deseja ou não realizar a autocomposição. É evidente, então, que a autocomposição na Administração Pública tende a apresentar contornos muito mais padronizados do que a ocorrida entre entes privados, bem como menor margem de negociação, já que os seus termos serão modulados pelos sistemas de gestão da dívida ativa e disponibilizados ao contribuinte para adesão. A utilização da autocomposição por adesão é a que mais se amolda ao ideal de isonomia exigido pela atuação da Administração Pública, muito embora acabe sacrificando a individualidade das situações concretas.

3 Regulação da transação tributária pela União

A atuação da PGFN na persecução do crédito público vem sendo informada nos últimos anos pelo escopo de redução da litigiosidade. Na cobrança, opta-se pelas técnicas extrajudiciais de exação, como o protesto de CDAs e os procedimentos administrativos de responsabilização tributária. Além disso, o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC), inaugurado pela Portaria PGFN nº 396/2016 (BRASIL, 2016), viabilizou o arquivamento de quase um milhão de execuções fiscais, evitando a prática de atos infrutíferos em busca de patrimônio inexistente. O foco é dar continuidade à cobrança apenas quando houver sinal de manifestação

patrimonial ou reconhecer – de ofício, inclusive – a ocorrência de prescrição intercorrente. Por sua vez, a Portaria PGFN nº 33/2018 (BRASIL, 2018b) previu o ajuizamento seletivo ao condicionar novos ajuizamentos à identificação prévia de manifestação patrimonial do devedor.

Nessa mesma linha, a PGFN também tem buscado desenvolver, no âmbito do contencioso judicial, uma política institucional pautada pela eficiência, efetividade e economicidade. A Portaria PGFN nº 502/2016 (BRASIL, [2017]) prevê diversas hipóteses de dispensa de contestar e recorrer, que oferecem subsídios ao Procurador para que só insista na litispendência quando houver, de fato, fundamento sólido para tal. Assim, reflete-se no âmbito processual um agir informado pelos deveres de lealdade e boa-fé, bem como pela busca de soluções dos conflitos em tempo razoável, fortalecendo o compromisso da Advocacia Pública com o Poder Judiciário pelo rompimento da ultrapassada cultura da judicialização excessiva.

Não se podem esquecer as Portarias PGFN nºs 360/2018 e 742/2018 (BRASIL, 2018c, [2019c]), que regulam a realização de negócios jurídicos processuais para gestão do contencioso tributário, em franco reconhecimento da possibilidade de autocomposição pela Fazenda Pública em juízo. A transação tributária é mais uma das técnicas disponíveis para materialização desse processo de reaproximação *fisco-contribuinte*, em prol da redução de litigiosidade¹³.

Por meio de atos publicados pelo Ministério da Economia e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a União já avançou sensivelmente na regulação dos pormenores da transação tributária com a Lei nº 13.988/2020. São dois os principais eixos da transação, conforme regulamentação desses órgãos: a transação no contencioso tributário e a transação na dívida ativa da União.

A Portaria ME nº 247/2020 (BRASIL, 2020e) trata da transação no contencioso tributário, dispondo a respeito de duas espécies distintas: (i) transação relativa a demandas que tratem de relevante e disseminada controvérsia jurídica; (ii) transação para as demandas de pequeno valor. A transação no âmbito da Dívida Ativa da União, cujo objeto são créditos inscritos, encontra previsão genérica na Portaria PGFN nº 9.917/2020.

Já foram colocadas à disposição do contribuinte diversas possibilidades de transacionar os débitos inscritos: (i) a transação por adesão (até 15 milhões de reais) ou individual (acima de 15 milhões de reais) nos termos do Edital nº 1/2019 (BRASIL, 2019b) e suas diversas reaberturas; (ii) a transação extraordinária, prevista na Portaria PGFN nº 9.924/2020 (BRASIL, 2020g), que previu a transação por adesão e

¹³No mesmo sentido, ver Paula (2020, p. 60).

o diferimento da parcela inicial; (iii) a transação excepcional, prevista na Portaria PGFN nº 14.402/2020 (BRASIL, [2021f]), moldada para o contexto da crise econômica provocada pela pandemia da Covid-19, que ofereceu transação por adesão (até 150 milhões de reais) e individual (acima de 150 milhões de reais).

Como se pode perceber, desde a promulgação da Lei nº 13.988/2020, diversos atos normativos do Ministério da Economia e da PGFN já conformam o arcabouço normativo infralegal da transação tributária. Vejamos, com mais cuidado, cada um desses grandes eixos.

3.1 A transação no contencioso tributário

A Portaria ME nº 247/2020 (BRASIL, 2020e), publicada em 17/6/2020, disciplina os critérios para viabilizar a possibilidade de transação por adesão no contencioso tributário. Pelos procedimentais e balizas por ela fixados, é possível visualizar uma nova ferramenta para superar os problemas da complexidade da legislação tributária (o que impacta nos índices de congestionamento do Poder Judiciário) e oferecer aos contribuintes pequenos devedores a possibilidade de autocompor visando à regularização de sua situação fiscal.

O que a Portaria ME nº 247/2020 denota é que a Lei nº 13.988/2020, muito além de uma hipótese de renegociação do ativo tributário, é um instrumento que vai ao encontro do disposto no art. 3º do CPC (BRASIL, [2021c]), que prevê expressamente o dever de busca da autocomposição. Se tradicionalmente estudamos as formas adequadas de solução de conflitos por meio da análise da mediação, conciliação e arbitragem, sem dúvida alguma o tema não se esgota nas técnicas.

A transação tributária no contencioso reforça a previsão do sistema multiportas de solução de conflitos, inserindo a Administração Pública como protagonista na redução de litigiosidade. Prevalece o tratamento adequado do contribuinte e fomenta-se a eficiência na arrecadação¹⁴.

A consensualidade, portanto, exsurge como um instrumento de suma importância para a reconfiguração do contencioso tributário como hoje o conhecemos. Alteram-se os paradigmas das relações tributárias do País e da advocacia no contencioso tributário. A abertura à transação tributária é o caminho que permitirá atingir um modelo mais adequado à geração de riquezas no País e à redução de litigiosidade. Permitir-se-á, por um lado, a melhor gestão das demandas que envolvam teses relevantes por meio das quais os contribuintes debatem a exação tributária. As teses são discutidas nos tribunais administrativos e no Judiciário, sem forma-

¹⁴No mesmo sentido, ver Oliveira (2015, p. 40) e Ferraz (2019, p. 84).

ção de jurisprudência dominante a favor ou contra o Erário. Por outro lado, reduz-se o passivo de pequeno valor que abarrotava o contencioso administrativo e judicial.

Uma das grandes diferenças entre o eixo da *transação no contencioso* e o eixo da *transação na dívida ativa* da União é o fato de esta última exigir a inscrição do débito em dívida ativa. A transação do contencioso não exige tal requisito, mas apenas a presença de tese relevante sob discussão. Com base na redação do art. 18 da Lei nº 13.988/2020, é possível verificar o que se pode compreender como situação contenciosa e sua amplitude:

Art. 18. A transação somente será celebrada se constatada a existência, na data de publicação do edital, de inscrição em dívida ativa, de ação judicial, de embargos à execução fiscal ou de reclamação ou recurso administrativo pendente de julgamento definitivo, relativamente à tese objeto da transação (BRASIL, 2020b).

A princípio seria possível imaginar que apenas se adequariam ao contencioso as situações nas quais já haja questionamento do contribuinte em relação ao crédito tributário, mas não é isso que prevê o texto normativo. Isso ocorre porque os contornos relativos ao próprio processo administrativo fiscal – antes do ato de inscrição em dívida ativa – podem dar azo à celebração da autocomposição no contencioso tributário. Não é sem razão que a doutrina vem sugerindo que essa hipótese seja denominada *transação preventiva do litígio* (SOUZA, 2020, p. 306). Como já apontado, também é possível o ajuizamento de ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária por parte do contribuinte antes mesmo da inscrição em dívida ativa, o que torna litigiosa a situação antes mesmo da existência do crédito tributário e permite a utilização dessa modalidade de autocomposição. Assim, a transação no contencioso tributário não exige como requisito a inscrição em dívida ativa da União, mas somente a eleição de *relevante e disseminada controvérsia jurídica*, nos termos do art. 30 da Portaria ME nº 247/2020 (BRASIL, 2020e).

Outro ponto de afastamento entre o eixo da transação no contencioso e o eixo da transação na dívida ativa é o fato de em muitos aspectos esta última focar no contribuinte levando em conta sua capacidade econômica. Na transação do contencioso, o foco não é a capacidade econômica, mas sim o litígio que impacta o aumento da conflituosidade das relações entre fisco e contribuintes, ou seja, o debate levado às instâncias decisórias administrativas ou judiciais.

O desafio enfrentado pela Portaria ME nº 247/2020 é o de reduzir o âmbito de subjetividade, definindo os limites das controvérsias que poderão ser objeto da transação no contencioso. A questão eleita para transação, além de ultrapassar os interesses subjetivos da causa, *preferencialmente*

deve refletir matéria ainda não submetida ao microsistema de solução de causas repetitivas ou de formação de precedentes vinculantes.

A razão é simples: havendo precedente firmado a respeito da controvérsia, não há justificativa para a transação. Seja em razão do dever de a Administração Pública respeitar os precedentes obrigatórios (conforme previsto na Lei nº 10.522/2002 (BRASIL, [2021b])), seja em razão do desinteresse econômico do fisco ou dos contribuintes de se submeterem à transação – e, portanto, a concessões mútuas – quando já há precedente vinculante firmado ou mesmo jurisprudência dominante para a matéria^{15 16}.

A eleição de uma tese para que se ofereça transação não significa a admissão pela Administração Pública de quaisquer dos elementos relativos ao litígio. Muito pelo contrário, o juízo é de *conveniência e oportunidade*, visando fomentar a economicidade e a eficiência na gestão do crédito público.

Trata-se de elemento associado à ideia de transação como técnica autocompositiva, que implica concessões mútuas. É um juízo discricionário de oportunidade, que leva em consideração tanto o elemento jurídico da tese quanto outros critérios, como o econômico e o temporal. O art. 16, § 1º, da Lei nº 13.988/2020 afirma expressamente que “[a] proposta de transação e a eventual adesão por parte do sujeito passivo *não poderão ser invocadas como fundamento jurídico ou prognose de sucesso da tese sustentada por qualquer das partes*” (BRASIL, 2020b, grifo nosso). O objetivo é basicamente o de impedir que a proposta de transação por adesão seja utilizada pelas partes como alguma espécie de concordância com qualquer das teses conflituosas.

Sem dúvida, mais simples é a previsão da transação no contencioso de baixo valor, que, definida pela Lei nº 13.988/2020, é novamente mencionada no art. 32 da Portaria ME nº 247/2020 e recebeu atenção específica no Edital nº 16/2020 (BRASIL, 2020f) do Ministério da Economia, que tornou públicas as propostas da PGFN para adesão à transação no contencioso tributário de pequeno valor.

O escopo da transação no contencioso tributário é, portanto, fomentar a solução consensual dos conflitos, seja em razão do pequeno valor, seja em razão da existência de uma controvérsia disseminada e relevante, que será objeto de negociação pelas partes interessadas. Isso

¹⁵ É interessante notar que essa perspectiva é completamente distinta daquela trazida em certos normativos que mencionavam uma espécie de *transação* quando houvesse jurisprudência firmada desfavoravelmente ao fisco. Ver, por exemplo, o Convênio CONFAZ nº 33/2000 (BRASIL, [2021g]) e o art. 8º da Lei Complementar nº 105/2007, do Estado de Pernambuco (PERNAMBUCO, [2018]).

¹⁶ No mesmo sentido, ver Diniz (2021, p. 212-215).

significa que a Fazenda Pública oferecerá redução no valor da exação ou diferimento no pagamento do tributo, com vistas ao encerramento do litígio (judicial ou administrativo) e, por outro lado, o contribuinte abrirá mão de manter sua impugnação à exação. Aqui marcadamente há de se falar em concessões mútuas. Trata-se de solução consensual de conflitos, com foco em redução de litigiosidade e dos custos do processo. A transação é exatamente isto: autocomposição com base em concessões mútuas dos interessados.

3.2 A transação e os créditos inscritos em dívida ativa: em busca de soluções para a crise econômica

Passemos à análise do segundo eixo da transação tributária em âmbito federal: débitos inscritos em dívida ativa da União.

Inicialmente, houve a previsão de dois tipos de transação: por adesão e individual. Com base em critérios objetivos, o Edital nº 1/2019 (BRASIL, 2019b) franqueou a adesão à transação às pessoas jurídica ou física que tivessem a capacidade de pagamento degradada. Em abril de 2020, em razão do péssimo cenário econômico provocado pela pandemia, foi preciso estabelecer uma forma de transacionar os créditos imediatamente. Veio então a *transação extraordinária*, regulada pela Portaria PGFN nº 9.924/2020 (BRASIL, 2020g), em que não há previsão de descontos e a que puderam submeter-se todas as pessoas físicas e jurídicas. A transação extraordinária envolveu todo o passivo tributário (não apenas créditos irrecuperáveis e de difícil recuperação) e por isso não permitiu a equalização do passivo com descontos.

O regramento geral da transação na dívida ativa da União demanda a análise de dados declarados, com base nas obrigações tributárias acessórias. Ocorre que, no contexto da pandemia, a depreciação da capacidade econômico-financeira ocorreu rápido o suficiente para não permitir que essa realidade se refletisse no fisco. Com o propósito de superar as dificuldades de análise da viabilidade das operações, foi publicada a Portaria PGFN nº 14.402/2020 (transação excepcional) (BRASIL, [2021f]), que traz avanços se comparada à Portaria PGFN nº 9.924/2020 (transação extraordinária) e reflete um aprimoramento na regulação da transação tributária especialmente voltada aos desdobramentos da pandemia da Covid-19. Passou-se a exigir que, no momento do pedido de transação, o contribuinte informasse certos dados contábeis (por exemplo, a receita bruta em 2019 e 2020) que refletissem sua real situação econômica em razão da situação excepcional atravessada. A transação excepcional (Portaria PGFN nº 14.402/2020, com reabertura pela Portaria PGFN nº 2.381/2021 até setembro de 2021 (BRASIL, 2021d)) permite descontos

e considera a análise da capacidade de pagamento, especialmente quanto à degradação da receita e da sua capacidade de gerar resultados em razão dos impactos decorrentes da pandemia.

O foco aqui é a transação tributária no âmbito da dívida ativa da União, que coloca à disposição do contribuinte um instrumento para auxiliar o esforço de manutenção e a retomada das atividades econômicas durante e após a crise¹⁷. É um instrumento de aproximação entre administração tributária e contribuintes – é, de fato, um instrumento de cooperação¹⁸.

Consagrou-se uma nova modalidade de transação estruturada, parametrizada e pré-formatada para atender o contexto de crise econômica causado pela pandemia da Covid-19. A portaria estrutura a adesão do contribuinte em duas fases: a primeira, de estabilização dos impactos da crise econômica; e a segunda, de retomada da atividade empresarial. Tudo com base na premissa de que na cobrança e gestão da dívida ativa da União será dada a oportunidade de transacionar àqueles que façam jus a um tratamento diferenciado.

A Portaria permitiu a aferição em tempo real da capacidade de pagamento do devedor. No Edital nº 1/2019 e na Portaria PGFN nº 9.924/2020, esse aspecto é identificado com base em dados anteriores, objeto de consolidação. Com a Portaria PGFN nº 14.402/2020, foi aberta a possibilidade de o devedor submeter seu pedido de transação à PGFN, que identifica, caso a caso e com base nas informações prestadas quando da manifestação de interesse, o valor e as condições adequados à transação tributária.

Um dos elementos mais relevantes da Portaria PGFN nº 14.402/2020 (BRASIL, [2021f]) foi a possibilidade de o contribuinte, ao fim dos 12 primeiros meses, adimplir apenas 4% do passivo negociado. Trata-se do chamado *período de estabilização*, bastante sensível para a manutenção das atividades econômicas no contexto da pandemia. Concede-se um prazo de 12 meses de pagamento de parcelas módicas do valor das dívidas para aqueles que demonstrarem os impactos negativos que sofreram em sua capacidade de gerar resultados econômico-financeiros positivos. A esses contribuintes é oferecido um período de estabilização mais longo,

¹⁷ No mesmo sentido, ver Ferraz (2019, p. 9-10).

¹⁸ Nos termos do art. 2º da Portaria: “Art. 2º São objetivos da transação excepcional na cobrança da dívida ativa da União: I – viabilizar a superação da situação transitória de crise econômico-financeira dos devedores inscritos em dívida ativa da União, em função dos efeitos do coronavírus (COVID-19) em sua capacidade de geração de resultados e na perspectiva de recebimento dos créditos inscritos; II – permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego e da renda dos trabalhadores; III – assegurar que a cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa seja realizada de forma a ajustar a expectativa de recebimento à capacidade de geração de resultados dos devedores pessoa jurídica; e IV – assegurar que a cobrança de créditos inscritos em dívida ativa seja realizada de forma menos gravosa para os devedores pessoa física” (BRASIL, [2021f]).

uma espécie de *stay period* tributário, pagando apenas 0,33% de sua dívida mensalmente. Permite-se, assim, atravessar o período de adaptação às mudanças e, a partir desse momento, retomar a cobrança. Essa é a lógica que permeia a transação excepcional.

A transação excepcional representou um grande reforço na arrecadação tributária. Até 1/2021 o volume transacionado superou os 82 bilhões de reais, em mais de 268 mil operações¹⁹. Os números denotam a importância da transação tributária como instrumento para a regularização fiscal e retomada econômica, especialmente no contexto criado pela pandemia da Covid-19. Cientes da importância da transação tributária para a continuidade das atividades econômicas no País, os contribuintes têm buscado regularizar sua situação perante o fisco.

As modalidades de transação por adesão são postas à disposição do contribuinte no site REGULARIZE da PGFN. Na página, o contribuinte preenche um formulário com os dados necessários à avaliação pontual de sua capacidade de pagamento. Com base nessa declaração e em outras informações constantes na base de dados da PGFN, oferecem-se ao contribuinte condições específicas de pagamento. Franqueia-se o acesso à metodologia de cálculo, aos dados e parâmetros utilizados (são públicos), e se oferece a possibilidade de questionamento do resultado.

De toda sorte, caso seja indeferido o pedido, é possível que o contribuinte faça novo requerimento demonstrando, durante a vigência da Portaria ou Edital que preveja a transação, que houve alteração – para pior – de sua capacidade econômico-financeira. Com base na situação individualizada, a PGFN ofertará as opções de negociação.

¹⁹ Conforme é possível identificar em consulta ao Sistema DW da PGFN.

Se não se adequar a qualquer das possibilidades de transação por adesão, o contribuinte pode apresentar pedido de transação individual à PGFN, que examinará caso a caso. Trata-se de um procedimento mais complexo, cuja análise documental exigirá um trabalho distinto.

Por fim, é importante destacar que de início não havia permissão para transação sobre débitos do SIMPLES Nacional e do FGTS. Tais impedimentos não mais subsistem. A autorização para transação dos débitos decorrentes do SIMPLES Nacional veio com a Lei Complementar nº 174/2020, regulamentada pela Portaria PGFN nº 18.731/2020 (BRASIL, 2020a, 2020h). Por sua vez, a Resolução CCFGTS nº 974/2020 (BRASIL, 2020d) autorizou a transação sobre valores devidos ao FGTS.

Persiste ainda vedação em relação às multas criminais, em razão de disposição específica da Lei nº 13.988/2020.

4 Conclusão

A transação está prevista no CTN como hipótese de extinção do crédito tributário há mais de cinco décadas. Todavia, a regulação do instituto é muito recente, tendo sido efetivada apenas pela Medida Provisória nº 899/2019, convertida na Lei nº 13.988/2020. Trata-se, na verdade, de mais um importantíssimo passo na superação de uma confusão que por muito tempo nos acompanhou: entender que indisponibilidade do interesse público significava impossibilidade de autocompor. Indisponibilidade do interesse não significa, de forma alguma, impossibilidade de se submeter à autocomposição.

Especialmente quanto à gestão do crédito tributário, a transação reforça a corrente da desjudicialização da exação tributária, redução da litigiosidade e mudança no perfil de gestão da dívida ativa, proporcionando a reaproxima-

mação do contribuinte com a Fazenda Pública²⁰. O fomento à consensualidade na Administração Pública nada mais é do que uma nova e bastante eficiente forma de proteger o interesse público. A manutenção da litispendência é prejudicial à sociedade: ao cidadão-contribuinte, que vê sua esfera subjetiva de direito desprotegida no tempo e arca com os custos de manutenção da máquina pública; e ao Estado como ente personalizado, por gastar energias no tratamento de matérias e questões em que se vislumbram técnicas mais adequadas de solução de conflitos, em patente desrespeito ao princípio da eficiência previsto no art. 37 da CRFB²¹.

A solução consensual é mais econômica em termos financeiros e temporais. Embora as recentes modificações legislativas tenham proporcionado um necessário desenvolvimento do tema – com o reposicionamento do Poder Público como sujeito apto a negociar e se submeter às diversas técnicas de autocomposição no âmbito do direito material e processo –, o horizonte é ainda bastante inexplorado. O cuidado a se tomar relaciona-se à eficiência da solução consensual. Quanto à transação tributária especificamente, tem-se reforçado a necessidade de garantir meios seguros e transparentes de avaliar a capacidade de pagamento do devedor, respeitada sempre a isonomia material. Além disso, a Administração Tributária deve assumir o compromisso de *compliance* com vistas a evitar o abuso do sistema pelos devedores, fomentar a publicidade ativa e proteger as expectativas legítimas.

Os dados atualizados até janeiro de 2021 demonstram o sucesso da iniciativa: (i) mais de 82 bilhões de reais de valor transacionado acumulado; (ii) mais de 268 mil transações realizadas, entre elas mais de 80 transações individuais, incluindo Sport Clube Corinthians Paulista, Cruzeiro Esporte Clube, Porto do Recife e Bonanza Supermercados; (iii) mais de 819 mil débitos negociados²².

A conclusão é que a transação tributária promove a gestão dialógica da coisa pública fundada num modelo consensual de administração; estimula a aproximação entre o poder público e os contribuintes, auxiliando na superação dos conflitos por meio de técnicas consensuais e autocompositivas; e fomenta a arrecadação fiscal necessária à política de retomada do crescimento econômico em tempos de pandemia da Covid-19.

²⁰No mesmo sentido, ver Paula (2020, p. 139).

²¹A posição da doutrina é a mesma: “Definitivamente, não há nenhuma pista ou orientação que confirme que o interesse público, o que quer que seja, fosse categoria ameaçada por regime de transação tributária. Pelo contrário, a ideia de eficiência sufragaria o uso de técnicas de transação fiscal” (GODOY, 2010, p. 126).

²²Segundo informações disponibilizadas no site REGULARIZE ([2021]) e no Sistema de Informação Gerencial (SIG) da PGFN.

Sobre os autores

Murilo Teixeira Avelino é mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; doutorando em Direito na Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil; procurador da Fazenda Nacional, com exercício na Procuradoria Regional da Fazenda Nacional em Recife, Recife, PE, Brasil.

E-mail: mtavelino@gmail.com

Ravi de Medeiros Peixoto é doutor em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; procurador do município de Recife, Recife, PE, Brasil.

E-mail: ravipeixoto@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Transação tributária: novo paradigma da autocomposição a partir da Lei nº 13.988/2020. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 61-82, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p61

(APA)

Avelino, M. T., & Peixoto, R. de M. (2022). Transação tributária: novo paradigma da autocomposição a partir da Lei nº 13.988/2020. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(233), 61-82. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p61

Referências

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. rev. e complementada, à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 10/96 por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARBASSA, Sarah Mila. Transação tributária e sua aplicação aos débitos relativos a tributos estaduais e municipais (análise comparativa do instituto a partir do que dispõe a lei federal). In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (coord.). *Transação tributária na prática da Lei nº 13.988/2020*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 129-142.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. *Lei Complementar nº 174, de 5 de agosto de 2020*. Autoriza a extinção de créditos tributários apurados na forma do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), mediante celebração de transação resolutiva de litígio [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp174.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. *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/l5172compilado.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. *Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002*. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. *Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020*. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nºs 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 899, de 16 de outubro de 2019*. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, [2020c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv899.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Economia. Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. *Resolução nº 974, de 11 de agosto de 2020*. Autoriza a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) a celebrar transação individual ou por adesão na cobrança da dívida ativa do FGTS, nos termos da Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, observados os limites e condições estabelecidas. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2020d. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-974-de-11-de-agosto-de-2020-271714035>. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Economia. *Portaria nº 247, de 16 de junho de 2020*. Disciplina os critérios e procedimentos para a elaboração de proposta e de celebração de transação por adesão no contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica e no de pequeno valor. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2020e. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-247-de-16-de-junho-de-2020-261923979>. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Economia. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Edital nº 1/2019*. Torna públicas propostas da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para adesão à transação na cobrança da dívida ativa da União. [Brasília, DF]: Ministério da Economia, 2019b. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/servicos/editais-de-notificacao/acordo-de-transacao-por-adesao-1/edital-transacao-por-adesao_1_2019.pdf. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Economia. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Edital nº 16/2020*. Torna públicas propostas da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para adesão à transação no contencioso tributário de pequeno valor relativo ao processo de cobrança da dívida ativa da União. [Brasília, DF]: Ministério da Economia, 2020f. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/servicos/editais-de-notificacao/transacao-na-divida-de-pequeno-valor/edital-no-16_2020_transacao-tributaria-de-pequeno-valor.pdf. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Economia. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 2.381, de 26 de fevereiro de 2021*. Reabre os prazos para ingresso no Programa de Retomada Fiscal no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e dá outras

providências. [Brasília, DF]: Normas, 2021d. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=115581>. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Economia. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 9.917, de 14 de abril de 2020*. Regulamenta a transação na cobrança da dívida ativa da União e do FGTS. [Brasília, DF]: Normas, [2021e]. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=compilado&idAto=108608>. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Economia. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 9.924, de 14 de abril de 2020*. Estabelece as condições para transação extraordinária na cobrança da dívida ativa da União, em função dos efeitos da pandemia causada pelo coronavírus (COVID-19) na capacidade de geração de resultado dos devedores inscritos em DAU. [Brasília, DF]: Normas, 2020g. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=108609>. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Economia. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 14.402, de 16 de junho de 2020*. Estabelece as condições para transação excepcional na cobrança da dívida ativa da União, em função dos efeitos da pandemia causada pelo coronavírus (COVID-19) na perspectiva de recebimento de créditos inscritos. [Brasília, DF]: Normas, [2021f]. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=110357&visao=anotado>. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Economia. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 18.731, de 6 de agosto de 2020*. Estabelece as condições para transação excepcional de débitos do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional). [Brasília, DF]: Normas, 2020h. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=111566>. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho Nacional de Política Fazendária. *Convênio ICMS nº 33/2000*. Autoriza os Estados e o Distrito Federal a celebrar transação, a não constituir crédito ou a desconstituí-lo, nos casos e condições que menciona. Brasília, DF: Confaz, [2021g]. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2000/CV033_00. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 33, de 8 de fevereiro de 2018*. Regulamenta os arts. 20-B e 20-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002 e disciplina os procedimentos para o encaminhamento de débitos para fins de inscrição em dívida ativa da União, bem como estabelece os critérios para apresentação de pedidos de revisão de dívida inscrita, para oferta antecipada de bens e direitos à penhora e para o ajuizamento seletivo de execuções fiscais. [Brasília, DF]: Normas, 2018b. Disponível em: <http://sijut2.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=90028&visao=anotado>. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 360, de 13 de junho de 2018*. Autoriza a realização, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de modalidades específicas de negócio jurídico processual, inclusive calendarização. [Brasília, DF]: Ministério da Fazenda, 2018c. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/arquivos/2018/portaria-360-2018.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 396, de 20 de abril de 2016*. Regulamenta, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos – RDCC. Brasília, DF: PGFN, 2016. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/regime-diferenciado-de-cobranca-rdcc/portaria396_2016_1.pdf. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 502, de 12 de maio de 2016*. Revoga as Portarias PGFN nº 294 e o item 3.8, coluna “múltiplas assinaturas (item 3.6.5)”, (sic – item 3.7.5) no que se refere à nota justificativa, da Portaria PGFN nº 870, de 24 de novembro de 2014, e dispõe sobre a atuação contenciosa judicial e administrativa dos Procuradores da Fazenda Nacional. [Brasília, DF]: PGFN, [2017].

Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/legislacao-e-normas/Portaria%20502%20-%20texto%20compilado.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 742, de 21 de dezembro de 2018*. Disciplina, nos termos do art. 190 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, e art. 19, § 13, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, a celebração de negócio jurídico processual – NJP em sede de execução fiscal, para fins de equacionamento de débitos inscritos em dívida ativa da União e do FGTS, e dá outras providências. [Brasília, DF]: Normas, [2019c]. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=97757>. Acesso em: 21 out. 2021.

CANTANHEDE, Luís Claudio Ferreira. Transação tributária na dívida ativa – a isonomia como critério de restrição da discricionariedade na avaliação de propostas de transação individual. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (coord.). *Transação tributária na prática da Lei nº 13.988/2020*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 143-160.

CONRADO, Paulo Cesar. Transação antiexacional (contencioso) e sua possível incidência sobre a tese jurídica de fundo. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (coord.). *Transação tributária na prática da Lei nº 13.988/2020*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 285-296.

DINIZ, Geila Lúcia Barreto Barbosa. A transação na Lei nº 13.988/2020: o novo modelo de solução de conflitos tributários e suas interações com o sistema de precedentes do CPC/2015. In: SEEFELDER FILHO, Claudio Xavier; CALCINI, Fábio Pallaretti; HENARES NETO, Halley; CAMPOS, Rogério (coord.). *Comentários sobre transação tributária: à luz da Lei 13.988/20 e outras alternativas de extinção do passivo tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 197-224.

EXCALIBUR, Yuri. Transação tributária, indisponibilidade do interesse público e a Lei de Responsabilidade Fiscal: análise dos conceitos jurídicos à luz da eficiência na gestão tributária. In: SEEFELDER FILHO, Claudio Xavier; CALCINI, Fábio Pallaretti; HENARES NETO, Halley; CAMPOS, Rogério (coord.). *Comentários sobre transação tributária: à luz da Lei 13.988/20 e outras alternativas de extinção do passivo tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 475-487.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *Transação tributária: o direito brasileiro e a eficácia da recuperação do crédito público à luz do modelo norte-americano*. Curitiba: Juruá, 2014.

FERRAZ, Beatriz Biaggi. *Transação em matéria tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação tributária: introdução à justiça fiscal consensual*. Belo Horizonte: Fórum: Instituto Fórum de Direito Tributário, 2010. (Coleção Fórum de Direito Tributário, 2).

MACHADO, Hugo de Brito. Confissão e transação no direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT*, São Paulo, n. 159, p. 31-40, dez. 2008.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *A transação em matéria tributária*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário: Quartier Latin, 2015. (Série Doutrina Tributária, v. 18).

PAULA, Débora Giotti de. *Desafios culturais na implementação dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PERNAMBUCO. *Lei Complementar nº 105, de 20 de dezembro de 2007*. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, para a dispensa de propositura ou desistência de ações judiciais e recursos, transação, adjudicação de bens móveis e imóveis, compensação de créditos inscritos em precatório e requisições de pequeno valor (RPV) e determina providências correlatas. [S. l.: s. n., 2018]. [Revogada]. Disponível em: https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documents/Legislacao/Leis_Complementares_Estadual/2007/LCE105_2007.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Primeiras reflexões sobre a transação prevista pela Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. In: _____ (coord.). *Mediação e arbitragem na administração pública*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020. v. 2, p. 156-165. E-book.

REGULARIZE. [Brasília, DF]: PGFN, [2021]. Disponível em: <https://www.regularize.pgfn.gov.br>. Acesso em: 21 out. 2021.

SILVA, Lázaro Reis Pinheiro. Transação como mecanismo preparatório para a extinção da obrigação tributária. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (coord.). *Transação tributária na prática da Lei nº 13.988/2020*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 45-62.

SILVA NETO, Clóvis Monteiro Ferreira da. A transação tributária nos Estados Unidos: estrutura normativa e análise econômica. In: SEEFELDER FILHO, Claudio Xavier; CALCINI, Fábio Pallaretti; HENARES NETO, Halley; CAMPOS, Rogério (coord.). *Comentários sobre transação tributária: à luz da Lei 13.988/20 e outras alternativas de extinção do passivo tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 103-118.

SOUZA, Fernanda Donnabella Camano de. Os requisitos e os efeitos da transação por adesão no contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (coord.). *Transação tributária na prática da Lei nº 13.988/2020*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 297-312.

UNITED STATES. *26 U.S. Code Title 26 – Internal Revenue Code*. [Ithaca, NY]: Legal Information Institute, [2021?]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26>. Acesso em: 21 out. 2021.

O Estado constitucional de Direito e a mudança de rumo no sistema de fontes do Direito

DIEGO FERNANDES GUIMARÃES

Resumo: Uma sociedade politicamente organizada em torno do ideal do Estado constitucional de Direito tem como princípios e valores estruturantes a segurança jurídica, a supremacia da constituição e o pluralismo. Ao estabelecer as condições de validade das fontes do Direito e dos diversos ordenamentos jurídicos coexistentes, reconhece a constituição como fonte superior. A constituição assume essa posição graças a ingredientes culturais forjados historicamente: a dignidade humana, o pluralismo, a democracia constitucional, a inevitabilidade do conflito e a constituição como veículo de consensos. O presente estudo parte da necessidade de caracterização do Estado constitucional de Direito e suas bases socio-políticas e tem como objetivos descrever a mudança de paradigmas no sistema de fontes do Direito no Estado constitucional e identificar os seus fundamentos.

Palavras-chave: Estado constitucional de Direito; fontes do Direito; pluralismo democrático.

Constitutional State of law and the changing course on the source of law system

Abstract: A politically organized society under the constitutional State ideals (from normative constitutions), as from structuring values and principles as such legal security, constitutional supremacy and pluralism, sees its constitution at primary source of law once it predicts the validity requirements of the rest of sources of law and the others legal system enforceable at its land. The constitution has become at primary source of law by reason of many cultural ingredients built historically on human dignity, pluralism and constitutional democracy, the inevitability of conflicts and constitutional offering as if consensus document. The present study starts from the need to characterise the constitutional State of law and its socio-political bases, so that the objectives will be, precisely, to

Recebido em 19/5/21
Aprovado em 30/11/21

describe the change of paradigms in the system of sources of law in the constitutional State and to identify its foundations.

Keywords: constitutional State; sources of law; democratic pluralism.

1 Introdução

Um passo na busca por segurança e ordem nas relações interpessoais, entendidas como pretensão de certeza da regra aplicável e de previsibilidade de consequências das ações individuais, foi dado pela própria organização social em torno do Direito e pela posterior assunção da produção normativa pelos Estados.

Desse passo histórico, porém, derivaram múltiplos formatos de organização social e política, diversos no tempo e no espaço, sempre atentos ao substrato fornecido pelas experiências, pelas expectativas sociais e pelos valores que em seu tempo foram sendo cultivados. Por sua vez, tais elementos também influenciaram a concepção de Direito e o modo como se relacionam e estruturam as suas fontes de conhecimento, isto é, as fontes do Direito.

A demarcação que se faz entre o Estado legal de Direito e o Estado constitucional é, assim, a categorização de dois modelos diferentes de organização sociopolítica em torno do Direito, cujos sistemas de fontes de conhecimento são substancialmente diferentes porque assentados em premissas, valores e expectativas distintas.

O problema deste estudo pode ser assim sintetizado: o que caracteriza o Estado constitucional de Direito e quais as suas bases sociopolíticas? Logo, os objetivos desta pesquisa serão descrever a mudança de paradigmas no sistema de fontes do Direito no Estado constitucional e identificar os seus fundamentos.

Trata-se, pois, de um estudo de teoria da constituição, sem particularizar as experiências nacionais, o que, obviamente, não impede que o leitor nele projete os conhecimentos referentes a um dado sistema constitucional.

2 Do Estado legal ao Estado constitucional de Direito: características e conceitos básicos

Pode-se afirmar que o processo evolutivo iniciado com o renascimento de todos os setores sociais e o resgate de um Direito romano reformulado

(DAVID, 1998) – diante da desordem e principalmente do arbítrio no enquadramento das condutas humanas por um sistema que apelava ao sobrenatural e a um regime probatório insensato – culminarão no estabelecimento de um poder político racional, centralizado e capaz de definir as normas de regência social; ajustado, pois, ao conceito tradicional de soberania nascido dos Tratados de Westfalia, de 1648.

No primeiro momento de adoção do regime da monarquia absoluta, a lei promulgada pelo príncipe adquire a posição de fonte mais importante, assim se mantendo enquanto se produzia a substituição do absolutismo por outras formas de governo influenciadas pelas ideias de Estado de Direito, do princípio democrático e do princípio da igualdade (PIZZORUSSO, 2009), que desembocam na soberania popular e redimensionam o conceito de lei como ato normativo produzido pelo Parlamento representativo daquela soberania. Em suma, no curso da história, primeiro pleiteia-se a apropriação da atividade normativa pelo soberano para, na sequência, relegitimá-la pela soberania popular.

Assim, no horizonte das fontes do Direito surge o Estado legal, mediante o enquadramento do poder político – até então reduzido e conflitivo com a autoridade religiosa – e a superação dialética dos problemas que resultavam do caos de fontes normativas e das dificuldades operadas pelo Direito costumeiro, na medida em que o legitima a ideia de soberania popular.

Esse panorama histórico tem como referência uma série de acontecimentos passados na Europa ocidental, culturalmente condicionados e variáveis no tempo e no espaço quanto à diversidade de peso da lei e da jurisprudência. Nos sistemas de países da Europa continental (*civil law*), a lei assumiria o caráter exclusivo de disciplinar a função normativa, ao passo que, na Inglaterra (*common law*), o precedente judicial coexistiria com os *statutes* que poderiam modificar o Direito jurisprudencial e com a *ratio decidendi* que poderia interpretar o Direito vigente (PIZZORUSSO, 2009).

Desse modo, organização social em torno do Direito (e do Estado), segurança jurídica e soberania popular são conceitos-chave para identificar o Estado legal de Direito, focado na origem da norma como fundamento de sua legitimidade. Assim, as normas que poderiam ser impostas e deveriam ser obedecidas por todos seriam aquelas produzidas pela atividade do Parlamento como autoridade e instância representativa do povo. Daí deriva o dogma da primazia da lei, expressão da vontade geral, conforme exposto nas teorias contratualistas e, com mais vigor, no *pactum subjectionis* (MARHUENDA; ZAMORA, 2016).

O Estado legal de Direito programa uma ordem racional, com centralidade e supremacia da lei e, embora com variações nacionais, minimiza o valor jurídico do costume como fonte do Direito e (re)formula o

debate com vistas ao confronto entre leis e atos normativos do executivo, de tal maneira que são seus princípios estruturantes a segurança jurídica e a hierarquia.

Enfim, o ordenamento jurídico é considerado um conjunto sistemático e estruturado de normas (BALAGUER CALLEJÓN, 2014), dotado de unidade, coerência e plenitude. Uno, em razão da posição central da lei (ainda que houvesse variações sobre o que se consideraria lei); pleno, porque a lei é considerada ato racional por excelência e alcança prestígio no Estado liberal e em seu dogma da suficiência dos códigos; e coerente, por ser um ordenamento garantido pelo critério de hierarquia, de modo que o eventual conflito entre lei e regulamento se solucionaria pela maior força da primeira. O critério de hierarquia não deve ser confundido epistemologicamente com o princípio estruturante, embora no Estado legal nem sequer houvesse essa diferenciação, já que o sistema jurídico se ordenava inteiramente de forma hierárquica.

Da mesma forma, a supremacia da lei tornava pouco relevante a noção de normas sobre a produção jurídica, ou seja, “as regras, mediante as quais o ordenamento regula os processos de criação, modificação e extinção de suas normas” (BALAGUER CALLEJÓN, 2018, p. 73, tradução nossa). Paralelamente, o conceito de norma jurídica e de seus planos de realização, tais como existência, validade, eficácia, legitimidade e efetividade, mantêm um desenho singelo, porque o mais importante é identificar a vigência da lei, cenário no qual é reservado um papel passivo à jurisprudência (BALAGUER CALLEJÓN, 2003), especialmente no direito continental.

Não se deve esquecer que todos esses acontecimentos e seus reflexos sobre a sociedade, a política e o Direito repercutiram no continente americano, interagindo com os contextos lo-

cais de colonização, ocupação e exploração econômica. Por exemplo, nos primeiros anos da colonização brasileira, o modo de organização social era basicamente feudal, regido por *cartas de doações* ou *cartas forais* expedidas pelo monarca português, posteriormente reformulado pela extensão territorial das Ordenações reais – Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603) – e, na sequência, por leis extravagantes que poderiam regular relações na colônia, a exemplo da *Lei da boa razão*, a qual privilegiava a aplicação das leis portuguesas, minimizando a autoridade do Direito romano, da glosa e da jurisprudência. Esses só seriam aplicados de forma subsidiária, ou seja, quando de acordo com o Direito natural e as leis das nações cristãs iluminadas e desde que fundadas na boa razão (TELLES, 1865).

O Estado legal de Direito estava assentado em algumas condições políticas bastante funcionais para os grupos sociais dominantes (BALAGUER CALLEJÓN, 2014), porque estruturalmente excludentes da cidadania: a homogeneidade do povo como conceito jurídico-político, a unidade da ordem de valores e o sufrágio censitário, que desembocaram em um sistema jurídico não inclusivo e no monismo na disciplina das fontes do Direito, concebido apenas sob uma estruturação hierárquica.

A partir da crise do Estado liberal e das consequentes demandas sociais por maior amplitude na divisão e redistribuição de poderes num marco pluralista, progressivamente foram-se alterando aquelas condições políticas. A constituição passa a assumir a função central no sistema de fontes, dando lugar à transição rumo ao Estado constitucional de Direito (PIZZORUSSO, 2009). Apesar das particularidades históricas e condicionantes culturais, é inegável a influência da decisão *Marbury v. Madison* (UNITED STATES, 1803), da Suprema Corte Americana, na construção

e compreensão da supremacia constitucional para além do território dos EUA.

Em suas diferentes expressões, o pluralismo será integrado ao Direito e ao seu sistema de fontes pelo reconhecimento da pluralidade de centros emanantes de normas válidas e de várias categorias normativas espalhadas por centros diversos. Por essa razão o Estado constitucional de Direito tenta articular o pluralismo jurídico agregando-lhe outro princípio estruturante – o de competência (BALAGUER CALLEJÓN, 2014).

Neste momento, é imprescindível uma advertência. O sistema de fontes que aqui se examina com referência ao Estado constitucional de Direito é aquele correspondente aos Estados que adotam o modelo de constituições normativas, precisamente porque se trata de um fenómeno da cultura comum europeia que se expandiu até a América ibérica (ou, pelo menos, assim se pretendeu) e que, portanto, contextualiza esta pesquisa.

A propósito, o Estado constitucional de Direito dos países que adotam o modelo de constituição normativa é uma realidade sociocultural que, na Europa ou em parte dela, coincide com o segundo pós-guerra e posiciona a constituição no centro do ordenamento jurídico e, ao valorizar o pluralismo, atribuir-lhe-á a função de canalização dos conflitos sociais – territoriais, inclusive –, de modo a desenvolver-se como uma evolução do constitucionalismo oligárquico, que nega o pluralismo e o conflito, e do constitucionalismo antagónico do período entreguerras, que até reconhece o pluralismo e o conflito, mas não os canaliza por meio da constituição (BALAGUER CALLEJÓN, 2004a).

Igualmente, é um modelo que se afasta dos Estados que gozam de certa homogeneidade social e de identidade de valores ou que possuem uma constituição semântica, na expressão categorizada por Loewenstein (2018, p. 218),

porque ambos os casos, ao fim e ao cabo, não precisam da normatividade da constituição.

O modelo da constituição normativa influenciou as recentes constituições latino-americanas, editadas após períodos de governos autoritários ou ditatoriais, os quais sufocavam os conflitos internos, como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), profundamente influenciada pelos ideais das Constituições Portuguesa de 1976 e Espanhola de 1978, editadas após períodos de autoritarismo e influenciadas pela Lei Fundamental de Bonn e pela Constituição Italiana.

Dispor de uma constituição normativa reverbera no sistema de fontes do Direito de um Estado, dado que, se o pluralismo e o conflito são essenciais, e a constituição é o elemento central de um ordenamento plural, o Direito e, por conseguinte, suas fontes e métodos de análise e aplicação serão igualmente pluralistas. Assim, além dos conceitos de organização social em torno do Direito e de segurança jurídica (que, recorde-se, foram a base do Estado legal), serão também chaves no Estado constitucional os conceitos de pluralismo e supremacia da constituição.

A constituição juridiciza o processo de produção do Direito e torna-se, ela própria, norma jurídica. Vale dizer: a constituição é uma norma jurídica porque deixa de ser concebida como um programa político dirigido apenas à limitação de poderes e ao estabelecimento de liberdades – cujo arranjo proporcionava o papel proeminente do Parlamento em traduzir juridicamente o conteúdo da constituição política – e passa a ser tratada como uma ordem normativa global do Estado e da sociedade, fixando os “princípios com base nos quais se deve formar a unidade política e se devem assumir as tarefas estatais” (HESSE, 2012, p. 43, tradução nossa). Ademais, é fonte do Direito ao dar suporte às

normas constitucionais de produção de Direito em seus espaços de atuação.

A passagem para o Estado constitucional de Direito encontra na teoria kelseniana parte de sua base teórica, ao trasladar o foco da legitimidade da norma jurídica de sua origem para seu processo de produção, uma vez que o Direito, como sistema normativo dinâmico, tem uma norma fundamental que lhe outorga validade e estabelece o modo de produção das normas, cabendo a cada autoridade normativa a definição de seu conteúdo.

Também será aquela a base teórica que influenciará a nova imagem de unidade do ordenamento jurídico, não mais orientado para a posição central da lei, mas vinculado à constituição normativa, que estabelece as condições de validade do resto das normas do sistema em sua pluralidade de fontes e de ordenamentos jurídicos, obviamente com as ressalvas da consideração teórica atual da autossuficiência das constituições frente à norma hipotética fundamental kelseniana.

Assim, unidade não significará mais uniformidade do sistema, mas a existência de um ponto referencial de recondução de todas as normas (BOBBIO, 1995), que não é outro senão a constituição jurídico-positiva. A coerência não significará a inexistência de antinomias normativas, perfeitamente possíveis num sistema dotado de diversidade de fontes e de poderes normativos, mas a previsão dos critérios de solução destas antinomias, tais como o cronológico, a competência, hierarquia ou especialidade. Por outra parte, a estrutura escalonada do Direito, embora permaneça em alguns setores normativos (por exemplo, na relação lei-regulamento), deixa de ser o único critério do sistema jurídico do Estado constitucional, dada a coexistência do princípio estruturante de competência, que deforma o ordenamento e complica a atividade de exa-

me da validade de uma norma, já não restrita às forças diversas das fontes implicadas, mas também aos âmbitos de reservas materiais e de fontes (CRISAFULLI, 2004).

Por sua vez, a plenitude, que no Estado legal de Direito se assentava na racionalidade das leis e na suficiência dos códigos, inscreve-se numa concepção dinâmica, ante a constatação prática de que as leis não teriam conseguido definir tudo, e fatalmente sempre restaria uma margem de atuação interpretativa aos aplicadores da norma jurídica.

Quanto a esse ponto, cabe ressaltar que a influência de outros campos do conhecimento sobre a ciência jurídica, em especial a filosofia da linguagem, a lógica e as teorias da interpretação, provocou, no final das contas, a extensão do quadro das fontes do Direito, compreendendo as oriundas de autoridades políticas (fontes-ato), as derivadas da prática social normativa (fontes-fato) e aquelas provenientes das autoridades jurisdicionais, na medida em que estas últimas se valem do quadro referencial (textual ou não) das duas primeiras para, na análise de suas relações sistêmicas e das propriedades dos casos concretos (AGILÓ REGLA, 2014), construir a norma-premissa, isto é, aquela que deverá ser aplicada ao caso concreto e aos seus semelhantes.

Em suma, as autoridades políticas produzem a disposição jurídica valendo-se de um texto normativo que será a base para o intérprete extrair a norma jurídica individualizada, a qual será aplicada aos casos concretos, o que, se por um lado se reconhece como o método de trabalho natural dos juizes, por outro também evidencia as novas bases sobre as quais se assenta o dogma da plenitude do ordenamento jurídico.

No Estado constitucional de Direito são importantes as normas sobre a produção jurídica, as quais nem sempre estarão incorporadas

formalmente ao texto constitucional, embora devam nele estar admitidas, pois, num sistema de pluralidade de fontes do Direito e de pluralidade de ordenamentos jurídicos, serão as normas sobre a produção jurídica que condicionarão a validade de outras normas, a despeito de sua posição hierárquica, porque estruturadas por meio do princípio de competência.

Em outras palavras, as relações entre as diversas fontes do Direito e os ordenamentos infraestatais, estatais e supraestatais costumam ser organizadas de maneira competencial, ao passo que alguns de seus setores o farão de forma hierárquica, ainda que seja indiscutível que todas elas devam obedecer à dinâmica admitida na constituição normativa, simplesmente porque esta última é a fonte de validade de todas as demais normas que lhe deverão obediência.

É desta forma que o princípio de competência é elevado ao critério de ordenação do sistema de fontes. A intuição de uma possível desintegração da estrutura hierárquica, na verdade, decorre da premissa da adoção da forma constitucional e sua configuração como um limite intransponível do nível legislativo (MOTRONI, 2007-2009, p. 12, tradução nossa)¹.

Nesse panorama, passa a ser essencial – diferentemente do arranjo singular do Estado legal de Direito – o desenvolvimento dos planos de realização das normas jurídicas – existência, validade, eficácia e vigência –, porque operativos tecnicamente para o adequado funcionamento de um sistema jurídico uno e, ao mesmo tempo, dotado de uma pluralidade de fontes e de ordenamentos jurídicos, bem como baseado em princípios estruturantes diversos.

Conforme antes exposto, no constitucionalismo normativo a supremacia da constituição é sequenciada pela pluralidade de categorias normativas, isto é, por muitas fontes com *força de lei*, de tal maneira que no conceito constitucional de *lei* podem inserir-se diversas espécies normativas com maior ou menor participação de órgãos parlamentares em sua formação. Contudo, *força de lei* não se confunde com *status de lei*, porque este último situa a norma na hierarquia normativa: as normas com *status de lei* são inferiores à constituição mas superiores ao regulamento e às demais normas infralegais. Logo, normas com força de lei só podem ser derogadas por norma de igual ou superior *status*, o que é útil na análise das relações entre normas organizadas hierarquicamente, mas não tanto nos casos em que seja necessário o emprego do princípio de competência.

¹No original: “È così che il principio di competenza viene elevato al rango di criterio ordinatore del sistema delle fonti. L'intuizione della possibile disgregazione dell'assetto gerarchico nasce in realtà dalla premessa dell'adozione della forma costituzionale e dalla sua configurazione di limite invalicabile dal livello legislativo”.

Nesse sentido, independentemente de qualidades como abstração, generalidade ou obrigatoriedade, norma jurídica é aquela que integra o ordenamento jurídico, pois o Direito não está caracterizado por abrigar um só tipo de norma, mas por ser um sistema coativo e ordenado juridicamente – embora parte da doutrina continue ideologizando que “é bom que as normas jurídicas sejam gerais e abstratas” (BOBBIO, 2001, p. 182).

Atentando a esses conceitos e a tudo quanto dito até aqui sobre o Estado constitucional de Direito, é prudente destacar que a lei parlamentar e a atividade do legislador, ainda que não detenham a proeminência de antes, seguem gozando de prestígio institucional. Em especial, permanecem como instrumentos por excelência da concretização normativa da constituição, inclusive no desenvolvimento dos direitos fundamentais (BALAGUER CALLEJÓN, 2004b), embora sua fonte de legitimidade não resida mais na sua origem, mas na circunstância de expressarem os princípios do consenso, da maioria e do respeito às minorias.

Por outro lado, à jurisprudência constitucional nacional lhe é conferida uma função complementar, ou seja, corretora ou reparadora da atividade de conformação do legislador, sempre com base em um referente textual constitucional ou infraconstitucional, apesar da admissão de múltiplas fórmulas hermenêuticas concretas, tais quais as detectadas por Guastini (2010, p. 35), como as interpretações cognitiva (identifica os sentidos possíveis), decisória (elege entre os significados) e criativa (atribui um novo sentido, não compreendido entre os identificáveis na interpretação cognitiva ou mediante a recolhida de normas implícitas por meio de raciocínios não dedutivos).

3 Os ingredientes da constituição como fonte superior: cultura, dignidade humana, pluralismo, democracia constitucional, conflitos e consensos constitucionais

Em linhas gerais, até aqui se disse que uma sociedade politicamente organizada em torno do ideal de Estado constitucional de Direito (das constituições normativas), com base em princípios ou valores estruturantes, como a segurança jurídica, a supremacia da constituição e o pluralismo, reconhece na constituição a posição de fonte superior do Direito, “ao estabelecer as condições de validade do resto das fontes do Direito e dos diversos ordenamentos jurídicos que coexistem no mesmo território” (GUIMARÃES, 2021, p. 115).

Essa constituição pluralista sintetizará os matizes legitimadores de uma nova formulação na dinâmica política entre os que exercem a autoridade (os que mandam) e os destinatários de suas decisões (os que

obedecem). Compreender essa dinâmica e seus matizes é entender os ingredientes que enquadram a constituição como fonte superior, o que demanda algumas reflexões no âmbito da teoria constitucional sobre o desenvolvimento da constituição e do Estado constitucional como modelo pluralista, em especial após a queda dos regimes socialistas e demais experiências autoritárias.

De início, é imprescindível destacar a inequívoca relação entre constituição e cultura, porque a primeira é um produto dos processos culturais que culminam na definição de um modelo de organização sociopolítica, suas instituições e valores, além da eleição das vindicações e esperanças depositadas em seu desenvolvimento.

Desde a ascensão da razão humana e do renascimento cultural e científico que marcam a Idade Moderna, pretende-se organizar o eixo do modelo de organização social fugindo de referentes místicos ou metafísicos e valendo-se de elementos seculares que, construídos e reconstruídos continuamente, influenciam a relação entre governantes e governados. Häberle (2009) atribui a altíssima aceitabilidade atual das constituições – embora com caráter ontológico diverso – a essa perspectiva científico-cultural e à sua analogia com a natureza escrita dos livros das três grandes religiões monoteístas, ao valor da hermenêutica (como influência protestante) e ao efeito integrador dos cidadãos e grupos em face dos valores constitucionais.

A relação entre constituição e cultura também se atesta nas referências aos símbolos do Estado (bandeira, hino, capitais etc.) como expressões da comunidade política e na normatização de setores da cultura e de expressões culturais (educação, esporte, bens artísticos, paisagens etc.).

Se é certo que a constituição é um produto da cultura, também é certo que não se trata de um produto acabado – afinal, a cultura não é um fenômeno estático e seguirá influenciando

e sendo influenciada pelo consumo e vivência da constituição pelos cidadãos e pelas práticas estatais. O Estado constitucional como forma de organização política é também uma conquista cultural atualmente compartilhada por parte dos Estados do Planeta.

Por outro lado, o Direito constitucional também não pode ignorar a cultura, pois é ela que confere sentido material aos textos constitucionais e permite alcançar a exata medida de sua normatividade. Um forte indício dessa dependência é a constatação de que dois textos iguais podem ter sentidos jurídico-políticos distintos em espaços diversos, e o mesmo texto pode variar seu sentido no curso do tempo, o que reforça precisamente o caráter evolutivo da constituição – e do Estado constitucional como modelo – em suas dimensões de tempo e de espaço.

Além disso, a realidade constitucional de um Estado já não se resume aos valores, normas e fatos internos, porque integrada pelo direito internacional de natureza constitucional, numa interação recíproca (HÄBERLE, 2013) de princípios, atores e soluções normativas, de tal maneira que a fronteira entre esses dois âmbitos já não é tão rígida, nem a prevalência de um ou outro, monista ou pluralista, como se debatia anteriormente. Afirma Guimarães (2021, p. 119):

A abertura dos Estados Constitucionais para o externo é uma manifestação mais da constituição do pluralismo, de uma sociedade aberta, agora, ao internacional, que minimiza a distinção entre o interno e o externo e permite redimensionar o Estado a um padrão cooperativo.

Outro componente é a dignidade humana como crença básica, como condição necessária para a mudança de paradigma cultural no modelo de organização sociopolítica, e que “faz referência a um conceito filosófico, inicialmente

alheio ao Direito” (PORRAS RAMÍREZ, 2017, p. 218-219, tradução nossa), de filiação cristã (do Gênesis, “criou Deus o homem à sua imagem e semelhança”), secularizado pelo humanismo renascentista e revitalizado a partir do segundo pós-guerra.

A dignidade humana é um valor básico que se insere nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, mediante fórmulas normativas de princípios que servem como justificação moral e fundamento para o próprio ordenamento, em especial para os direitos fundamentais. Contudo, à luz de seu vazio conceitual tem permitido que na prática se projete uma diversidade de imagens e convicções pouco coerentes, até por órgãos judiciais nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos.

Uma forma de superar esse vazio conceitual é vincular a dignidade humana aos parâmetros filosóficos de inspiração kantiana e arendtiana: o indivíduo deve ser tratado como fim em si mesmo, evitando-se sua coisificação ou seu uso como meio para a realização de metas coletivas ou outras metas individuais; ademais, deve expressar um direito a ter direitos. Em qualquer caso, são ideias bem amplas e cujo alcance concreto pode variar conforme as dinâmicas sociais, o lugar e o momento.

Em busca de uma ideia comum de dignidade humana nos Estados constitucionais, Häberle (2016, p. 163, tradução nossa) a descreve como a “biografia desenvolvida e em desenvolvimento da relação entre o cidadão e o Estado”, ou seja, dignidade é um conceito relacional consistente em permitir que o cidadão seja o sujeito de sua atuação e, por isso, joga um papel importante na evolução cultural, porque traz consigo um grau mínimo de capacidade de desenvolvimento perante o cultural, as experiências históricas e suas transformações.

Por outra parte, empenhando-se em encontrar um conteúdo jurídico mínimo para a

dignidade humana e afastando-se das teorias estendidas de matriz religiosa ou ideológica, ou seja, pautando-se pela laicidade, neutralidade política e pela universalidade, Barroso (2015, p. 284-286) sintetiza a dignidade humana em três campos: como valor intrínseco, como autonomia individual e como valor comunitário.

O valor intrínseco corresponde a seu elemento ontológico resultante do postulado antiutilitarista kantiano, que afirma a posição especial dos seres humanos, determina que devem ser tratados como um fim em si mesmos e revela que o Estado existe para o indivíduo, e não o contrário. A dignidade como valor intrínseco gera um conjunto de direitos subjetivos, como o direito à vida, à igualdade, à integridade física etc.

A autonomia é o elemento ético da dignidade, comportando a autodeterminação do indivíduo, isto é, sua capacidade de decidir sobre a própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Nela se inseririam as dimensões da autonomia privada, da participação na *res publica* e da proteção do mínimo existencial como pressuposto necessário ao exercício da autonomia.

Por sua vez, o valor comunitário constitui o elemento social da dignidade humana, ou seja, o indivíduo frente ao grupo. Barroso (2015) assume que a dignidade é forjada pelos valores compartilhados de uma sociedade, por seus ideais de vida boa. Logo, o valor comunitário destina-se à proteção de direitos de terceiros, do indivíduo contra si próprio e dos valores sociais legítimos.

A posição da dignidade humana nos Estados constitucionais é resumida por Häberle (2016, p. 3, tradução nossa) quando afirma que “o Estado constitucional comum europeu e atlântico se caracteriza pela dignidade humana como premissa antropológico-cultural”. Portanto, ter a dignidade humana como premissa do modelo

de organização política de uma sociedade é impor a consideração do cidadão em si e em suas circunstâncias (em paráfrase adaptada de Ortega y Gasset), o que se traduz em admitir que a sociedade é essencialmente heterogênea, que as pessoas e seus grupos têm interesses, modos de vida, e valores comuns e diversos ao mesmo tempo. Assim, o Estado constitucional que, repita-se, existe para o indivíduo, é uma instância de organização pluralista de uma sociedade aberta, que aceita a presunção do pluralismo de atores sociais e de resultados na interação Estado-cidadania.

A respeito da ideia de constituição como pluralismo, é importante ressaltar a sua intrínseca relação com o modelo de Estado pluralista democrático (REALE, 1998), isto é, o Estado avesso ao fundamentalismo, mas também com o modelo de Estado pluralista radical, o que corresponderia à diferenciação feita por Popper (1991, p. 98-99), no seio da teoria do conhecimento, entre o pluralismo crítico e o relativismo, sendo cabível associar o primeiro ao Estado democrático pluralista.

Uma comunidade política desenvolvida com base no pluralismo inevitavelmente assume o conflito como um fato entranhado e permanente, embora antecipe um consenso cultural fundamental que se vê representado nos mecanismos formais e materiais previstos na constituição. É exatamente por essa razão que o conflito é parte do constitucionalismo atual (GUILLÉN LÓPEZ, 2013) – de que são exemplos as tensões liberdade-segurança, capital-trabalho etc. –; que a pluralidade de fontes normativas e de ordenamentos tende a ser uma realidade presente nos Estados constitucionais; e que a constituição define um regime completo e permanente de mecanismos de solução para os conflitos sociopolíticos que possam ser gerados.

O regime que encoraja e abrange o conflito não é outro senão a democracia constitucional, pois é nela que

a cidadania atua como coletivo homogêneo que integra a maioria e a minoria. O governo da maioria, contudo, se move dentro do marco constitucional, que assegura (através da constituição normativa) o respeito ao pluralismo e aos direitos das minorias (BALAGUER CALLEJÓN, 2014).

É também no marco da democracia constitucional e, portanto, pluralista, que se desenvolve a abertura a iniciativas e alternativas de respostas múltiplas às necessidades da sociedade, basicamente porque o pluralismo crítico é refratário às verdades acabadas ou definitivas. Dessa maneira, a democracia abriga – e em certa medida até fomenta – a existência de programas, projetos e propostas políticas e eleitorais alternativas, arranjo que tem como efeito instaurar uma ordem jurídica aberta e comunicativa,

que acolhe a benéfica alternância de poderes como resultado de alterações da vontade popular.

Do que até aqui se expôs, ainda que pareça contraditório, o Estado constitucional democrático reconhece o conflito como efeito natural de uma comunidade política desenvolvida com base no pluralismo e impulsiona o funcionamento da constituição como veículo de consensos mínimos, essenciais para a dignidade humana e para o funcionamento do regime, os quais não devem ser afetados pelas maiorias ocasionais. Porém, também projeta o espaço próprio do pluralismo político, de maneira a converter-se o governo da maioria em governo de todos. Por essa razão, a decisão é tomada com base na regra da maioria, submetida ao controle da oposição (minorias) e com a observação das condições formais e materiais previstas na constituição. É precisamente o pacto por essa dinâmica que garante a unidade política num Estado pluralista e se projeta para as futuras gerações.

A esse propósito, é interessante o ponto de vista integrador de Grimm (2005), ao destacar que – como é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade, que expressa os seus valores e objetivos básicos e, portanto, assegura o consenso fundamental para a preservação da consistência social –, a constituição desempenha uma função integradora no processo de amplificação do sentimento comum de pertença e de conformação da identidade coletiva, que pode apoiar-se em bases culturais e históricas diversas, como o *constitutional moment* da Constituição norte-americana ou o patriotismo constitucional do povo alemão diante da Lei Fundamental de 1949.

O último dos ingredientes do Estado constitucional está relacionado à irradiação no tempo do pacto constituinte e refere-se ao modo particular desse modelo de Estado, segundo o qual as constituições devem estar abertas para amparar o desenvolvimento humano, as expectativas e reivindicações futuras e as mudanças

culturais que comporão o seu substrato político. Esse ingrediente requer que a constituição seja abrangente o suficiente para adaptar-se ao tempo, sem prejuízo de sua essência.

Por essa razão, as constituições de Estados pluralistas contemplam em seu texto cláusulas pétreas ou de eternidade ao lado de cláusulas modificáveis ou até suprimíveis, como também se valem de textos normativos com relativo grau de imprecisão e vagueza ou de conceitos jurídico-políticos indeterminados.

4 Considerações finais

O Estado legal de Direito é um modelo de organização social que se vale da apropriação e centralização da elaboração normativa dos Estados – a qual já se vinha produzindo desde os Estados absolutistas –, associado a um conceito tradicional de soberania, que busca enquadrar o poder político, minimizar a autoridade religiosa, superar o caos de fontes normativas e as incertezas do direito costumeiro.

Quanto às suas premissas políticas, o Estado legal de Direito assenta-se na homogeneidade do povo como conceito jurídico-político, na unidade da ordem de valores e no sufrágio censitário. Seu ordenamento jurídico passa a ser considerado um conjunto ordenado de normas com as seguintes características: uno, em face da supremacia absoluta da lei; pleno, em razão da racionalidade impressa nas leis e códigos; coerente, já que as demais fontes, inclusive as costumeiras e os atos do executivo, deveriam guardar relação de dependência e inferioridade com a lei. Daí que se reconheçam a segurança jurídica e a hierarquia como seus princípios estruturantes.

É importante destacar que se considera a supremacia da lei a expressão máxima da vontade popular manifestada por seus representantes, o

que justifica a sua posição central no sistema de fontes e garante a unidade e coerência do sistema jurídico.

Contudo, a crise do Estado liberal deflagra novas reivindicações sociopolíticas que, mantendo a apropriação e centralização da atividade normativa e o protagonismo do Estado, buscam admitir a heterogeneidade do povo, a pluralidade de valores básicos da sociedade e o sufrágio universal. A consequência é uma mudança genética no sistema de fontes, dando lugar ao modelo de Estado constitucional de Direito, profundamente marcado pelo pluralismo político.

O ordenamento jurídico do Estado constitucional incorpora o pluralismo ao seu sistema de fontes do Direito, com base no reconhecimento da diversidade de centros de produção normativa e da multiplicidade de categorias normativas. Também serão pluralistas os métodos de interpretação e aplicação dos textos normativos. Logo, será um ordenamento uno, por deter um ponto referencial de recondução de todas as normas (fontes): a constituição normativa. Será coerente, ao prever os critérios de solução das antinomias normativas. E será pleno, ao admitir a interação criativa entre as autoridades normativas. Logo, além da segurança jurídica e da hierarquia, desponta como estruturante o princípio de competência, destinado a regular as interrelações entre os diversos (sub)ordenamentos e as diversas categorias normativas.

Nesse ambiente, reconhecido o valor político (e jurídico) do conflito, a supremacia absoluta da lei é substituída pela supremacia da constituição, o que não significa um simples reposicionamento, pois a constituição torna-se normativa, juridicizando o fenômeno político. Passa, então, a exercer a função – que a lei não tinha – de estabelecer os consensos políticos mínimos que deverão reger a vida política do Estado pluralista.

Todavia, como ato normativo do Parlamento, a lei, apesar de ter reduzida a sua importância no sistema de fontes, persiste como o instrumento por excelência de materialização da decisão política não apenas por ser originada do Parlamento, mas porque em seu processo de produção é garantida a dinâmica pluralista de formação da vontade política: formação das maiorias políticas, respeito às minorias e observância das regras e limitações formais, materiais e circunstanciais previstas na constituição, cuja fiscalização caberá à jurisdição constitucional.

Por fim, o esquema conceitual da constituição como fonte superior do sistema abrange ingredientes que não se podem perder de vista: cultura, dignidade humana, pluralismo, democracia constitucional, conflitos e consensos constitucionais, que se articulam de forma simbiótica para assegurar a organização social em torno do Direito, o enquadramento do poder político, a segurança nas relações sociais e a valorização da diversidade social e política.

Sobre o autor

Diego Fernandes Guimarães é mestre em Derechos Fundamentales en Perspectiva Nacional, Supranacional y Global pela Universidade de Granada, Espanha; doutorando em Ciências Jurídicas na Universidade de Granada, Espanha; professor do Centro Universitário Unifacisa, Campina Grande, PB, Brasil; juiz federal no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.
E-mail: dfguimaraes@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

GUIMARÃES, Diego Fernandes. O Estado constitucional de Direito e a mudança de rumo no sistema de fontes do Direito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 83-98, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p83

(APA)

Guimarães, D. F. (2022). O Estado constitucional de Direito e a mudança de rumo no sistema de fontes do Direito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(233), 83-98. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p83

Referências

AGILÓ REGLA, Josep. *Teoria geral das fontes do direito*. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Ed., 2014.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico*. Tradução de Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. (Série IDP. Linha Direito Comparado).

_____. Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [Madrid], año 23, n. 69, p. 181-213, sept./dic. 2003. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=371&IDA=25690>. Acesso em: 18 jan. 2022.

_____. La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo: ReDCE*, [s. l.], año 1, n. 1, p. 307-320, enero/jun. 2004a. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1pdf/13.%20Francisco%20Balaguer%20Callejon.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

_____. (coord.). *Manual de derecho constitucional*. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2018. v. 1.

_____. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo: ReDCE*, [s. l.], año 1, n. 1, p. 25-46, enero/jun. 2004b. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1pdf/2.%20Francisco%20Balaguer.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1995.

CRISAFULLI, Vezio. Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes. Traducido del italiano por Juan Francisco Sánchez Barrilao. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*: ReDCE, [s. l.], año 1, n. 1, p. 323-353, enero/jun. 2004. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE1pdf/14.%20Vezio%20Crisafulli.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino Superior).

GRIMM, Dieter. Integración por medio de la Constitución: propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización. Traducción al castellano de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. *Teoría y Realidad Constitucional*, [s. l.], n. 15, p. 53-69, 2005. DOI: <https://doi.org/10.5944/trc.15.2005.6667>. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6667>. Acesso em: 18 jan. 2022.

GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010. (Minima Trotta).

GUILLÉN LÓPEZ, Enrique. La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*: ReDCE, [s. l.], año 10, n. 20, p. 431-444, jul./dic. 2013. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE20pdf/13_GUILLEN.pdf. Acesso em: 18 jan. 2022.

GUIMARÃES, Diego Fernandes. Breve ensaio sobre a globalização do direito constitucional. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, [s. l.], v. 2, n. 13, p. 115-125, 2021. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/242>. Acesso em: 18 jan. 2022.

HÄBERLE, Peter. El constitucionalismo universal desde las Constituciones parciales nacionales e internacionales. Siete tesis. Traducción del alemán por Francisco Balaguer Callejón. *Revista Direito Público*, [Porto Alegre], v. 10, n. 54, p. 9-13, nov./dez. 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2363>. Acesso em: 18 jan. 2022.

_____. *El Estado constitucional*. Traducción e índices de Héctor Fix-Fierro. 2. ed. México, DF: UNAM, 2016. (Serie Doctrina Jurídica, n. 47).

_____. ¿Tienen España y Europa una Constitución? Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*: ReDCE, [s. l.], año 6, n. 12, p. 353-393, jul./dic. 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3263714>. Acesso em: 18 jan. 2022.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Selección y traducción de Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. (Democracia y Derecho).

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 2018. (Derecho, 13).

MARHUENDA, Francisco; ZAMORA, Francisco José. *Fundamentos de derecho constitucional*. Madrid: Dykinson, 2016.

MOTRONI, Matteo. *Le norme cedevoli nel rapporto tra fonti statali e fonti regionali*. 2010. Tesi (Dottorato in Diritto Costituzionale) – Università degli Studi di Ferrara, [Ferrara], 2007-2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11392/2389359>. Acesso em: 18 jan. 2022.

PIZZORUSSO, Alessandro. La producción normativa en tiempos de globalización. Traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorro. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*: ReDCE, [s. l.], año 6, n. 11, p. 231-318, enero/jun. 2009. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/10AlessandroPizzorusso.htm>. Acesso em: 18 jan. 2022.

POPPER, Karl R. *Sociedade aberta, universo aberto*: entrevista conduzida por Franz Kreuzer. Tradução de Maria Helena Rodrigues de Carvalho. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 1991. (Nova Enciclopédia, 17).

PORRAS RAMÍREZ, José María. Significado y alcance de la apelación al principio constitucional de la dignidad de la persona en España. *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 13, n. 75, p. 218-237, maio/jun. 2017. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3325>. Acesso em: 18 jan. 2022.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

TELLES, José Homem Corrêa. *Commentario critico [sic] à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769*. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/108523/pdf/108523.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

UNITED STATES. Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Congress does not have the power to pass laws that override the Constitution, such as by expanding the scope of the Supreme Court's original jurisdiction. First party: William Marbury. Second party: James Madison, Secretary of State. February 24, 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 18 jan. 2022.

Fundamentos teóricos e aspectos técnicos do direito à ampla defesa

GUILHERME CÉSAR PINHEIRO

Resumo: O artigo aborda o direito à ampla defesa, destacando seus fundamentos teóricos e seus aspectos técnicos. O objetivo é apresentar as premissas teóricas necessárias à compreensão discursiva do direito à ampla defesa, para depois discutir seus impactos técnicos na dinâmica processual. A abordagem é necessária devido ao fato de a literatura jurídica especializada discutir muito pouco sobre o assunto, circunstância criadora de déficit teórico capaz de prejudicar a análise crítica de temas correlatos. Para tanto, o artigo adota o marco das teorias do processo como procedimento em contraditório e a discursiva do Direito e da democracia. Assim, são analisados os fundamentos processual e discursivo do direito à ampla defesa, bem como destacadas as relações técnicas que se podem estabelecer com os direitos fundamentais à prova, ao recurso e ao advogado.

Palavras-chave: ampla defesa; devido processo; legitimidade democrática.

Theoretical foundations and technical aspects of the right to ample defense

Abstract: This paper approaches the right to full defense, highlighting its theoretical foundations and technical aspects. The objective is to present the theoretical premises necessary for the discursive understanding of the right to full defense and to discuss its technical impacts on procedural dynamics. Such an approach is necessary as very little has been published on the subject in the specialized legal literature, a circumstance generating a theoretical deficit that may impair the critical analysis of related themes. To this, such process theories as contradictory procedure and the discursive theory of law and democracy are taken as a framework. Thus, in addition to highlighting the technical relations that can be established with the fundamental rights to evidence, to appeal and to lawyer, the procedural and discursive foundations to the right of full defense are analyzed.

Recebido em 30/6/21

Aprovado em 2/8/21

Keywords: full defense; due process; democratic legitimacy.

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), em seu art. 5º, LV, garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos que lhes são inerentes (BRASIL, [2021a]). Portanto, contraditório e ampla defesa correlacionam-se na estruturação do processo constitucional. Tanto que, segundo Soares (2020, p. 108-109), o art. 7º do Código de Processo Civil (CPC), quando dispõe sobre o contraditório, também “indica a observância da ampla defesa, em seus enunciados, referendando que ambos os conceitos – contraditório e ampla defesa – são indissociáveis”.

Contudo, o que se percebe é que a literatura jurídica especializada no assunto centrou estudos sobre o direito ao contraditório, preterindo a importância à ampla defesa. Delfino e Rossi (2013, p. 229) alertam que o contraditório adquiriu prevalência sobre as outras garantias processuais. De fato, muito se escreve a respeito da teoria do processo como procedimento em contraditório e das garantias decorrentes de sua compreensão dinâmica. Talvez isso tenha ocorrido porque tais estudos marcaram a virada democrático-constitucional do processo, sedimentando as bases teóricas necessárias à superação da ideia autoritária de processo como relação jurídica entre pessoas: – autor, réu e juiz (BÜLOW, 2008, p. 9-12) –, e instrumento de exercício da jurisdição, como se lê, por exemplo, nas críticas de Gonçalves (1992, p. 49-114), Dias (2018, p. 103-118), Leal (2008, p. 37-68), Nunes (2009, p. 98-106), Leal (2009, p. 78-98) e Barros (2003).

Quanto ao direito à ampla defesa, a situação é bem diferente não só no que se refere à quantidade de trabalhos escritos. É fácil encontrar textos que tratam da ampla defesa juntamente com o contraditório, sem se preocupar em distinguir suas respectivas aplicações técnicas. Ademais, muitos autores limitam-se a compreendê-la de maneira restrita e antagônica ao direito de ação exercido pelo autor e exaurido no ato de dedução de pretensão em juízo – a ampla defesa como direito exclusivo do réu e manifestado unicamente no ato de responder à pretensão do autor (simples reação do réu à ação do autor) –, consoante já denunciado por Barros, Guimarães e Carvalho (2005). Tal escassez de estudos gera déficit teórico capaz de prejudicar a adequada compreensão crítica de temas correlatos, trazendo, pois, a necessidade de estudar com maior cuidado e profundidade o direito à ampla defesa.

Levando-se em conta essas considerações e tomando-se como marco as teorias do processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI, 2006), e a teoria discursiva do Direito e da democracia (HABERMAS,

1997, 2003; GÜNTHER, 1993, 1995, 2006), o presente texto visa discutir os fundamentos teóricos e os aspectos técnicos do direito à ampla defesa.

Com esse propósito, pretende-se demonstrar que o direito à ampla defesa: (i) não se identifica com o princípio do contraditório e deste claramente se diferencia; (ii) tem conteúdo juridicamente denso e não se limita ao oferecimento de resposta à pretensão articulada pelo autor, mas se desenvolve em todas as fases do processo em regime de contraditório entre as partes; (iii) impõe a criação de meios técnicos (instrumentos jurídicos) e espaço-tempo processuais (prazos) hábeis para que o exercício da defesa seja amplo e eficaz, assegurando às partes o direito de argumentar e de interpretar criticamente os textos jurídicos, com o propósito de conferir legitimidade ao Direito; (iv) garante às partes o direito de provar, por meios lícitos, os argumentos articulados no processo e de recorrer dos atos decisórios nele proferidos; (v) exige serem as partes assistidas por advogados, garantindo-lhes, igualmente, a autodefesa.

O artigo se divide em seis seções, além da introdução e da conclusão. As três primeiras discutem os fundamentos teóricos do direito à ampla defesa; as três últimas, seus aspectos técnicos. Na seção 2, a noção de processo como procedimento em contraditório e as propostas de compreensão do direito de ação formuladas por Elio Fazzalari são apresentadas e relacionadas ao tema central do texto. A seção 3 apresenta breve esclarecimento sobre as distinções entre contraditório e ampla defesa na dinâmica processual. Na seção 4, os fundamentos teóricos do direito à ampla defesa são colocados em discussão. Nas seções 5, 6 e 7, os aspectos técnicos do exercício pleno de defesa são destacados e relacionados aos direitos fundamentais à prova, ao recurso e ao advogado, respectivamente.

2 O processo como procedimento em contraditório e a compreensão fazzalariana sobre o direito de ação

O ponto de partida para a discussão que se objetiva desenvolver no presente texto é a revisão fazzalariana acerca da compreensão do direito de ação. A contribuição do processualista italiano Elio Fazzalari foi significativa para o redimensionamento do tema e começou pela satisfatória distinção entre processo e procedimento, com base no critério lógico inclusivo em contraponto à diferenciação pelo critério teleológico.

Oliveira (2001, p. 191-192) assevera que a distinção entre processo e procedimento pelo critério teleológico é a base para se compreender aquele como instrumento da jurisdição. Isso ocorre porque, pelo referido critério, tal distinção se dá pela atribuição de finalidades ao processo, a saber: meio de realização (atuação) da jurisdição e meio de exercício do poder do Estado. Em contrapartida, o procedimento passa a ser compreendido como mera formalidade, sucessão de atos, que prescinde de qualquer finalidade e pode ser tanto uma técnica quanto atos de uma técnica ou também ordenação de uma técnica (GONÇALVES, 1992, p. 64).

Noutro sentido, pelo critério lógico-inclusivo, o processo é visto como *espécie* do *gênero* procedimento, distinguindo-se daquele por um elemento específico: o contraditório. Aqui, o contraditório é entendido como a possibilidade de os destinatários do provimento participarem no procedimento em simétrica paridade, de modo a influenciar na construção de seu conteúdo. O processo é, então, procedimento de que os destinatários do provimento participam de forma especial, em contraditório, da preparação do provimento, o qual produzirá efeitos nas esferas jurídicas de seus destinatários (aqueles que participaram em contraditório de

sua formação). Isso é muito bem explicado por Gonçalves (1992, p. 68) nos seguintes termos:

pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.

Nessa perspectiva, o procedimento consiste numa série de normas, atos e posições subjetivas, cada um dos quais regulador de determinada conduta qualificada como obrigação (dever) ou direito (faculdade ou permissão), cujo cumprimento pressupõe atividade regulada por outras normas dessa mesma série, destinando-se ao final à formação do provimento (FAZZALARI, 2006, p. 113). Não é mera sequência aleatória e anômala de atos desconexos entre si, e sim estrutura técnico-normativa de atos jurídicos concatenados e praticados pelos sujeitos processuais em obediência ao ordenamento jurídico vigorante, de maneira que “o ato anterior há de ser pressuposto lógico-jurídico do posterior e este pré-condição do ato subsequente, que, por sua vez, é extensão do antecedente” (LEAL, 2009, p. 94).

Os atos jurídicos a serem praticados pelos sujeitos processuais são técnico-normativos porque decorrem das posições subjetivas assumidas por eles ao longo do procedimento. Por posição subjetiva deve-se entender a relação que se possa estabelecer entre a norma e o sujeito participante do procedimento, relação que define se a conduta daquele é uma faculdade ou uma obrigação (GONÇALVES, 1992, p. 102-103).

Por conseguinte, é do conceito de procedimento que se extrai a nova definição de processo. Fazzalari (2006, p. 120) incluiu o processo na classe do procedimento, caracterizando-o pelo elemento do contraditório, entendido como a possibilidade de os destinatários do provimento participarem de forma simétrica em sua construção, seja ele final ou interlocutório. Em síntese, nos dizeres do próprio autor:

Existe, em resumo, o “processo”, então, quando, em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do provimento deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.

É com base nisso que Fazzalari oferece à ciência processual interessante revisão do entendimento do direito de ação, pois os existentes à sua época ainda se mostravam arraigados à teoria do processo como relação jurídica entre pessoas (BÜLOW, 2008, p. 9-12) e por isso se estruturavam com fundamento em vínculos de sujeição, ou limitavam o direito de ação ao simples direito de movimentar a jurisdição (BARROS, 2003, p. 20-28).

A noção fazzalariana acerca do direito de ação é estruturada pelo entendimento das duas dimensões da legitimação para agir: situação legitimada e situação legitimante.

A *situação legitimada* é caracterizada por uma série de atos processuais, os quais podem ser qualificados como poder, faculdade, dever, a depender da posição subjetiva do sujeito processual, quer dizer, de sua relação com o conteúdo da norma (FAZZALARI, 2006, p. 500-501). Sobre o assunto, Lorentz (2003, p. 87) explica que, para Fazzalari, situação legitimada é caracterizada por um “complexo de faculdades, poderes, deveres e direitos que competem a cada parte, em cada fase processual, e que sempre devem ser exercidos em simétrica paridade e em contraditório”.

Por sua vez, a *situação legitimante* é compreendida como o aspecto da legitimação para agir, que determina qual dos sujeitos processuais pode ou deve cumprir certo ato. Nas palavras de Fazzalari (2006, p. 369), situação legitimante é “o ponto de contato da legitimação de agir, ou seja, tirando a metáfora, a situação com base na qual se determina qual é o sujeito que, concretamente, pode e deve cumprir um certo ato”. A esse respeito, importa fazer menção à distinção de Gonçalves (1992, p. 152) entre situação legitimante e situação legitimada:

enquanto a situação legitimante é contemplada como aquela em presença da qual um poder, uma faculdade ou um dever são conferidos ao sujeito, a situação legitimada consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, que se põem como expectativa para cada um dos sujeitos do processo.

Assim, da perspectiva da legitimação para agir, especialmente em relação ao aspecto da situação legitimada, reformula-se o conceito de ação como uma série de posições subjetivas, as quais determinam (obrigam) ou permitem (conferem faculdade) que os diferentes sujeitos do processo (autor, réu ou, eventualmente, terceiros intervenientes) pratiquem atos processuais em toda a estrutura do procedimento realizado em contraditório.

Vê-se, portanto, que a proposta de entendimento do direito de ação em Fazzalari trouxe ganho teórico ao elucidar que ele não se esgotaria no ato de instauração do procedimento, nem seria apenas *direito subjetivo de uma parte*, mas compreenderia uma série complexa de atos processuais (extraídos de diversas posições subjetivas) desenvolvidos em todo o procedimento sucedido em regime contraditorial entre todos os sujeitos processuais. Nesse sentido, conclui Barros (2003, p. 26):

Como analisa Fazzalari, não se pode entender a ação como, única e exclusivamente, o direito ou faculdade do autor de colocar o processo em movimento, ou o direito de ação como o ato inaugural do processo. Pois a ação é uma situação subjetiva composta, que analisada sob o aspecto de uma posição subjetiva, compreende uma série de poderes, deveres e faculdades que a parte possui ao longo do processo, até a produção do provimento final. De forma que ação, entendida como uma série de posições processuais de uma parte, é um conceito que se aplica não exclusivamente ao autor, mas a todos os sujeitos do processo: réu, interveniente, denunciado, juiz, serventário, pois todos possuem legitimação para agir no processo.

Nessa linha de raciocínio, o direito de ação não se limita à faculdade de a parte instaurar o processo mediante o ajuizamento de pretensão jurídica (distribuição/registro de petição inicial, queixa ou denúncia). O âmbito de incidência do direito de ação, ao contrário, confere às partes o direito de participarem de todo o percurso do procedimento realizado em contraditório em todas as suas fases lógicas – postulatória, saneamento e organização, probatória, decisória, recursal e satisfativa. Não por acaso, Barros (2008, p. 178) propõe que se empregue o termo direito constitucional ao processo jurisdicional em lugar de direito de ação. Sua proposição é fundada no movimento de constitucionalização

do processo e tem como finalidade afastar a ideia pandectista (imanentista) de direito de ação como paralelo ao direito de defesa.

Com fundamento nessa concepção, o direito à ampla defesa começa a ganhar novo dimensionamento na dinâmica processual. No contexto da teoria do processo como procedimento em contraditório, o entrelaçamento teórico da distinção entre processo e procedimento e a revisão sobre o conteúdo do direito de ação disponibilizadas por Fazzalari são substrato para a compreensão discursiva do direito à ampla defesa tanto por afastar-se do paralelismo ao direito de ação – segundo o qual este seria exclusivo do autor e se exauriria no ato de instauração do processo – quanto por esclarecer que o direito de defesa não é de titularidade única do réu, nem se restringe aos atos de resposta à pretensão do autor. Em perspectiva discursiva, os direitos de ação e defesa não são paralelamente estáticos e antagônicos, mas dinamicamente complementares.

3 Contraditório e ampla defesa

Antes de discutir com maior profundidade os fundamentos teóricos do direito à ampla defesa, cumpre distingui-lo do contraditório. A defesa se faz em contraditório, mas com este não se confunde completamente na dinâmica processual.

Atualmente, o contraditório não é simples requisito formal de validação dos pronunciamentos decisórios, nem se restringe à tacanha bilateralidade de audiência, assentada nos binômios ciência e participação, ação e reação. Na constitucionalidade vigente, o contraditório assumiu dimensão de efetiva participação processual, mediante as garantias de influência e não surpresa. A influência assegura às partes que o conjunto de razões jurídicas articuladas

em torno dos pontos e questões discutidos no processo (argumentos) sejam efetivamente considerados pelo magistrado em suas decisões. Assim, as partes não são só destinatárias, mas igualmente coautoras dos pronunciamentos decisórios que afetarão suas esferas jurídicas. A garantia da não surpresa é complementar à influência, porque veda a inclusão na fundamentação do ato decisório de argumentos que não tenham sido objeto de interação argumentativa entre os sujeitos processuais. Com efeito, ao juiz é imposto o dever de provocar o debate acerca de todas as questões e pontos relevantes para a solução do caso, inclusive aquelas que possam ser declaradas de ofício (NUNES, 2009, p. 201-238).

Portanto, o conteúdo normativo do princípio do contraditório determina que seja dada às partes a oportunidade de manifestar-se sobre todos os aspectos relevantes para a solução da demanda, sejam eles fáticos ou jurídicos, de direito material ou de direito processual, conhecíveis de ofício ou não, probatórios ou referentes às súmulas, às decisões vinculantes ou até mesmo à jurisprudência dominante. Sem dúvida, a manifestação das partes influenciará o magistrado na construção da decisão, gerando efetiva repercussão na fundamentação do ato decisório. Por isso Dias (2020, p. 44-48) defende que o princípio do contraditório, como resultante de sua correlação com o dever de fundamentação das decisões judiciais, deve ser compreendido, em síntese, pelo quadrinômio: *informação-reação-diálogo-influência*.

Assim, fica evidente que o conteúdo da ampla defesa na dinâmica processual é diferente do contraditório. Aquela consiste no espaço temporal e procedimental para o aporte dos argumentos de influência na construção dos pronunciamentos decisórios. A defesa caracteriza-se por inúmeras situações processuais ocorridas nos processos. A título de exemplo: a faculdade de responder à pretensão do réu pelas variadas

formas ofertadas pelo ordenamento jurídico; o direito de participação ativa no procedimento de produção de provas; a interposição de recursos e a oferta de contrarrazões. A ampla defesa garante o direito de resposta à pretensão do autor, que pode ou não ser oferecido. O conteúdo comissivo ou omissivo da resposta do réu tem a capacidade de gerar influência na construção participada do pronunciamento decisório (contraditório). A amplitude de defesa assegura a participação no procedimento de produção de provas. O que tem capacidade de influenciar o juiz são os elementos de provas trazidos aos autos: termos de depoimentos construídos por meio das perguntas direcionadas às partes e às testemunhas; documentos; laudos construídos com base em quesitos formulados ao perito (contraditório). O direito à plenitude de defesa é fundamento do direito de recorrer e de responder aos recursos, mas o conteúdo das razões e contrarrazões recursais é que gera repercussão nos atos decisórios.

Entretanto, cumpre advertir que nem sempre há sintonia entre contraditório e ampla defesa na dinâmica processual, visto que garantir a participação dos sujeitos processuais no procedimento em simétrica paridade não significa, necessariamente, assegurar o exercício de defesa ampla. Há situações em que se garante o contraditório, mas se nega o exercício da ampla defesa. É o que acontece, por exemplo, quando o procedimento é sumarizado por meio da redução de prazos, limitação dos meios de provas e exclusão de recursos, como é o caso da estrutura procedimental dos Juizados Especiais (Leis nºs 9.099/1995 e 10.406/2002). Tal sumarização do procedimento, embora assegure em alguma medida o exercício do contraditório, acaba por privar à parte a amplitude de defesa, visto que esta, “apesar de estar limitada pela preclusão, pois ela não pode ir além do tempo do processo (que finda com o trânsito em julgado da decisão), também não pode ser exígua a ponto de

privar a parte do tempo mínimo para a sua formulação, gerando um processo nulo” (BARROS; GUIMARÃES; CARVALHO, 2005, p. 310). Nesse ponto, a crítica de Leal (2009, p. 98, grifos do autor) é irretocável, razão pela qual merece integral transcrição:

O princípio da ampla defesa é coextenso aos do contraditório e isonomia, porque a amplitude da defesa se faz nos *limites temporais* do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. É por isso que, a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o *tempo* da *ampla defesa* que supõe oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova.

Ofende não só o contraditório mas igualmente (e sobremaneira) o direito de defesa a exigência de que o autor se manifeste imediatamente sobre documentos juntados pelo réu na própria audiência, sem facultar-lhe tempo adequado para examinar o conteúdo da prova e sua pertinência fática e jurídica para o deslinde do processo (MOREIRA, 1984, p. 233-234).

Feitas essas digressões introdutórias acerca dos fundamentos processuais indispensáveis à adequada compreensão do direito à ampla defesa, pode-se passar à análise mais abrangente e teórica do exercício da amplitude de defesa. Isso, com a finalidade de sedimentar as bases de seu dimensionamento crítico e discursivo para, posteriormente, descrever parcela de sua incidência na dinâmica processual.

4 Ampla defesa como espaço processual de exercício crítico e argumentativo de refutação e fiscalização do conteúdo das normas jurídicas

De modo mais abrangente, o direito à ampla defesa garante às partes, ao Ministério Público e a terceiros intervenientes amplitude argumentativa (espaço temporal e técnico-jurídico) de interpretação crítico-discursiva das questões fáticas e jurídicas discutidas nos processos, com vista a legitimar as atividades de produção (processo legislativo) e aplicação de normas jurídicas (processo jurisdicional).

Essa afirmativa encontra sustentação na teoria do discurso do Direito e da democracia, formulada por Habermas (1997) e acrescida das consideráveis contribuições de Günther (1993, 1995, 2006). Nesse marco, a premissa é que a legitimidade do Direito se assenta nas seguintes condições: (1) o procedimento de enunciação do Direito positivo (processo legiferante), imprescindivelmente, exige a possibilidade de participação dos cidadãos que serão os destinatários daquele; (2) esse procedimento é racional, isto é, permite o exame crítico da pretensão de validade das propostas de normas, por meio de argumentos e contra-argumentos (GÜNTHER, 2006, p. 223). Consequentemente, o *cidadão* é, a um só tempo, autor e destinatário das normas jurídicas integrantes do ordenamento jurídico, sendo necessário também que essas normas tenham a aceitação racional de todos os seus possíveis destinatários (HABERMAS, 2003, p. 153).

A noção de cidadão como coautor e destinatário das normas jurídicas apoia-se na compreensão de *pessoa deliberativa*, aquela a quem seja possível atribuir a capacidade de, com apoio em razões, argumentos e contra-argumentos, distanciar-se e posicionar-se criticamente diante de ações e proferimentos próprios e alheios. Esses distanciamentos e posicionamentos críticos apoiados em razões são substratos para legitimar a construção e observância democráticas do Direito (GÜNTHER, 2006, p. 225-226).

Acrescenta-se que a noção de pessoa deliberativa da teoria do discurso permite interligação complementar entre *pessoa de direito* (sujeito de direito) e *cidadão* sem prejudicar a incidência particular de cada um. O cidadão, por um lado, tem a sua função peculiar de ser coautor do Direito positivo, porque é partícipe do seu procedimento criativo (processo legislativo). A pessoa de direito (sujeito de direito), por seu turno, tem o dever de obediência às normas jurídicas, mesmo que não tenha participado do processo institucional de criação delas. O dever de obediência às normas jurídicas não é decorrente de sua simples positividade (existência formal), e sim do fato de terem sido democrática e legitimamente instituídas. Não há, portanto, separação estanque entre as figuras do cidadão e da pessoa

de direito (GÜNTHER, 2006, p. 232). Posto isso, Günther (2006, p. 235) conclui:

Com isso, introduz-se um conceito de pessoa que fundamenta tanto o conceito de cidadão como participante de procedimentos democráticos de legislação quanto o conceito de pessoa de direito como destinatário de normas postas democraticamente. É apenas com o pressuposto desse conceito de pessoa deliberativa que funciona a alternância regulada e institucionalizada entre o papel de cidadão e o papel de pessoa de direito obrigada a respeitar as normas.

Sublinha-se que essa proposta de Günther (2006, p. 235) visa à delimitação introdutória do conceito geral de imputabilidade jurídica (civil ou penal), à justificação do dever de obediência às normas e à explicitação do conceito de tal dever. Significa dizer: só é possível imputar implicações jurídico-normativas a uma pessoa caso tenha ocorrido desrespeito a alguma norma, se àquela houver sido propiciado o direito de participação na criação da norma jurídica não observada.

Muito embora essa enunciação teórica tenha sido estruturada para atribuir legitimidade ao processo de instituição de normas jurídicas (processo legislativo), é possível seu aproveitamento para os processos de aplicação de normas (processo jurisdicional). Isso pelo fato de a legitimidade normativa começar no processo legiferante e só se completar com a ampla possibilidade de participação daqueles que serão afetados pelos efeitos da decisão judicial (ALMEIDA, 2005, p. 97; LEAL, 2002, p. 181). E mais: a legitimidade normativa também exige a possibilidade de os participantes dos processos refutarem argumentativamente o conteúdo normativo dos textos legislativos (LEAL, 2010, p. 214-245).

Por conseguinte, é possível transpor o conceito de pessoa deliberativa para a dinâmica dos processos judiciais, particularmente na

figura dos sujeitos processuais contraditores e exercentes do direito de defesa (autor, réu, Ministério Público e terceiros intervenientes). Assegura-se-lhes, assim, o direito de posicionarem-se e distanciarem-se criticamente frente aos atos postulatórios, probatórios e decisórios integrantes da estrutura procedimental, inclusive em relação aos conteúdos normativos, objeto de discussão no processo. Com isso cria-se ambiente propício à legitimidade da atividade jurisdicional, tornando seu exercício coercitivo racionalmente aceitável.

Não é diferente quando o objeto do diálogo processual é uma súmula (vinculante ou não), ou um acórdão de decisão vinculante, ou qualquer precedente judicial que se apresente como potencialmente aplicável. A fim de conferir validade e legitimidade ao exercício da atividade jurisdicional, é preciso que as partes sejam não só destinatárias mas também coautoras do pronunciamento decisório.

Tudo isso somente ocorre se se admitir que a prática jurídica suscita divergências teóricas sobre o fundamento do Direito, e não apenas discussões acerca de suas *questões de fato*, nos termos da distinção construída por Dworkin (2007). Para utilizar a exata expressão do aludido autor, as *questões de direito* referem-se não somente ao ocorrido no passado, ou seja, às circunstâncias fáticas do caso e às decisões jurídicas pretéritas (*questões de fato*) mas também (e especialmente) dizem respeito aos fundamentos dessas decisões, questionando se seus conteúdos esgotam ou não os direitos ali discutidos. Significa dizer: referem-se à fundamentação do ordenamento jurídico vigente, porque interrogam se realmente as decisões do passado reconheceram ou não os direitos das partes. Em outros termos, aquelas situações em que as divergências argumentativas não se limitam à aplicação de padrões normativos às circunstâncias fáticas, mas giram igualmente

em torno de seus fundamentos, sua correção jurídica (DWORKIN, 2007, p. 7-10).

Nessa perspectiva, é igualmente imprescindível assumir a perspectiva do participante (ponto de vista interno) em detrimento da perspectiva do observador (ponto de vista externo). Explica-se. O observador é aquele que se limita a descrever o sistema jurídico como ele de fato é, sem se preocupar com a correção jurídica de suas normas e legitimidade das decisões nele proferidas. Noutro sentido, o participante é aquele que, numa prática argumentativa como é o Direito, não se restringe a descrever o que é ordenado, permitido, proibido ou autorizado pelo ordenamento jurídico, mas questiona acerca da correção jurídica (validade) e da adequação constitucional (legitimidade) do conteúdo dessas normas. Desse modo, procura entender a argumentação desenvolvida nos processos de produção de normas e decisões legítimas (ALEXY, 2011, p. 30; BUSTAMANTE, 2012, p. 118-119).

Assim, na perspectiva do participante, os sujeitos processuais – advogados, promotores de justiça, procuradores, juízes e desembargadores – atuantes na prática jurídica podem questionar a validade e a legitimidade das normas jurídicas e das decisões judiciais proferidas em todos os graus de exercício da atividade jurisdicional, exigindo-lhes legitimidade democrática.

Diante de tudo isso e em perspectiva teórica e abrangente, a amplitude de exercício do direito de defesa reclama a oferta de meios técnico-jurídicos em prazos adequados para reflexão crítica e posterior refutação e fiscalização do conteúdo das normas jurídicas produzidas no processo legislativo e dos atos postulatórios, probatórios e decisórios praticados nos processos judiciais, tendo em vista a correção normativa do ordenamento jurídico.

Após essa abordagem crítica e reflexiva acerca dos fundamentos teóricos da compreensão

discursiva do direito à ampla defesa, falta focalizar a análise da técnica processual, que é indicativa da maneira como a incidência concreta da plenitude de defesa se relaciona com os direitos fundamentais à prova, ao recurso e ao advogado.

5 Ampla defesa e direito à prova

De modo mais específico, o direito à ampla defesa assegura à parte, ao Ministério Público e a terceiros intervenientes o direito de provar e de demonstrar, por meios lícitos, os argumentos articulados no processo em torno dos pontos e questões ali discutidos (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 360).

Merece destacar que o conteúdo normativo do direito à ampla defesa abrange toda a estrutura do procedimento probatório passando por suas quatro fases ou etapas lógicas: (1^a) proposição ou indicação; (2^a) admissão; (3^a) produção ou concretização; (4^a) valoração.

Recorda-se que a primeira fase ou etapa é aquela em que autor, na petição inicial (art. 319, VI, CPC (BRASIL, [2021c])), e réu, na contestação (art. 336 do CPC), formulam requerimentos de provas. A segunda consiste nos pronunciamentos decisórios pelos quais o juiz aprecia os requerimentos de provas formulados pelas partes. A decisão de saneamento e organização do processo – art. 357 do CPC – pode ser indicada como o principal ato de admissão ou inadmissão da prova. Na terceira fase, os elementos de provas são colhidos e transportados à estrutura procedimental regida pelas garantias processuais, segundo os meios técnicos previamente normatizados. Na quarta e última fase, os elementos de provas trazidos aos autos do procedimento são valorados pelas partes, mediante a indicação de sua existência e estabelecimento de liame argumentativo de

pertinência entre os fatos e as questões discutidas no processo (DIAS, 2015, p. 191-192).

Assim, o legítimo exercício do direito à ampla defesa exige sua irrestrita obediência nas referidas quatro fases lógicas do procedimento probatório, sob a indesejável consequência de caracterização de “cerceamento de defesa”, circunstância que torna os seus atos suscetíveis de declaração de nulidade. Também é imperioso sublinhar que a garantia do contraditório reclama integral observância na estruturação do procedimento probatório. Moreira (1984, p. 232) anota ser manifestamente inadmissível a criação de procedimento em que qualquer das partes não possa formular requerimentos de provas a serem produzidas. Configura-se igualmente inadmissível conferir às partes tratamento assimétrico no curso do processo, o que significa que todos terão iguais possibilidades de participar dos atos probatórios e de se pronunciarem sobre seus resultados.

6 Ampla defesa e direito ao recurso

Assim como o direito à prova, o direito de recorrer apresenta-se como corolário do contraditório e da ampla defesa. Assim o é porque o direito constitucional ao recurso garante às partes, ao Ministério Público e ao terceiro juridicamente interessado a possibilidade de apontar as falibilidades normativas (*error in procedendo* e *error in iudicando*) dos pronunciamentos decisórios lavrados nos processos judiciais, com o objetivo de corrigir tais erros judiciários (NUNES, 2006, p. 177). É a ampla defesa, em conjunto com o contraditório, que assegura o espaço procedimental de interposição de recursos (ou outros meios de impugnação) e seus respectivos atos de resposta (contrarrazões).

Nesse cenário, não é difícil defender que o direito à ampla defesa foi indevidamente

restringido pela Lei nº 13.256/2016 (BRASIL, 2016), que alterou o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e dispôs sobre os recursos cabíveis contra as decisões de inadmissibilidade dos referidos recursos em duas modalidades diferentes, a depender do fundamento da inadmissão recursal. Se a inadmissão for fundamentada na circunstância de o acórdão recorrido estar em conformidade a tese adotada por Tribunal Superior em matéria de repercussão geral ou de recursos repetitivos, caberá apenas agravo interno para Tribunal *a quo* (art. 1.030 do CPC). Por outro lado, não havendo precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) ou do Superior Tribunal de Justiça (STJ) oriundos de julgamentos de casos repetitivos e de repercussão geral, caberá o agravo em recurso especial e em recurso extraordinário do art. 1.042 do CPC diretamente para o Tribunal Superior (NERY JUNIOR; ABOUD, 2016, p. 225-227).

A restrição ao direito à ampla defesa decorre da circunstância de que, “havendo padrão decisório formado pelo Tribunal Superior, a temática não mais chegará a ele, sendo barrada no Tribunal local a inadmissão de recursos contra decisões que estejam em conformidade com tese adotada por Tribunal Superior em sede de repercussão geral ou de recursos repetitivos” (NUNES; FREITAS, 2018, p. 446), visto que nessas situações será cabível agravo interno para o próprio Tribunal local. Assim, pela nova sistemática só se permitirá que o recurso chegue ao STF ou ao STJ por meio de recursos extraordinários ou agravos em recurso especial nos

casos inéditos, ou naqueles em que o precedente já estabelecido tiver sido violado e o órgão prolator da decisão negar retratação. Nesses casos, e somente nesses casos, inadmitido o recurso especial ou recurso extraordinário, é que será cabível agravo diretamente ao Tribunal Superior (WOLKART, 2016, p. 243).

Portanto, a recorribilidade das decisões de inadmissão de recurso especial ou recurso extraordinário – sob o fundamento de o acórdão recorrido estar em conformidade com tese adotada por Tribunal Superior em matéria de repercussão geral ou de recursos repetitivos (normativa do art. 1.030 do CPC) – não é simples aspecto amplificador da complexidade do sistema processual brasileiro. Trata-se de sofisticado expediente criado para inviabilizar acesso ao STF e ao STJ e, conseqüentemente, alijar a possibilidade de rediscussão de matérias já julgadas pelos referidos tribunais e a superação dos padrões decisórios ali formados (NUNES; FREITAS, 2018, p. 485).

Prova disso é o fato de que na jurisprudência do STF e do STJ não têm encontrado respaldo os vários mecanismos técnicos presentes na ordem jurídica vigente hábeis a impugnar acórdãos que negam provimento aos agravos internos interpostos contra as decisões de inadmissibilidade de recursos especial e extraordinário (art. 1.030 do CPC). São várias as opções: (1) estender o cabimento da reclamação constitucional para os casos em que se busca a superação de decisões dos tribunais superiores; (2) ação rescisória contra a (e após o passamento em julgado da) decisão que não prover o agravo interno interposto contra a decisão de inadmissibilidade de recurso excepcional; (3) interposição de agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário (art. 1.042 do CPC (BRASIL, [2021c])) contra a decisão que não prover o agravo interno; (4) cabimento de novo recurso especial ou recurso extraordinário. Contudo, apesar da sofisticação técnica de tais propostas, os tribunais superiores não as têm recepcionado, de modo que a superação de precedentes fica impossível:

o que importa salientar é que o entendimento jurisprudencial majoritário se dá no sentido de que, diante da decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário ou de recurso especial que se fundamente em decisão proferida sob o regime de repercussão geral ou de recursos repetitivos (ou representativos de controvérsia, como eram denominados), cabe recurso apenas para o Tribunal *a quo inviabilizando-se por completo o acesso aos Tribunais Superiores, em tais hipóteses*, ou seja, a reforma legislativa promovida pela Lei 13.256/2016 apenas encampou o exercício paralegislativo que já vinha sendo adotado pelos tribunais. Ocorre que esse entendimento vai contra o modelo constitucional de processo brasileiro eis que instala um sistema de precedentes que, ao menos parcialmente, inviabiliza a superação de entendimentos por fundamentos tão somente utilitaristas e que encaram os precedentes como mero mecanismo de gerenciamento de processos repetitivos, desprezando a integridade que esses precedentes exigem e garantem (NUNES; FREITAS, 2018, p. 484-485, grifo dos autores).

Percebe-se que a intenção da reforma do CPC foi privilegiar a estabilidade dos padrões decisórios exarados pelos tribunais superiores, mediante restrição de possibilidades de as partes se posicionarem criticamente

frente ao conteúdo de tais decisões judiciais apontando-lhes as falibilidades normativas por meio de recursos ou outros meios de impugnação. Uma vez mais, atribui-se maior importância à hierarquia do órgão jurisdicional em menosprezo ao conteúdo da decisão e sua pretensão de correção jurídico-normativa, em clara adesão ao positivismo jurídico (VIANA, 2017, p. 198).

Essa requintada inviabilidade de acesso ao STF e ao STJ para fiscalização de seus pronunciamentos decisórios, bem como superação (*overruling*) de seus precedentes, constitui perverso alijamento do exercício do direito à ampla defesa constitucionalmente garantido.

7 Ampla defesa e direito ao advogado

Com fundamento no que foi exposto nas linhas anteriores, não é difícil concluir que o exercício amplo do direito de defesa num sistema jurídico tão complexo como o brasileiro tenha como pressuposto subjacente a garantia de assistência jurídica por profissional capacitado e regularmente habilitado: o advogado. O art. 133 da CRFB (BRASIL, [2021a]; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 360) torna regra a participação do advogado em processos judiciais, isto é, exige que seja garantida a fruição do direito fundamental ao advogado. Além disso, é interessante enfatizar que o citado dispositivo constitucional não existe em sistemas jurídicos dos EUA e da Europa, o que amplifica sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro (SOARES, 2017, p. 224).

Nessa linha de raciocínio sublinha-se que o exercício do direito à ampla defesa se desdobra na defesa técnica e na autodefesa. A primeira é realizada por advogado tecnicamente habilitado e constituído pela parte interessada. Seu exercício manifesta-se por inúmeros atos escritos ou orais praticados no espaço-tempo discursivo do

devido processual constitucional. São exemplos os atos de elaborar petição inicial, contestação e requerimentos de provas, bem como os de contraditar testemunhas, de formular perguntas às testemunhas, de apresentar quesitos, de interpor, arrazoar e contrarrazoar recursos e de sustentar oralmente tais razões. Não por acaso, Nunes, Bahia e Pedron (2020, p. 360) afirmam que “a ampla defesa encaminha uma competência de atuação (*Handlungskompetenz*), ou seja, uma capacidade de antecipar as estratégias da outra parte e de se posicionar tecnicamente diante das argumentações e decisões judiciais”.

Assim, gera perplexidade o fato de o ordenamento jurídico brasileiro dispor sobre a possibilidade de a própria parte atuar em juízo sem o patrocínio de advogado (*pro se legal representation* ou *jus postulandi*), como é o caso das demandas ajuizadas nos juizados especiais cíveis cujo valor não ultrapasse o equivalente a vinte salários-mínimos (art. 9º, Lei nº 9.099/1995 (BRASIL, [2020])). A perplexidade decorre da alta complexidade normativa do sistema jurídico nacional, advinda parcialmente das relevantes repercussões técnicas que o frequente uso de súmulas e padrões decisórios nos processos judiciais podem trazer. A título de exemplo menciona-se a possibilidade de concessão liminar de tutela provisória de evidência, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (art. 311, II, CPC), ou a possibilidade do julgamento liminar de improcedência do pedido – art. 332 do CPC – (PINHEIRO, 2016, p. 96-97).

A autodefesa é aquela feita pessoalmente pela própria parte. Isso ocorre quando a parte presta depoimento pessoal no processo civil – arts. 385 e 388 do CPC – (SOARES, 2020, p. 109-110), ou é interrogada no processo penal (arts. 185 e 196 do Código de Processo Penal (CPP)). Anota-se, ainda, que a ampla defesa garante à parte o direito de não produzir prova contra si (art. 379

do CPC (BRASIL, [2021c])), de permanecer calado e de não responder a perguntas que lhe forem formuladas. Esse silêncio não importará em confissão, tampouco poderá ser interpretado em prejuízo da defesa (art. 186, parágrafo único, CPP (BRASIL, [2021b])). De modo mais geral, Madeira (2015, p. 241) advoga ser o silêncio importante técnica argumentativa, na medida em que, “quando a fala não é útil ao provimento, advogados, juízes e promotores de justiça devem, simplesmente, calar-se, ficar em silêncio”.

Percebe-se, portanto, que o advogado é mais que mero profissional obrigatoriamente parcial, cuja participação nos processos poderia ser dispensada a pretexto de facilitar o acesso à atividade jurisdicional. O advogado é essencial ao legítimo exercício da função jurisdicional (art. 133 da CRFB), sendo dever do Estado prestar assistência jurídica integral aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, da CRFB (BRASIL, [2021a])). Por isso, o exercício do direito à ampla defesa é umbilicalmente correlato ao direito fundamental ao advogado. Assim o é pela circunstância de o advogado ser o sujeito processual capaz de estabelecer diálogo técnico-jurídico, participativo-fiscalizatório e crítico-discursivo no espaço-tempo processual disponibilizado às partes para questionar a validade e a legitimidade das normas jurídicas e dos atos postulatórios, probatórios e decisórios praticados em todos os graus de jurisdição, com vista à correção normativa do ordenamento jurídico.

8 Conclusão

O direito à ampla defesa não é exclusividade do réu, tampouco se restringe ao oferecimento de respostas à pretensão do autor. É, antes de tudo, integrante e formatador do devido processo constitucional, de sorte que se impõe garanti-lo ao autor, ao réu, aos terceiros intervenientes,

ao Ministério Público e à Defensoria Pública, quando participantes do processo desenvolvido em contraditório. Enfim, todos que participam do processo em contraditório são titulares do direito à ampla defesa.

Portanto, o exercício de defesa ampla não pode limitar-se ao oferecimento de quaisquer das modalidades técnico-jurídicas de respostas do réu. Para se caracterizar como ampla, a defesa tem de ser dinâmica e desenvolver-se em toda a estrutura do procedimento em contraditório por meio de atos escritos ou orais, comissivos ou omissivos; por meio de atos postulatórios, probatórios, recursais e executivos; por atos praticados no processo ou fora dele. Por conseguinte, em obediência à ampla defesa, as normas jurídicas estruturantes do procedimento devem oportunizar extensas (mas não irrestritas) possibilidades de participação argumentativa na construção dos atos processuais preparatórios e fiscalizatórios dos pronunciamentos decisórios: petição inicial, denúncia, queixa, respostas do réu, réplica, requerimento de provas, razões finais, arrazoados recursais, contrarrazões de recursos; audiência de conciliação e mediação, audiência preliminar e de instrução e julgamento; consultas, reuniões e audiências públicas; sustentação oral e outras intervenções orais; depoimentos pessoais e interrogatórios. Dito de forma simples, a ampla defesa garante abrangência de participação argumentativa e fiscalizatória por todos os meios técnicos disponibilizados em lei, a fim de que se possa provar o que foi argumentado em tempo razoavelmente necessário à reflexão e à preparação da defesa.

A amplitude argumentativo-fiscalizatória inerente ao direito de defesa alicerça-se na necessidade de garantir aos sujeitos de direito espaços processuais para posicionamento crítico e questionador da validade e da legitimidade democrática do próprio ordenamento jurídico, visando à sua correção normativa. Assim, os

sujeitos de direito serão, a um só tempo, destinatários e coautores das normas jurídicas às quais são submetidos. Por isso não é demais supor que o exercício da ampla defesa exige que seja garantido à parte o direito fundamental a advogado técnica e teoricamente capacitado.

Sobre o autor

Guilherme César Pinheiro é doutor e mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS), Belo Horizonte, MG, Brasil; bacharel em Direito pela PUCMINAS, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil, e coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade do Estado de Minas Gerais, Diamantina, MG, Brasil; advogado.

E-mail: guilhermepinheiro.adv@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

PINHEIRO, Guilherme César. Fundamentos teóricos e aspectos técnicos do direito à ampla defesa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 99-115, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p99

(APA)

Pinheiro, G. C. (2022). Fundamentos teóricos e aspectos técnicos do direito à ampla defesa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(233), 99-115. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p99

Referências

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011. (Biblioteca Jurídica WMF).

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari. *Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, ano 2, p. 1-29, 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães; GUIMARÃES, Natália Chernicharo; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de. Ampla defesa no Estado democrático de direito. In: CONGRESSO

NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2005, Fortaleza. *Anais [...]*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 297-313.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

_____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

_____. *Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016*. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13256.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: El Foro, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? *Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro*, Belo Horizonte, v. 21, n. 82, p. 229-254, abr./jun. 2013.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fundamentos e inovações do Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

_____. Noções de teoria e técnica do procedimento da prova. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique (coord.). *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 183-205.

_____. *Processo constitucional e Estado democrático de direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl., com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito).

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

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

GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Tradução de Flavia Portella Püschel. *Revista Direito GV*, [Rio de Janeiro], v. 2, n. 1, p. 223-239, jan./jun. 2006. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35223/34023>. Acesso em: 25 out. 2021.

_____. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Translated by John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993. (SUNY Series in Social and Political Thought).

_____. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa. Cuaderno de Filosofía del Derecho*, [Alicante], n. 17-18, p. 271-302, 1995. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1995.17-18.11>. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1995-n17-18-un-concepto-normativo-de-coherencia-para-una-teoria-de-la-argumentacion-juridica>. Acesso em: 25 out. 2021.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. (Biblioteca Tempo Universitário, 101-102).

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2. (Biblioteca Tempo Universitário, 101-102).

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na teoria discursiva, legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.

LORENTZ, Lutiana Nacur. Paridade normativa como pressuposto isonômico da estrutura procedimental na democracia. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. v. 3, p. 37-94.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Técnicas de argumentação oral em audiências. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique (coord.). *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 207-253.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 231-238, abr./jun. 1984.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Recursos para os tribunais superiores e a Lei 13.256/2016. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 257, p. 217-235, jul. 2016.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *Teoria geral do processo: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPODIVM, 2020.

NUNES, Dierle José Coelho. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões: comentários à Lei nº 11.187, de 19/10/2005, que alterou a sistemática do recurso de agravo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho; FREITAS, Mariana Carvalho. A necessidade de meios para superação dos precedentes. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 281, p. 433-489, jul. 2018.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PINHEIRO, Guilherme César. O novo Código de Processo Civil e as alterações não explícitas sobre a petição inicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 258, p. 85-102, ago. 2016.

SOARES, Carlos Henrique. *Estatuto da advocacia e processo constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

_____. *Lições de direito processual civil*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. A Lei 13.256/2016 e os perigos da inércia argumentativa no trato do direito jurisprudencial. In: NUNES, Dierle José Coelho; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga (coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 185-210.

WOLKART, Erik Navarro. Modificações no novo Código de Processo Civil pela Lei 13.256/2015: o que John Rawls e Richard Posner pensariam a respeito? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 254, p. 237-255, abr. 2016.

Diálogos institucionais

Possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella

MIGUEL GUALANO DE GODOY

ROBERTO DALLEDONE MACHADO FILHO

Resumo: O presente artigo tem por objetivo recuperar o conceito de diálogo, sua origem e caminhos na jurisdição constitucional. Em seguida, busca identificar de que forma a jurisdição constitucional brasileira operacionalizou esse conceito nas disposições em que promove a abertura do processo constitucional à efetiva participação social. Com base nesse aporte, faz-se uma breve avaliação da prática constitucional à luz do conceito de diálogos institucionais, com a indicação de que o potencial crítico da visão de democracia por ele proposto é mais bem aproveitado se houver também maior atenção à cultura pública. Por fim, apontam-se questões empíricas ainda não examinadas como possíveis caminhos para pesquisas futuras. Todo esse trajeto teórico, institucional e reflexivo do presente artigo toma a obra de Roberto Gargarella não só como referência mas também como ponto de partida. Assim, busca-se estabelecer um “diálogo inacabado” com Roberto Gargarella.

Palavras-chave: diálogos institucionais; Supremo Tribunal Federal; Roberto Gargarella.

Institutional dialogues: possibilities, limits and the important alert from Roberto Gargarella

Abstract: This article aims to recover the concept of dialogues, its origin and paths on constitutional law. Then, it seeks to identify how the Brazilian constitutional law operationalized this concept in legal provisions that promotes an opening of the constitutional process to effective social participation. Based on this, the article intends to evaluate some constitutional practices under the light of the concept of institutional dialogues and points out that a critical approach of dialogues and the concept of democracy can offer a greater attention to public culture. Finally, we point out empirical issues not yet examined as possible paths

Recebido em 28/6/21

Aprovado em 26/7/21

for future research. The article takes Roberto Gargarella's work as a reference, but also as starting point. Thus, we seek to establish a kind of "unfinished dialogue" with Roberto Gargarella.

Keywords: institutional dialogues; Brazilian Supreme Court; Roberto Gargarella.

1 Introdução

Nos debates sobre a legitimidade do exercício do controle de constitucionalidade, a virada do século é marcada pela difusão do tema do exercício partilhado de poder ou de sua circulação na esfera pública. A antiga defesa sobre a legitimidade da jurisdição constitucional é renovada por uma metáfora dialógica a indicar que o exercício da autoridade não depende de uma última palavra, mas é compartilhado entre os poderes de Estado (ALLAN, 2003, p. 563) e até mesmo entre os próprios Estados da comunidade internacional (JACKSON, 2004).

A ideia de diálogos não é efetivamente nova. Desde os textos de Bickel (1986) já se podia identificar a defesa do papel de cooperação das cortes – e não de confronto – com o Congresso ou o Parlamento. No entanto, nos Estados que passavam pela terceira onda democrática, a retomada do tema, no momento em que ainda se consolidava a função das cortes constitucionais, contribuiu para reforçar a defesa de sua independência.

A América Latina – e o Brasil, em particular – tem vários exemplos do uso retórico da noção de diálogos para promover o avanço da jurisdição constitucional. Porém, o apelo à ideia de diálogo e a rápida difusão de seus termos contribuíram para que houvesse menos explicações e mais disputas em torno do conceito (MEUWESE; SNEL, 2013, p. 123). De forma ainda mais preocupante, a utilização meramente retórica da noção de diálogos apagou por completo a dimensão crítica da proposta, desconsiderando-se que em paralelo à defesa da independência da jurisdição constitucional estava o exercício de sua competência em direção à promoção da democracia deliberativa. Assim, a ideia de diálogos não significa a mera defesa da separação de funções, e sim também o aprimoramento da jurisdição.

Nos diversos trabalhos sobre a dimensão dialógica da jurisdição constitucional, Roberto Gargarella sempre deu ênfase à relação estreita entre o conceito de diálogos e o de democracia deliberativa tanto no aspecto normativo quanto crítico. Assim, o autor (GARGARELLA, 2013, 2014)

alerta que a defesa da legitimidade da jurisdição constitucional não é feita apenas pela renovação de categorias antigas relativas à separação de Poderes e à representação de instituições liberais mas também à ampliação da esfera pública ou, em suas palavras, à abertura da casa de máquinas da Constituição à participação popular. Com base em sua proposta, temas específicos da jurisdição constitucional têm sido redefinidos e novas pesquisas tentam identificar instâncias em que a dimensão dialógica apareça de forma mais intensa.

Sintetizando os argumentos de Gargarella, Niembro Ortega (2019) aponta que, na democracia deliberativa, a jurisdição constitucional interage com o Parlamento dando a ele ordem de legislar e garantindo decisões efetivas, representativas e democráticas, bem como com as demais esferas de deliberação, de modo a garantir a igualdade de participação no debate de temas controvertidos. O exemplo prático do desdobramento dessas interações aparece nas diversas técnicas decisórias nas ações de controle de constitucionalidade. O detalhamento dessas propostas, tal como feito por Niembro Ortega, abre uma chave comparativa para avaliar a recepção da ideia de diálogos em diferentes jurisdições. Assim, apesar da falta de consenso em torno do disputado conceito de diálogo, seria possível avaliar o desempenho de práticas dialógicas nas jurisdições constitucionais.

Tal como defende Gargarella, a relação entre democracia deliberativa e jurisdição constitucional não se esgota na prática decisória. O processo de deliberação pública envolve tanto a tomada de decisão institucional quanto processos mais amplos, que se desenvolvem em estruturas informais de tematização e participação. O vínculo do Direito com a política abrange também as mediações entre as estruturas formais e periféricas da sociedade. Por isso, apesar de útil como ponto de partida para um esforço comparativo,

a relação entre democracia deliberativa e jurisdição constitucional não pode culminar em fechamento conceitual e instituições formais. A democracia deve manter a dimensão crítica reclamada pelo conceito de esfera pública (HABERMAS, 2003).

O caso brasileiro é paradigmático. Muito embora a jurisdição constitucional se tenha habituado a recorrer a técnicas dialógicas, ainda remanescem déficits de participação e de transparência na formulação de uma agenda da Corte. Se a técnica de modulação de efeitos permitiu maior aceitação de suas decisões, a contribuição da jurisdição constitucional para o aprofundamento da democracia ainda precisa elencar a proteção específica de alguns direitos que assegurem não apenas o bom funcionamento das instituições de governo mas também as práticas sociais mais amplas que animam a dinâmica democrática.

O presente artigo propõe-se a indicar esse caminho. Com base no modelo de circulação de poder que complementa o conceito habermasiano de esfera pública (HABERMAS, 2003), defende uma concepção de diálogo que incorpora não só a deliberação pública – tanto na dimensão formal quanto na informal (FRASER, 1992) – como também a cultura pública, que abrange as mediações entre as estruturas formais e informais de tematização e participação. Com esse objetivo será examinada a prática dialógica da jurisdição constitucional brasileira, em particular a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em audiências públicas, a fim de avaliar as dinâmicas de segmentação e fragmentação, a abertura à deliberação e a orientação ao consenso dessas manifestações públicas. Defende-se que os déficits encontrados não devem ser examinados apenas à luz da deliberação pública mas também da cultura pública, isto é, dos pressupostos da deliberação. Uma concepção mais alargada de esfera pública permite identificar

a normatividade a ela imanente, marcada pelo “processo de influência recíproca entre as práticas dos cidadãos e o modo de operar do sistema político” (MELO, 2015, p. 28).

Essa concepção busca tornar mais complexa a visão da esfera pública e com isso alargar os horizontes de atuação da jurisdição constitucional. A pluralidade da democracia não é, pois, feita apenas de organizações formais, e a tarefa da jurisdição não é de simplesmente filtrar os ruídos de comunicação na deliberação, como os de grupos de interesse ou os interesses nus. Em “diálogo inacabado” com a obra de Gargarella, defende-se que a ampliação da esfera pública permite recuperar o potencial crítico das práticas dialógicas e, ao mesmo tempo, direcionar a pesquisa empírica a novos horizontes.

O artigo está estruturado da seguinte maneira: inicialmente, recupera-se o conceito de diálogo, sua origem e caminhos na jurisdição constitucional; em seguida, busca-se identificar de que forma a jurisdição constitucional brasileira operacionalizou esse conceito nas disposições em que promove a abertura do processo constitucional à efetiva participação social. Faz-se, então, uma breve avaliação da prática constitucional à luz do conceito de diálogos e indica-se que o potencial crítico da visão de democracia por ele proposto é mais bem aproveitado se houver também maior atenção à cultura pública. Por fim, apontam-se questões empíricas ainda não examinadas como possíveis caminhos para pesquisas futuras.

2 Diálogos institucionais: caminhos e horizontes

A palavra *diálogo* transmite a ideia de respeito e reciprocidade. Quem dialoga primeiro escuta, ouve, reflete e então responde. No âmbito das instituições, as decisões geralmente são

precedidas de diálogos entre agentes ou entre estes e os cidadãos (MENDES, 2011, p. 105; GODOY, 2017, p. 150).

Assim, os diálogos têm ressurgido como categoria invocada para qualificar a interação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo na interpretação e aplicação da Constituição como se fosse o resultado de uma conversa, e não de uma disputa sobre quem tem a melhor interpretação ou a última palavra sobre ela.

Todavia, a ideia de diálogo como interação entre os Poderes, sobretudo entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, não é nova. Ela surgiu com destaque pela obra de Bickel (1970, 1986), que apontou como as decisões e divergências entre os Poderes faziam parte do que ele chamou de colóquio contínuo ou conversa permanente (MENDES, 2011, p. 106; GODOY, 2017, p. 150). Tempos depois de Bickel, Fisher (1988) voltou ao tema e intitulou seu livro com a expressão *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*.

Nos últimos anos a categoria dos diálogos voltou à tona e tem recebido novos estudos e aprofundamentos. O estudo seminal de Bateup (2006) mostra como os diálogos em geral são categorizados, por um lado, de forma empírica ou quanto ao método (FRIEDMAN, 2005, 2009; PICKERILL, 2004; WHITTINGTON, 2003, 2007; GODOY, 2017, p. 150) e, por outro, de forma normativa ou quanto à sua estrutura (HOGG; THORNTON, 1997, 1999; HOGG; THORNTON; WRIGHT, 2007; ALEXANDER; SCHAUER, 1997, 2000; GARDBAUM, 2001; TUSHNET, 2008). A primeira perspectiva aborda os diálogos como resultado natural do design institucional e da interação entre os Poderes. Como resultado, esse diálogo é então aferível empiricamente, com decisões das cortes sendo respeitadas ou superadas pelos outros Poderes e, do mesmo modo, decisões dos Poderes políticos sendo mantidas ou revisadas

pelo Poder Judiciário. A segunda perspectiva aborda os diálogos não como produto, e sim como exigência legal que impõe essa comunicação e interação entre os Poderes (BATEUP, 2006, p. 1.109-1.110; MENDES, 2011, p. 107; BRANDÃO, 2012, p. 209; SILVA; MOURA; BERMAN; VIEIRA; TAVARES; VALLE, 2012).

A abordagem empírica demonstra como as interações entre os Poderes são naturais apesar de poderem ser conflitivas, ou seja, eles interagem e ora acatam, ora invalidam as decisões uns dos outros. Essa abordagem, porém, deixa de lado um aspecto relevante: a existência de incentivos normativos que promovam o diálogo, e não a disputa entre os Poderes e instituições. Assim, a abordagem normativa tem a vantagem de mostrar como previsões legais podem favorecer a tão desejada interação (BATEUP, 2006, p. 1.174-1.175).

Contudo, em vez de se pensarem os diálogos por uma abordagem ou outra, como se fossem excludentes, mais vale analisá-los com base no modo como se realizam no processo natural de interpretação e aplicação da Constituição. Desde logo, porém, vale deixar nítido o modo como compreendemos o diálogo que se funda no que o qualifica: respeito, reciprocidade. Por isso, na esteira de Bateup (2006, p. 1.174-1.175), defende-se aqui uma atuação dialógica que compreenda as diferentes capacidades dos Poderes, instituições e atores envolvidos na análise e aplicação da Constituição. Isso significa encarar o Poder Judiciário como um poder especializado, com agentes experts nessa tarefa, mas que não se sobrepõe aos demais Poderes nem dá a última palavra sobre a Constituição, e sim como mais um ator que participa de sua interpretação.

A aplicação desse cabedal teórico à realidade brasileira evidencia que importantes previsões normativas possibilitam o diálogo entre os Poderes, bem como entre eles, as instituições e a sociedade. Destacam-se, nesse sentido, o

amicus curiae e a audiência pública. O *amicus curiae* tem previsão legal na Lei nº 9.868/1999 (art. 7º, § 2º, e art. 18) e no Código de Processo Civil (CPC) (art. 138). As audiências públicas, na Lei nº 9.868/1999 (art. 9º, §§ 1º e 2º, art. 12-E, § 1º, art. 20, §§ 1º e 2º), na Lei nº 9.882/1999 (art. 6º, § 1º) e no CPC (art. 983, § 1º, e art. 1.038, II) (BRASIL, [2001], [2009], [2021c]). Existem, portanto, institutos normativos destinados a promover o diálogo institucional no exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Compreende-se que os diálogos podem e devem ser estimulados por incentivos normativos que levem os Poderes a interagir uns com os outros, com as instituições e a sociedade. Desse modo é possível promover, teórica e normativamente, interações em que cada agente não busque se impor pelo exercício de sua competência no processo de análise e aplicação da Constituição, mas que se valha de sua expertise para oferecer uma resposta adequada, porém sempre contingente e provisória, pois passível de superação (BATEUP, 2006, p. 1.175; GODOY, 2017, p. 158).

3 Diálogos institucionais e possibilidades para o Supremo Tribunal Federal do Brasil

Com base na compreensão empírica e normativa de diálogo, é possível repensar o papel de guardião da Constituição exercido pelo STF. Em vez de compreender esse papel como competência para que ele tenha a última palavra, os diálogos permitem compreendê-lo como mais um ator – sempre fundamental, expert –, mas não soberano ou exclusivo na interpretação e aplicação da Carta Magna. Inclusive porque esse modo tradicional de se compreender a guarda da Constituição associada à última palavra é preju-

dicial à democracia, à deliberação e à interação entre os Poderes, enfraquece a legitimidade das decisões do próprio STF e pode favorecer uma postura de soberba quando ele busca impor sua decisão, ou um paternalismo infrutífero quando isenta os demais Poderes dos ônus decisórios que seriam de sua competência. Isso não significa que o Supremo não possa nem deva exercer sua competência, mas apenas que não precisa apelar para a ideia de supremacia judicial ou de última palavra. Ele pode exercer essa mesma competência de forma mais dialógica, interativa, educativa, pedagógica, apontando falhas, inválidas, e até mesmo suprindo eventuais omissões, mas sempre de modo respeitoso, mantendo aberta a possibilidade de interação, participação, complementação ou mesmo retificação de sua decisão (MENDES, 2011, p. 215). Assim, a legitimidade do STF e de suas decisões passa a se fundar não só no exercício da competência de guarda da Constituição mas também no modo como exerce essa competência, na forma dialógica com que interage e nos argumentos que utiliza para fundamentar sua decisão.

No âmbito do controle concentrado e abstrato, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e as leis de regência da ADI (Lei nº 9.868/1999) e ADPF (Lei nº 9.882/1999) preveem três possibilidades diversas de participação e atuação que favorecem o diálogo institucional e social. A primeira prevê a participação de intervenientes obrigatórios, entendidos como o órgão ou a autoridade da qual emanou a lei ou ato normativo questionado, o Procurador-Geral da República (PGR) e o Advogado Geral da União (AGU) (BRASIL, [2001], [2009], [2021a]). A segunda, a participação de terceiros requerentes, sujeitos não proponentes da ação ou arguição, mas que requerem seu ingresso para contribuir com o deslinde da questão – *amicus curiae*. A terceira prevê a participação de informantes convocados pelo ministro relator.

O quadro normativo existente permite, assim, um diálogo institucional quando obriga a participação de quem elaborou a lei ou ato normativo, bem como do PGR e AGU. Além deles, abre a possibilidade para um diálogo social quando permite que pessoas, órgãos ou entidades participem como *amici curiae* ou como experts convocados pelo ministro relator (LISBÔA, 2013; SILVA; MOURA; BERMAN; VIEIRA; TAVARES; VALLE, 2012; GODOY, 2017, p. 168).

Se, por um lado, o quadro normativo incentiva e abre a possibilidade de diálogo institucional e social, por outro, é necessário que o procedimento dialógico seja levado a sério, isto é, que as contribuições sejam efetivamente consideradas pelo acatamento de seus argumentos e razões, ou pela refutação deles. Se no julgamento e no momento decisório o STF não leva em conta o que foi apresentado pelos agentes, o engajamento efetivo no diálogo não acontece – o que existe é um mero procedimento formal com retórica dialógica.

Como aponta Gargarella (2015), o diálogo ocorre quando os ministros se engajam na troca de razões e abandonam a postura de superioridade interpretativa ou de meros ouvintes e receptáculos de informações. Ao se envolverem no debate sobre a controvérsia, atuam como autênticos partícipes do processo dialógico.

Nessa perspectiva, a admissão de *amici curiae* ou a realização de audiências públicas podem contribuir muito para o diálogo institucional, desde que os ministros interajam com os participantes e considerem os argumentos apresentados, seja para aceitá-los, seja para refutá-los. Se não o fazem, esses procedimentos tornam-se mera instância protocolar ou quando muito informativa. Dialogar, abrir-se às instituições e à sociedade exige interação, troca, acatamento ou superação do que é apresentado e discutido no âmbito do STF.

No Brasil, um caso que exemplifica a possibilidade de diálogos institucionais é o da descriminalização do uso de drogas para consumo pessoal (RE 635.659, relator ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2011)).

O recurso voltou-se contra a decisão com a tese de que o porte de maconha para uso pessoal, quando enquadrado no tipo penal previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, [2019]), ofende o direito fundamental à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, CRFB (BRASIL, [2021a])), bem como, no âmbito penal, afronta o princípio da lesividade. De acordo com o recurso interposto (BRASIL, 2011), o acórdão representaria franco atentado ao texto constitucional, pois uma conduta só poderia ser considerada criminosa caso lesionasse bens jurídicos alheios. Como no caso a conduta permaneceu na esfera individual do autor do fato, inexistiria qualquer atividade delituosa. Dessa maneira, o recorrente requereu a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 por violação ao direito fundamental à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, CRFB), bem como, no âmbito penal, por afronta ao princípio da lesividade. Ao final pugnou pela sua absolvição com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal (BRASIL, [2021b]) em razão da atipicidade da conduta.

Após o voto do ministro relator Gilmar Mendes (BRASIL, 2015a) – que deu provimento ao recurso extraordinário mantendo as sanções previstas, mas sem caráter penal, e sim com natureza civil e administrativa –, o ministro Luiz Edson Fachin pediu vista. Conforme asseverado quando da devolução do pedido de vista, tal ato foi realizado para permitir o diálogo e o aprofundamento da reflexão sobre o tema.

Pedi vista. Inicio este Voto ressaltando que assim procedi para aprofundar a reflexão sobre este tema de caráter hipercomplexo e transdisciplinar. A solução de controvérsias dessa natureza exige diálogo. Um pedido de vista pode e deve, assim, servir também para isso. Nesse processo decisório, a construção da ponte importa tanto quanto as margens: a margem da qual se parte e aquela para onde se vai. Por essa razão, estabeleci nos dias em que estive com os autos sob minha vista, sem embargo do exíguo período, profícuo diálogo com os demais Poderes (Executivo e Legislativo), órgãos, instituições e especialistas na área, como, por exemplo, o Dr. Dráuzio Varella e o jurista Luís Greco. Foi o contido nos autos, o profundo voto do Ministro Gilmar, o debate público estabelecido sobre esse tema e, tudo isso somado aos diálogos que estabeleci nesse processo, que me fundaram a construção da ponte que agora vos exponho e que me levaram à margem que agora vos apresento (BRASIL, 2015b, p. 1).

Depois de apresentar substancial fundamentação constitucional e penal sobre o uso das drogas em geral, o ministro Fachin (BRASIL, 2015b, p. 18) votou por declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei

nº 11.343, “sem redução de texto, específica para situação que”, tal como se deu no caso concreto do RE 635.659, “apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a [maconha]”. Manteve-se, assim, “nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas”, bem como “a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e à comercialização tanto da maconha quanto das demais drogas ilícitas”. Concomitantemente declarou

a inconstitucionalidade progressiva [da] tipificação das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa, permanecendo nesse ínterim hígidas as tipificações constantes do título IV, especialmente criminais do art. 33, e dispositivos conexos da Lei 11.343 (BRASIL, 2015b, p. 18-19).

O ministro também apontou como “atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante” e determinou

aos órgãos do Poder Executivo, nominados [...] (SENAD e CNPCP), aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica, [...] no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data deste julgamento, [ato com] parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados *iuris tantum* no caso concreto (BRASIL, 2015b, p. 19).

Por fim, o ministro Fachin votou por “absolver o recorrente por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal” e considerou,

em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário, nos termos do inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades terapêuticas, representantes de órgãos governamentais, membros de comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização (BRASIL, 2015b, p. 19).

O que se viu com o voto proferido e aqui esquadrinhado não foi apenas a compreensão individual sobre o que se pode depreender da CRFB e da legislação penal sobre o porte de maconha para consumo pessoal. Mais que isso, intentou-se uma compreensão compartilhada interna e externamente, com o apontamento das dificuldades inerentes ao tema. Sem deixar de decidir o caso, criou-se um espaço amplo de conformação para o legislador enfrentar o tema tanto em relação à maconha quanto às demais drogas. Ao analisar o caso em questão no recurso (maconha), possibilitou-se a expressão de diferentes entendimentos sobre as normas constitucionais e penais relativas ao porte de droga para uso pessoal. Apontou-se um caminho de compreensão possível, mas não se decidiu todo o percurso. Além disso, buscou-se dar um giro no tratamento do tema, que deixou de ser visto como questão criminal para tornar-se problema de saúde pública. Abriu-se oportunidade de diálogo com os demais Poderes e colocou-se em debate a necessária diferenciação entre uso e tráfico, o que requer a definição de quantidades precisas para instruir as ações estatais na repressão ao tráfico. Em lugar de se apontar discricionariamente um parâmetro objetivo, buscou-se instar o Poder Legislativo a fazê-lo e recomendou-se que, até que a atuação legislativa se concretize, o Poder Executivo o faça em prazo razoável por meio de seus órgãos de políticas públicas sobre drogas (SENAD e CNPCP). Foi no quadrante da abertura desse diálogo que o voto buscou exortar o Poder Legislativo a enfrentar o tema da descriminalização e a declarar a inconstitucionalidade progressiva das condutas relativas à produção e comercialização da maconha. Por fim, compartilhando a responsabilidade e assumindo parte dela, propôs a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária (art. 30, III, RISTF

(BRASIL, 2020)) para acompanhar os efeitos da decisão.

Decidiu-se o caso, apontou-se um caminho, mas garantiu-se amplo espaço de atuação e conformação aos demais Poderes. Expuseram-se compreensões sobre o tema, sem que qualquer porta de diálogo fosse fechada. Ao contrário, buscou-se construir ponte de diálogo permanente com o Legislativo e o Executivo por meio da criação de observatório específico (FACHIN; GODOY, 2018, p. 251).

O caso da descriminalização da maconha é um exemplo qualitativo porque mostra como o STF pode ter uma postura dialógica, que respeite as escolhas democráticas majoritárias e, sem substituir os demais Poderes em seus papéis, exorte-os a aperfeiçoarem suas ações e medidas.

Os diálogos institucionais transcendem os arranjos tradicionais marcados por uma interação protocolar, formal e burocratizada entre os Poderes. São, pois, uma possibilidade de aperfeiçoar e aprofundar a democracia, de modo a torná-la mais dinâmica pelo engajamento de todos os atores nas deliberações e decisões.

4 Repensando a esfera pública: o importante alerta de Roberto Gargarella sobre os diálogos institucionais

Os diálogos institucionais não podem ser tratados como um conjunto de procedimentos a serem cumpridos. Exigem engajamento, interação, interlocução, troca, acatamento ou superação do que é apresentado. Um alerta é, pois, necessário. Se a dinâmica dialógica aqui defendida – teórica, normativa e institucionalmente – permanece uma ação processual formal de oitiva para mera justificação da decisão, o resultado não é a abertura entre as instituições

e entre elas e a sociedade, mas apenas teatro e retórica que encenam um diálogo que nunca de fato acontece.

Por essa razão, ao tratar dos diálogos institucionais, Roberto Gargarella chama atenção para o fato de que nossa cultura e nosso sistema institucional não estão acostumados ou desenhados para essa interação tão necessária. Segundo Gargarella (2015, p. 108-109, tradução nossa), isso acontece porque vigora em boa parte dos países da América Latina: “(i) uma concepção pluralista de democracia; (ii) um sistema de freios e contrapesos destinado a evitar a guerra (ao invés de destinado a promover a cooperação entre os Poderes); e (iii) uma distância entre o povo, seus representantes e as instituições”.

Arraigada desde 1787, quando líderes políticos se reuniram na Filadélfia para ratificar a Constituição dos EUA, a concepção pluralista de democracia é defendida em *Os federalistas* por Hamilton (2001), que considera o texto constitucional sede da vontade popular. Nessa perspectiva, deve-se evitar a participação de pessoas e agentes que questionem a vontade consolidada na Constituição, ou seja, o que nela está definido não se discute. Contudo, o que está no texto constitucional também é ponto de partida para leis, políticas, medidas, e não apenas ponto de chegada. A concepção pluralista de democracia está associada à baixa participação, pois tomar a Constituição como ponto de partida geraria conflitos e instabilidade política (GARGARELLA, 2007, p. 124; GODOY, 2012, p. 153-154). Com base nessa compreensão, muitos juízes e tribunais adotaram uma interpretação restrita do texto constitucional, apegada ao que queriam dizer aqueles que o redigiram e geradora do originalismo interpretativo, que se contrapõe à atuação positiva do Estado (GARGARELLA, 2007; GODOY, 2012, p. 153-154).

Do ponto de vista institucional e normativo, essa concepção pluralista de democracia encon-

trou abrigo no sistema de freios e contrapesos defendido por Madison (2001) no artigo 51 de *Os federalistas*, segundo o qual se deveria evitar a concentração excessiva de poder dotando todos os Poderes de meios constitucionais para frear ou contrabalancear as ingerências de um sobre os outros. Os freios e contrapesos seriam, assim, um arranjo institucional concebido para evitar a opressão e abuso de um poder sobre o outro. Daí a famosa frase de Madison (2001, p. 268, tradução nossa): “ambição se combate com ambição”, ou seja, poder se combate com poder. Essa ideia compreende a separação entre os Poderes de forma estanque e competitiva, ou seja, eles competem uns com os outros, não dialogam, não colaboram, veem-se como adversários. Assim compreendida, a separação de Poderes não dá espaço para a atuação deliberativa dialógica e cooperativa. Essa é exatamente a compreensão da qual somos herdeiros.

No Brasil, essa realidade é agravada pela atuação do Poder Judiciário em geral e do STF em particular na interpretação do texto constitucional, frequentemente acompanhada pelo discurso de supremacia judicial e definida como última palavra sobre seu significado. Por sua vez, em lugar de mostrar o erro dessa postura, o Poder Legislativo geralmente reage com o argumento de que ele é quem detém a representação popular e, portanto, a última palavra sobre a Constituição. Assim, em vez de se engajarem numa busca dialogada e cooperativa da melhor resposta para a interpretação e concretização da Constituição, os Poderes passam a disputar para ver quem vence e tem a última palavra.

Se estamos a apresentar e defender uma possibilidade de atuação dialógica, especialmente por parte do STF, convém então retomar a pergunta feita por Gargarella (2015, p. 111, tradução nossa): “por que razões juízes e cortes abdicariam do poder e autoridade que detêm para se engajar em um diálogo aberto e horizontal?”

É precisamente aqui que ganha importância a perspectiva crítica frente à proposta de diálogos institucionais. A estrutura tradicional da separação de Poderes – e, por consequência, do papel das cortes constitucionais – pode ser definida como a organização básica da deliberação pública (HABERMAS, 2003). Evidentemente, essa organização pressupõe a garantia da liberdade de expressão, de reunião e de imprensa. No entanto, é difícil aproximar esse modelo da estrutura atual de deliberação, da qual participam diferentes atores e interesses mais ou menos organizados, além de estruturas de mercado e do público em geral.

Um exemplo de seleção de um ambiente de deliberação no âmbito do STF é ilustrativo a esse respeito. Na ADPF 403 (BRASIL, 2016), na qual se debate a possibilidade de se suspender o funcionamento do aplicativo de WhatsApp por decisão judicial, diversas organizações, *amici curiae* e especialistas atenderam ao chamado de audiência pública feito pelo relator. Além de atores institucionais, como a Associação de Magistrados Brasileiros e a Procuradoria-Geral da República, participaram centros de estudo independentes, centros de pesquisa acadêmica e até grupos de interesse. Confluíram também especialistas de diversas áreas, alguns mais citados do ponto de vista acadêmico, outros com mais seguidores nas redes sociais. A composição plural da sociedade, minimamente representada na resposta ao chamamento, já indica a dificuldade – e até o paradoxo – de se conceber a tarefa da jurisdição constitucional como a de minimizar a força de grupos de interesse e de evitar interesses nus. No contexto de abertura e das limitações inerentes ao processo deliberativo, de que maneira deveria a Corte admitir interessados? Quais argumentos devem ser avaliados com mais cuidado? Quais devem ser rejeitados? Essas questões ilustram bem que os limites de uma concepção de democracia que restrinja as atribuições do Judiciário apenas a excluir os grupos de interesse e a evitar interesses

nus jamais vai dar conta de realizar o potencial crítico da ideia de diálogo.

O público que participa da deliberação não é homogêneo (WESSLER, 2008). Além da complexidade decorrente da diferenciação e fragmentação da esfera pública em organizações com níveis distintos de formalização ou institucionalização, emerge a polarização política, seja em assuntos específicos (ELKINS, 1993), seja em campos ideológicos mais amplos (OLIVEIRA, 2012). As dúvidas mais simples sobre os filtros de organização dos debates são também de difícil solução: toda ideologia é admitida? Toda disputa é legítima? Observe-se que nesse nível a disputa nem sequer segue linhas nitidamente partidárias. Ademais, em que medida as diferenças pessoais podem ser levadas em conta? Como estimar, por exemplo, o papel de especialistas, jornalistas ou intelectuais no debate público?

Como aponta Bernhard Peters (WESSLER, 2008), permeia os limites da deliberação uma dimensão simbólica, que faz os argumentos serem recebidos de maneira diversa a depender do grau de segmentação do público, inclusive a segmentação dos juízes de uma corte colegiada. Essa dimensão afeta também a dinâmica deliberativa, porquanto a diferenciação em campos ideológicos – ou, no caso das cortes, a de assuntos, mais comum – tende a diminuir o apelo ao convencimento dos interlocutores, problema traduzido pelo jargão “ninguém prega a convertidos”, o que sem dúvida prejudica o modelo deliberativo ideal. A cultura política também define os pressupostos de qualquer diálogo e os dogmas de quem dele toma parte. Os diálogos podem ser menos ou mais abertos a depender da segmentação dos campos e da influência dos atores envolvidos. Finalmente, a ideia de diálogo pode ser inadequada para explicar um fenômeno que é na verdade triádico, isto é, há sempre uma audiência – no Brasil, uma audiência televisiva – que participa mais ou menos ativamente do debate.

Essas considerações são feitas não para que se abandone a ideia de diálogo, mas para fazer avançar a proposta de Gargarella em sua dimensão crítica. Para isso é fundamental perceber que, na esfera pública, a circulação do poder transcende os mecanismos institucionais e se desdobra, como bem interpretou Melo (2015), em estruturas intermediárias que interferem tanto na dinâmica de deliberação como em sua posterior aceitação (legitimidade), a depender do tema e da influência dos participantes. Analisar tanto a dinâmica dos debates formais quanto a dos informais permite “entender como, a partir da participação em tais debates, movimentos sociais, por exemplo, podem exercer influência sobre o processo legislativo, as ações do Executivo ou a maneira como determinada norma ou lei é interpretada no âmbito do Judiciário” (MELO, 2015, p. 33). Acolhemos a posição de Melo de que é fundamental o conhecimento das redes de influência que permeiam as instituições formais da esfera pública para promover a promessa emancipatória do constitucionalismo e da democracia.

Assim, no âmbito da jurisdição constitucional é indispensável que mais análises sejam feitas para esclarecer, por exemplo, se as partes legitimadas para a propositura das ações de controle concentrado levam ao tribunal questões que são do interesse público maior, ou se ainda prevalece uma captura de interesses típicos da elite cultural (COSTA; BENVINDO, 2014). Com base nessas análises, seria possível pensar em possibilidades para superar os déficits de atuação da Corte. Por exemplo: avaliar se uma seleção de casos relevantes e irrelevantes evitaria que grupos mais influentes tenham acesso ao Tribunal (GOMES, 2020).

Novas pesquisas poderiam investigar como regular os *inputs* que a Corte recebe. Peters (WESSLER, 2008) apresenta uma metáfora interessante para retratar a circulação de poder na esfera pública, que funcionaria como um sistema de comportas: ao atingir determinado nível

em uma organização, iria em direção a outra até que a água circulasse por todas as organizações. Entender a maneira como os casos chegam à Corte e como dela saem é tão relevante quanto entender como a Corte deve comunicar-se com outros Poderes. Dadas as limitações de tempo e espaço, cabe, pois, perguntar quem deve ter acesso à jurisdição constitucional. Como a aceitação de alguns temas e a reação a eles influencia na escolha da pauta? Há apenas comportamento estratégico e individual ou é próprio da dinâmica da Corte tentar coordenar a influência de organizações informais?

Se existe um ponto relevante que o aporte crítico da concepção de diálogos pode trazer é este: “a orientação pelo consenso nos debates e o grau de consenso depois deles pode não ser a mais útil das variáveis” (WESSLER, 2008, p. 118, tradução nossa).

5 Conclusões

Iniciamos este artigo falando de como a palavra *diálogo* é expressiva, atrativa, de como ela denota respeito e igualdade. Buscamos, no entanto, escapar do uso ordinário e retórico que se faz dela. Aprofundamos a compreensão da categoria dos diálogos institucionais para expressar como compreendemos o quadrante formal e substancial ensejador desses desejados diálogos, e mostramos como é possível a utilização dessa categoria no exercício da jurisdição constitucional.

Todavia, conforme alerta Gargarella (2015), esse entusiasmo e aposta nos diálogos institucionais devem ser tomados de forma crítica, pois nosso sistema institucional está conformado para uma relação de disputa entre os Poderes, e não de diálogo, e ainda se funda numa concepção pouco rica de democracia, que teima em confundir a participação efetiva e plural com as organizações oficiais da esfera pública.

Repensar a esfera pública e com isso a própria atuação da jurisdição constitucional é recuperar a dimensão crítica da tese dialógica defendida por Gargarella. Se neste momento ela apenas desaponta e inaugura um caminho de investigação, a trajetória intelectual de Gargarella testemunha seu potencial emancipatório.

Sobre os autores

Miguel Gualano de Godoy é doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil, com período de estudos e pesquisas na Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, EUA, e na Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Constitucional da UFPR, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: miguelggodoy@hotmail.com

Roberto Dalledone Machado Filho é doutor em Direito Internacional pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; mestre em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professor de Direito Internacional e Direitos Humanos do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil; assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal.

E-mail: dalledone@live.com

Como citar este artigo

(ABNT)

GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 117-133, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p117

(APA)

Godoy, M. G. de, & Machado, R. D., Fº. (2022). Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(233), 117-133. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p117

Referências

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending judicial supremacy: a reply. *Constitutional Commentary*, [s. l.], v. 17, n. 3, p. 455-482, 2000. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/603/>. Acesso em: 5 nov. 2021.

_____. On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 110, n. 7, p. 1.359-1.387, May 1997. DOI: <https://doi.org/10.2307/1342175>.

ALLAN, T. R. S. Constitutional dialogue and the justification of judicial review. *Oxford Journal of Legal Studies*, [s. l.], v. 23, n. 4, p. 563-584, 2003. DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/23.4.563>.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, [New York], v. 71, n. 3, p. 1.109-1.180, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>. Acesso em: 5 nov. 2021.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

_____. *The Supreme Court and the idea of progress*. New York: Harper & Row, 1970. (Oliver Wendell Holmes Lectures, 1969).

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 nov. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 5 nov. 2021.

_____. *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, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 5 nov. 2021.

_____. *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 5 nov. 2021.

_____. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 5 nov. 2021.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 5 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403/SE*. Requerente: Cidadania. Interessados: Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Lagarto; WhatsApp Inc. Relator: Min. Edson Fachin, 3 de maio de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500>. Acesso em: 5 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020. Brasília, DF: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 635.659/SP*. Constitucional. 2. Direito penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 8 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral3421/false>. Acesso em: 5 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 635.659/SP*: voto [Min. Relator Gilmar Mendes]. Constitucional. 2. Direito penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 635.659/SP*: voto-vista Min. Edson Fachin. Constitucional. 2. Direito penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 de setembro de 2015b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. SSRN, [s. l.], p. 1-82, 2014. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541. Acesso em: 5 nov. 2021.

ELKINS, David J. *Manipulation and consent: how voters and leaders manage complexity*. Vancouver: University of British Columbia Press, 1993.

FACHIN, Luiz Edson; GODOY, Miguel Gualano de. Diálogos institucionais e uma possibilidade concreta no Recurso Extraordinário 635.659. In: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado (coord.). *A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições: estudos em homenagem a José Afonso da Silva*. Rio de Janeiro: GZ, 2018. p. 219-254.

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1988.

FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, Craig (ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge, MA: MIT Press, 1992. p. 107-142. (Studies in Contemporary German Social Thought).

FRIEDMAN, Barry. Constitucionalismo popular mediado. Traducción de Margarita Maxit, con la colaboración de Ariel Romano. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, [Buenos Aires], año 6, n. 1, p. 123-160, 2005. Disponível em: <http://dspace.palermo.edu/dspace/handle/10226/312>. Acesso em: 5 nov. 2021.

_____. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GARDBAUM, Stephen. The new Commonwealth model of constitutionalism. *The American Journal of Comparative Law*, [Baltimore], v. 49, n. 4, p. 707-760, 2001. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.302401>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401. Acesso em: 5 nov. 2021.

GARGARELLA, Roberto. Deliberative democracy, dialogic justice and the promise of social and economic rights. In: ALVIAR GARCÍA, Helena; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (ed.). *Social and economic rights in theory and practice: a critical inquiries*. Abingdon, Oxon: Routledge, 2015. p. 105-120. (Routledge Research in Human Rights Law).

_____. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coord.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2007. p. 121-144.

_____. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014.

_____. *Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Direito, Desenvolvimento e Justiça. Série Produção Científica).

_____. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Cancelas invisíveis: “embargos auriculares”, legitimidade ativa e a permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal. *REI – Revista Estudos Institucionais*, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 55-82, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i1.460>. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/460>. Acesso em: 5 nov. 2021.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v. (Biblioteca Tempo Universitário, 101-102).

HAMILTON, Alexander. No. 78. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist*. Edited by George W. Carey and James McClellan. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 401-408. Disponível em: https://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf. Acesso em: 5 nov. 2021.

HOGG, Peter W.; THORNTON, Allison A. Bushell. Reply to “six degrees of dialogue”. *Osgoode Hall Law Journal*, [Toronto], v. 37, n. 3, p. 529-536, 1999. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol37/iss3/2/>. Acesso em: 5 nov. 2021.

_____. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, [Toronto], v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2/>. Acesso em: 5 nov. 2021.

HOGG, Peter W.; THORNTON, Allison A. Bushell; WRIGHT, Wade K. Charter dialogue revisited: or “much ado about metaphors”. *Osgoode Hall Law Journal*, [Toronto], v. 45, n. 1, p. 1-65, 2007. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol45/iss1/2/>. Acesso em: 5 nov. 2021.

JACKSON, Vicki C. Constitutional dialogue and human dignity: States and transnational constitutional discourse. *Montana Law Review*, [s. l.], v. 65, n. 1, p. 15-40, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/106/>. Acesso em: 5 nov. 2021.

LISBÔA, Aline. *Participação social no controle de constitucionalidade: a propositura de ações diretas, o amicus curiae e as audiências públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MADISON, James. No. 51. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist*. Edited by George W. Carey and James McClellan. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 267-272. Disponível em: https://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf. Acesso em: 5 nov. 2021.

MELO, Rúrión. Repensando a esfera pública: esboço de uma teoria crítica da democracia. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 94, p. 11-39, abr. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/0102-64452015009400002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/TNbyHTTSVbZ4sfjCHygKHtD/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 5 nov. 2021.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de Poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva: Ed. FGV, 2011. (Série Produção Científica. Direito Desenvolvimento Justiça).

MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. Constitutional dialogue: an overview. *Utrecht Law Review*, [s. l.], v. 9, n. 2, p. 123-140, Mar./June 2013. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.231>. Disponível em: <https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.231/>. Acesso em: 5 nov. 2021.

NIEMBRO ORTEGA, Roberto. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2019. (Filosofía y Derecho).

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 139-153, nov. 2012.

DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782012000400011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/WnQnXpwLV6SPnXTqgLRxdPq/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 5 nov. 2021.

PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Durham, NC: Duke University Press, 2004. (Constitutional Conflicts).

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012.

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2008.

WESSLER, Hartmut (ed.). *Public deliberation and public culture: the writings of Bernhard Peters*. Translated by Keith Tribe. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan, 2008. (Transformations of the State).

WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, [New York], v. 1, n. 3, p. 446-474, July 2003. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/1.3.446>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/1/3/446/732982>. Acesso em: 5 nov. 2021.

_____. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007. (Princeton Studies in American Politics).

Eleições indiretas no atual ordenamento jurídico nacional

Contradições, excepcionalidades e incertezas

ALVARO AUGUSTO DE BORBA BARRETO

Resumo: O artigo discute a inserção da eleição indireta para o Poder Executivo no atual ordenamento jurídico nacional, por meio do estudo de decisões judiciais, propostas legislativas, contribuições de intérpretes e hermenêutica de normas legais. Analisa a previsão existente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) para o cargo de Presidente, as condições excepcionais que a motivam, as tentativas e as possibilidades de modificar tal determinação e regulamentá-la, caso algum dia se torne necessário efetivá-la. De igual forma, debate como tem sido disciplinada e realizada a eleição indireta pelos entes subnacionais, com especial atenção ao modo como o Judiciário se tem manifestado sobre o tema, as nuances de suas interpretações e os impactos que essas variações têm produzindo na efetivação de tais pleitos. Por fim, observa a inexistência de coerência no modo como a questão da eleição indireta está regulamentada ou tem sido interpretada especialmente pelos diferentes entes federativos, na vigência da CRFB.

Palavras-chave: eleições indiretas; princípios; Alexy; Constituição Federal de 1988; federação.

Indirect elections at the current national legal system: contradictions, exceptionalities and uncertainties

Abstract: The article discusses the insertion of the indirect election for the executive power in the current national legal system, through the study of judicial decisions, legislative proposals, contributions of interpreters and hermeneutics of legal norms. It analyzes the existing prevision in the Federal Constitution of 1988 for the President of the Republic position, the exceptional conditions that motivate it, the attempts and the possibilities to modify such determination, the alternatives for regulating it, in case someday becomes necessary to carry it. Likewise, it debates how the indirect election has been disciplined and carried out by subnational

Recebido em 30/6/21
Aprovado em 16/9/21

entities, with special attention to the way in which the Judiciary has been manifesting itself on the subject, the nuances of their interpretations and the impacts of these variations has been producing in the effectuation of such claims. Finally, it observes the absence of coherence in the way in which the issue of indirect election is regulated or has been interpreted in the context under the 1988 Constitution, notably in the comparison between the different federative entities.

Keywords: indirect elections; principles; Alexy; Federal Constitution of 1988; federation.

1 Introdução

Por muito tempo, as eleições no Brasil foram indiretas: durante quase todo o período imperial (1821-1881), quando apenas cargos legislativos eram eletivos; ao longo da ditadura civil-militar (1964-1985), notadamente para presidente da República, governador, prefeito das capitais e de dezenas de outros municípios; e nas eleições de presidentes da República inaugurais de ordenamentos jurídicos, como em 1891 e em 1934.

Com a vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), o poder político passou a ser exercido tanto por representantes eleitos pelo voto direto (art. 1º, parágrafo único, da CRFB (BRASIL, [2021a])) quanto pelo povo, sem intermediários (art. 14). No entanto, em situações excepcionais, as eleições indiretas continuam presentes, seja como previsão para o cargo de presidente, seja como regra e experiência de estados, municípios e do Distrito Federal na escolha de governador e prefeito.

A relação entre a conveniência que motiva a eleição indireta e o princípio da eleição direta não é questão resolvida no ordenamento jurídico nacional e na teoria política que o sustenta. Do ponto de vista material, a situação também é incerta, pois persiste a dúvida em relação à validade da legislação dos entes subnacionais sobre o tema, a indecisão dos órgãos legislativos quanto à definição da modalidade do pleito com base na causa geradora, a indefinição quanto ao domínio a que pertencem tais normativas e, conseqüentemente, quem é competente para deliberar sobre o tema.

O artigo pretende ingressar nessas polêmicas e mapear as alternativas colocadas à mesa: discutirá como o tema da eleição para presidente e vice-presidente da República é tratado na CRFB; debaterá como tem sido disciplinada e realizada a eleição indireta pelos entes subnacionais, com

especial atenção ao modo como o Judiciário – especificamente o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Supremo Tribunal Federal (STF) – tem-se manifestado sobre o tema, as nuances de suas interpretações e os impactos que essas variações têm produzido em tais pleitos. Por fim, abordará as possíveis contradições e a excepcionalidade que justificam a eleição indireta em um ordenamento jurídico no qual o voto direto é tão central.

2 A questão

Na abertura do capítulo dedicado aos direitos políticos, a CRFB (BRASIL, [2021a]) enuncia a eleição direta como valor moral e jurídico fundacional, fim coletivo e político: “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” (art. 14, *caput*). Além disso, o art. 60, § 4º, II, afirma “o voto direto, secreto, universal e periódico” como cláusula pétrea, não passível de exclusão do texto constitucional.

As passagens que regem as eleições concretizam e instrumentalizam este imperativo: o provimento de todos os mandatos, de presidente a vereador, tem caráter direto. Em algumas, isso é feito expressamente, como no art. 29, I, segundo o qual a definição de prefeito, vice-prefeito e vereador ocorrerá “mediante pleito direto” (BRASIL, [2021a]). Em outras, por exclusão: o art. 56, § 2º, prevê que, se não houver suplente para senador e deputado, ocorrerá eleição direta para indicar o novo titular caso faltem mais de quinze meses para o término do mandato; após esse prazo, a vaga não é preenchida. Logo, não há hipótese de esses mandatos serem definidos indiretamente.

Em síntese, a eleição direta apresenta-se como princípio explícito da CRFB, consagrado por meio de regras, embora não seja denominado como tal¹. Ao citar princípio, o artigo o concebe na forma proposta por Alexy (2011, p. 90):

são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por

¹ A Constituição fala em “voto direto” mais do que eleição direta. Contudo, não há voto direto em eleição indireta, pois o que configura a condição direta do pleito é o fato de a vontade do eleitorado atribuir o mandato sem intermediários. Logo, se os cidadãos votarem para compor um colégio eleitoral cuja missão é conferir o mandato livremente, tem-se voto indireto em eleição também indireta. É possível existir voto indireto em eleição direta, o que se dá quando o eleitor (1º grau) escolhe delegados (2º grau) que expressam compromisso previamente assumido, de modo que as escolhas de 1º grau configuram o resultado (SARTORI, 1996). É o que ocorre na eleição presidencial norte-americana, embora o delegado não seja obrigado a votar conforme o prometido.

poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

No entanto, a CRFB traz uma exceção. O art. 81, § 1º, determina que, se ocorrer a vacância simultânea da Presidência e da Vice-presidência da República nos dois últimos anos do mandato, a eleição dos novos titulares será realizada pelo Congresso Nacional (BRASIL, [2021a]). Trata-se de eleição indireta, pois a escolha do detentor do mandato político é realizada por um corpo eleitoral específico, autônomo e livre em relação aos que definiram a sua condição e a sua composição. De modo mais simples: na direta, os eleitores definem sem intermediários os detentores dos mandatos, ao passo que na indireta são representantes escolhidos pelos eleitores que tomam essa decisão. Eles podem ser selecionados especificamente para exercer tal finalidade, assim como corresponder a quem já tem mandato político e que, ocasionalmente, assume mais essa tarefa, como se dá no caso em análise.

A vacância em questão é dupla, pois somente nessa hipótese impõe-se impasse sobre como suprir o mandato. Ela compreende as situações em que o titular e o vice de cargo executivo estão simultânea, definitiva e permanentemente sem condições (legais ou fáticas) de exercer o mandato em curso. Diferentes causas as produzem: renúncia, morte, incapacidade civil absoluta, cassação pela justiça comum, pelo legislativo ou por tribunal processante. Há outras razões previstas na CRFB para a Presidência: não tomar posse em até 10 dias após a data prevista e ausentar-se do País por mais de 15 dias sem autorização do Congresso Nacional (arts. 78, parágrafo único, e 83 (BRASIL, [2021a])). Como indicou o ministro do STF, Luís Roberto Barroso, “isso, no entanto, não significa que são elas as únicas [causas] possíveis. O constituinte apenas não se ocupou em determinar de forma exaustiva todas elas, deixando ao legislador infraconstitucional o estabelecimento de outras causas, especialmente as de natureza eleitoral” (BRASIL, 2018b, p. 13). Em qualquer hipótese, os escolhidos na eleição indireta completam o mandato, pois ela não inaugura novo período (art. 81, § 2º (BRASIL, [2021a])), o que também se verifica para governador, prefeito e vices, conforme as respectivas constituições e leis orgânicas.

A exceção que o art. 81, § 1º, da CRFB traz é de duas ordens. A primeira diz respeito à comparação dele com o restante do texto constitucional, pois é a única passagem em que há a previsão de eleição indireta. Castilhos (2018) reconhece a condição inusitada da medida, mas admite a extravagância: dada a plenitude do poder constituinte, “também lhe é permitido instituir regras que, em um primeiro momento, pareçam contraditórias, ou indevidas, ou mesmo fora do contexto da Constituição: são

exceções ao sistema, desejadas expressamente pelo legislador constituinte”.

Contudo, as Constituições de 1934 (art. 52, § 3º (BRASIL, [1937])) e de 1946 (art. 79, § 2º (BRASIL, [1967])) traziam essa determinação – e em termos semelhantes aos atuais –, de modo que os constituintes de 1987-1988 não inovaram, mas simplesmente repetiram previsões anteriores². Como será demonstrado, a visão de Castilhos (2018) não recebe adesão de parte de outros analistas.

A segunda exceção justifica-se por ser a eleição indireta resposta excepcional a situação também excepcional. Conforme os requisitos definidos pela CRFB, ela soluciona dificuldade prática e é alternativa possível, quando se impuserem duas situações: a) existir dupla vacância na Presidência da República, b) e ela se verificar nos dois anos finais do mandato.

Na primeira discussão do STF sobre o tema, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.057/BA, em 1994, o ministro relator Celso de Mello qualificou tal situação como “anômala” e “caso excepcional”, mas não se preocupou em aprofundar a discussão (BRASIL, 1994, p. 322, 324). Quem fez esse enfrentamento foi o colega Cezar Peluso, quando relatou a Medida Cautelar da ADI 4.298/TO, 15 anos depois, em 2009. Ele se dispôs a discutir se a previsão é adequada, necessária e, em senso estrito, proporcional ao objetivo que tende a promover (BRASIL, 2009, p. 108). Ou, como anota Andrade Neto (2017, p. 123),

o ministro “reconstruiu a regra da convocação de eleições indiretas nos dois últimos anos do mandato presidencial, prevista no § 1º do art. 81 da CF/1988, como se ela fosse o resultado da ponderação de princípios realizada pelo poder constituinte originário”.

Segundo o ministro Peluso, a resposta à indagação é clara: a eleição indireta “constitui sensata resposta normativo-constitucional às demandas de uma excepcional conjuntura que, por seu decisivo ingrediente temporal, desaconselharia realização de eleição direta”. Ele reconhece que “o princípio constitucional do sufrágio direto deve ser realizado na maior medida possível”, mas admite que uma “situação excepcionalíssima”, como é a necessidade de eleger quem vai realizar um “mandato-tampão, [e] de prazo exíguo, cujo termo até poderia inviabilizar o transcurso de todo o regular processo eleitoral direto, merece tratamento diferenciado, desde que razoável e proporcional” (BRASIL, 2009, p. 109). Com esses parâmetros indica que, na CRFB, ela

já aparece, em primeiro lugar, como adequada, pois é apta a promover o objetivo constitucional de uma eleição democrática; depois, revela-se ainda necessária, na medida em que se lhe não vislumbra alternativa igualmente célere, econômica, hábil e menos lesiva ao princípio excepcionado; e, por fim, não deixa de ser proporcional em sentido estrito, porque o grau de mutilação imposto a esse valor se afigura aceitável quando ponderado com os benefícios consequentes (BRASIL, 2009, p. 109).

Há também os argumentos em torno da legitimidade do processo, e a narrativa é quase sempre a mesma: a eleição direta é mais desejável, mas a indireta não elimina o caráter democrático:

apesar de não ser o ideal em um regime de democracia plena, a verdade é que a eleição

² Até mesmo as nada democráticas (e não decorrentes de processo constituinte) Constituições de 1937 (art. 78 (BRASIL, [1946])) e de 1967 (art. 81 (BRASIL, [1985])) – mais a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 79 (BRASIL, [1988])) – previam-na para suprir vacância e em situação fática mais ampla (independentemente do tempo do mandato, na de 1937, sendo a vacância simples, pois não havia vice-presidente). A diferença é que, em ambas, o caráter indireto não diferia daquele para a escolha regular do presidente. De qualquer modo, a previsão constou em todas as constituições do País desde 1934.

indireta constitui princípio operativo ou técnica jurídica, cujo sentido é assegurar a estabilidade política, a governabilidade, o normal funcionamento das instituições democráticas, a continuidade dos serviços públicos, muitos dos quais de inegável essencialidade. E a adoção de tal técnica, em caráter restrito e excepcional, não chega sequer a arranhar a democracia (GOMES, 2015, p. 697).

Ao apreciar a dupla excepcionalidade associada à eleição indireta na previsão constitucional, a interpretação do STF aponta que ela se distingue radicalmente da direta e não é, de fato, opção. Na direta, a realização da soberania popular se dá por meio do voto, ao constituir representação e mandato político. Na outra, sem subverter a soberania popular, mas restringindo-a aos limites da razoabilidade, há a solução do impasse relativo a mandato que se torna vago na parte final de seu transcorrer. Portanto, o caráter direto constitui fundamento da representação política; a condição indireta, solução para um problema prático que se justifica por razões de conveniência e de oportunidade. É possível observar tal diferenciação no próprio texto constitucional:

Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei (BRASIL, [2021a]).

Conforme o *caput* do artigo, tendo sido constatada a dupla vacância antes dos dois anos finais do mandato – sentido que só se percebe após a leitura do § 1º –, será realizada eleição em 90 dias, sem especificação de qual será. Não se trata de omissão ou de esquecimento, e sim do fato de na CRFB o termo “eleição”, sem qualquer qualificação, significar “direta”. Quando vai referir-se

à ocorrência no biênio final, o § 1º determina que a escolha será feita pelo Congresso Nacional. Ou seja, a excepcionalidade exige definição.

O relatório de Peluso é criticado por Andrade Neto (2017) não só pelos resultados que alcança como também pelo que considera uso superficial da proporcionalidade como teste de constitucionalidade, tendo em vista que o ministro assume a linguagem da Teoria dos Princípios de Alexy. É reputado que ele utiliza de modo pouco rígido as verificações de adequação, necessidade e ponderação da previsão constitucional da eleição indireta³. Na visão do autor, o primeiro dos testes, o de adequação, falha porque Peluso associa eleição indireta ao princípio constitucional da eleição democrática. De igual forma, discorda do teste de proporcionalidade, cujo resultado mostra que a eleição indireta é aceitável, pois traz grau de mutilação ao voto direto compatível com os benefícios que produz. Em contraposição, destaca:

Ora, se, no caso de uma eleição indireta, a importância da medida para realizar o princípio democrático é, na melhor das hipóteses, *média*, mas o impacto negativo dela no princípio do voto direto é inequivocamente *grande*, torna-se forçoso reconhecer que ela é desproporcional em sentido estrito. Noutras palavras, ela não passaria pelo subteste da ponderação (ANDRADE NETO, 2017, p. 128, grifos do autor).

Contudo, esse juízo seria demasiadamente rígido. O ministro Peluso não relaciona simplesmente a eleição indireta à direta – e prefere a primeira por considerá-la igualmente democrática –, e sim considera que a indireta se torna a alternativa mais viável diante da inconveniência

³ Andrade Neto (2017) não chega a esse ponto, mas pode-se discutir se é cabível aplicar a ponderação para o conflito entre um princípio e uma regra, de modo a provocar o uso inapropriado do sopesamento. Isso porque o que Peluso faz é apreciar se a excepcionalidade da regra afronta o princípio.

prática (e não axiológica) da realização do pleito direto. Parece claro que Peluso toma a eleição indireta como opção subótima frente ao pleito direto.

Andrade Neto (2017, p. 126-127) também não avalia positivamente o teste de necessidade, segundo o qual o prazo de dois anos restante de mandato justifica a eleição indireta e é o patamar a partir do qual é desaconselhada a direta. Nesse ponto, concorda-se com ele: em nenhum momento Peluso cogita que a determinação do texto constitucional não seja conveniente, razoável ou necessária, assumindo-a como válida e efetiva⁴. Em contraposição, afirma ser relativamente fácil pensar em opções que alcancem igual ou superior grau de realização da democracia: “o legislador poderia conceber um processo eleitoral [direto] sumário, ou sumaríssimo, com reduzidos custo e período de campanha para o caso de dupla vacância nos dois últimos anos do mandato”. A opção a que ele se refere é a eleição suplementar, forma para suprir a dupla vacância (normalmente ocasionada por questões eleitorais que anulam o pleito) que a Justiça Eleitoral adota há bastante tempo. Ela é a reedição da eleição direta com prazos mais curtos de realização, para definir titulares que completem o mandato (BARRETO; GARCIA, 2020).

Entretanto, Andrade Neto (2017, p. 128) reconhece que o princípio da eleição direta pode ser mitigado frente à hipótese que chama de “especialíssima”. A diferença entre a interpretação dele e a do ministro Peluso diz respeito à temporalidade razoável para a ocorrência da eleição indireta ou direta, distinção que recentemente se tornou dominante no debate nacional, como será abordado a seguir.

3 A busca de soluções

Em 2017, quando a dupla vacância na Presidência nos dois anos finais de mandato parecia iminente⁵, ganharam força as disputas políticas e o debate sobre a necessidade da realização de eleição indireta. A inspiração estava na percepção de que, naquela conjuntura, a eleição congressual carecia de legitimidade para superar a crise política que se agudizava

⁴Não era a determinação da Constituição que estava em discussão na ADI 4.298/TO (BRASIL, 2020). O STF debatia a possibilidade de o estado prever solução idêntica àquela fixada para a Presidência. O ministro se refere a essa solução e especificamente à lei que regulamentava tal previsão na Constituição do Tocantins.

⁵Dilma Rousseff havia sofrido *impeachment* e, se houvesse a ausência do seu substituto, a Presidência ficaria acéfala. Houve duas possibilidades concretas de isso ocorrer: o julgamento no TSE da cassação da chapa eleita e as consequências do escândalo das conversas gravadas de Temer com o empresário Joesley Batista. Porém, nenhuma delas se confirmou: o julgamento no TSE terminou em junho de 2017, com o indeferimento da cassação por 4 a 3; Temer não renunciou após a divulgação das gravações (maio de 2017), e dois pedidos de autorização para que fosse processado pelo STF foram barrados no Parlamento (agosto e outubro de 2017).

desde 2013. Embora motivada pela forma de escolher o eventual sucessor de Michel Temer, a discussão não se prendia a esse tema, e sim investia na análise dos princípios da CRFB. Como parte da disputa, até mesmo o slogan *Diretas Já* foi resgatado (VIEIRA; BERNER; EMERIQUE; SILVA; GOMES, 2017; AYRES, 2017).

A primeira opção é promover interpretação que negue a literalidade do texto do art. 81, § 1º, e defender que a eleição deveria ser indireta somente se ocasionada por fator não eleitoral, isto é, por evento posterior ao pleito, que com ele não tivesse relação nem pusesse em questão sua regularidade. No caso de o evento ter origem eleitoral, ou seja, de decorrer de vício insanável do processo – como a cassação da chapa vencedora por crime eleitoral ou por alguma inelegibilidade –, caberia aplicar o Código Eleitoral, mais especificamente o art. 224, § 4º, introduzido pela Lei nº 13.165/2015 (BRASIL, [2021b]), e promover eleição indireta apenas se restassem menos de seis meses de mandato. Esse argumento tem versão clássica apresentada por Gomes (2015, p. 692, grifo do autor):

enquanto o art. 224 [do Código Eleitoral] cuida de *validade da eleição*, que é requisito indeclinável da proclamação dos resultados e diplomação dos eleitos, o artigo 81 [CRFB] estabelece critérios para o preenchimento dos cargos que alude em caso de vacância ocorrida durante o exercício do mandato, pressupondo, portanto, que os cargos já estejam regularmente preenchidos e seus titulares devidamente investidos.

A favor desse argumento são mobilizadas decisões do TSE em que a ausência de alguém para exercer o mandato de governador por causa eleitoral na metade final do mandato serviu de base para não convocar eleição indireta, embora houvesse a previsão nas constituições dos estados em questão. Na prática, a Justiça Eleitoral não considerou essas situações como dupla vacância,

nem como pertencentes à auto-organização dos entes federados, e sim como de Direito Eleitoral. Para os defensores dessa interpretação, a consequência lógica é afirmar que o que valeu para os estados deve preponderar também para a CRFB. Em outros termos, havia precedentes a indicar que a forma para suprir a ausência de titulares aptos se alterava, conforme o tipo de causa geradora.

Dois desses precedentes foram as cassações da chapa vencedora das eleições de 2006 para governador da Paraíba e do Maranhão. Ambas ocorreram por crime eleitoral em 2009, quando avançava o terceiro ano de mandato. O TSE não considerou aplicar as previsões constantes nas Constituições (art. 82, § 1º (PARAÍBA, [2020]); art. 61, § 1º (MARANHÃO, [2020])), que repetiam o art. 81, § 1º, da CRFB. Porém, se não autorizou eleição indireta, tampouco convocou nova eleição direta, e sim deu posse ao 2º colocado⁶. A fundamentação residiu em interpretação peculiar do art. 224 do Código Eleitoral. Na época vigorava a redação original do artigo (sem os dois parágrafos introduzidos em 2015), cujo *caput* determinava que, se a nulidade atingir a maioria absoluta dos votos até então válidos, a eleição é anulada e deve ser convocada eleição suplementar (BRASIL, [2021b]). Todavia, se o patamar de votos anulados for igual ou menor do que 50%, a validade do pleito persiste. Caso sejam os votos do vencedor os anulados, ele perde o mandato e toma posse o primeiro competidor apto (normalmente, o 2º colocado).

A questão mostrou-se delicada nas eleições em que houve 2º turno. Da premissa “anulados

⁶ Há um terceiro caso: a cassação do governador e do vice do Piauí, eleitos em 1998. Ele é semelhante aos anteriores em motivação (eleitoral), tempo de mandato (terceiro ano), decisão (posse do 2º colocado) e não utilização da Constituição Estadual. Mas há uma diferença: na época essa Constituição previa, no art. 98, § 2º (PIAÚÍ, [2019]), eleição indireta apenas se a vacância ocorresse no último ano do mandato. Logo, se o TSE a aplicasse, a eleição seria direta.

mais de 50% dos votos” a Justiça Eleitoral não retirou a anulação do pleito e, menos ainda, a realização de eleição suplementar. Era preciso anular os votos obtidos pelo competidor também no 1º turno, pois a candidatura acabou cassada. Assim, cabe recalcular o desempenho de todos os demais concorrentes no 1º turno. Do novo resultado oficial abrem-se duas possibilidades: (1) se ninguém alcança a maioria absoluta no 1º turno, realiza-se outro 2º turno, do qual participam o derrotado no 2º turno original e quem ficou em 3º lugar na apuração inicial do 1º turno⁷; (2) se um competidor passou a ter a maioria absoluta, ele se torna o vencedor; tal entendimento foi aplicado nos casos citados há pouco (CHAVES, 2009; BARBOZA, 2019).

Foi por se insurgir contra a possibilidade de ser empossado quem não ganhou a eleição original que, em 2015, o Congresso Nacional introduziu os já referidos dois parágrafos ao art. 224 do Código Eleitoral (BRASIL, [2021b]), cujo teor é o seguinte:

§ 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, ~~após o trânsito em julgado~~⁸, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

§ 4º A eleição a que se refere o § 3º ocorrerá a expensas da Justiça Eleitoral e será:

I – indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato;

II – direta, nos demais casos.

Caso a votação do candidato que obteve mais votos seja anulada pelas razões listadas, impõe-se a realização de nova eleição, e ela será direta, a

não ser que o fato se dê a menos de um semestre do término do mandato. Todavia, o texto cita “decisão da Justiça Eleitoral” e não se refere a outras que também redundam na cassação de mandato. Em outras palavras, ela se aplica a determinados casos – os de cunho eleitoral – e não pretende abarcar todas as hipóteses de dupla vacância.

Na defesa da distinção entre as motivações da dupla vacância como justificativa à não aplicação do art. 81, § 1º, a algumas situações, Vieira, Berner, Emerique, Silva e Gomes (2017) citam princípio da CRFB

a eleição direta não é um apanágio de grupos inconformados com o texto constitucional disciplinado no art. 81, § 1º da Constituição de 1988, desejosos de descumprir os ditames constitucionais estabelecidos, mas sim o retorno à essência e ao fundamento próprio da democracia constitucional brasileira, assentada na soberania popular, exercida pelo voto direito, secreto e universal (art. 1º e 14).

Todavia, afirmações como essas são pontuais ou partes acessórias de alegações mais amplas a indicar que os adeptos não as consideram suficientes para afastar os prazos previstos para a eleição indireta. Quem avança no argumento de que deve prevalecer a interpretação sistêmica da Constituição é Sarmiento (2016). Ele defende que, apesar de expressa no texto constitucional, a regra da eleição indireta não deve ser aplicada indistintamente e propõe que haja cláusula de exceção. Fundamenta tal recusa em interpretação que reconheça os princípios que sustentam e organizam a CRFB e deveriam ser adotados em lugar da leitura literal e isolada de cada artigo ou parágrafo⁹. Por conseguinte, afirma que a

⁷ Foi o que ocorreu na eleição de 2008, no município de Londrina (PR), por exemplo.

⁸ Está riscada porque foi considerada inconstitucional pelo STF no julgamento da ADI 5.525/DF (BRASIL, 2018a).

⁹ Nesse ponto, o argumento aproxima-se mais da visão de Mello do que da de Alexy, segundo a qual o princípio afasta a regra, por ser superior. Para Mello (2015, p. 54), princípio é “por definição, mandamento nuclear de um

eventual aplicação da regra produzirá resultado formalmente correto, mas cuja compatibilidade com a CRFB é questionável. No caso específico, argumenta que prevalece a eleição direta como princípio para cargos representativos, o qual impõe obrigações a serem seguidas pelas regras e, se for o caso, invalida o texto literal.

É evidente que a determinação constante no art. 81, § 1º, contraria o princípio da eleição direta, não tem grande amplitude semântica nem elevada indeterminação e abstração, tampouco é vaga ou está implícita na CRFB. Ao contrário, é precisa e delimitada. O mesmo ocorre com a regra. O cerne da questão não está na contradição entre o princípio e a regra, pois ela não é indevida e fixa-se como exceção justificada por razões de ordem prática, conforme já visto. O problema está no fato de que, por sua força prescritiva, o princípio deve ter a máxima aplicação, e as exceções devem ser as mais restritivas. Logo, Sarmento (2016) considera que a previsão constitucional de eleição indireta no biênio final do mandato colide com o princípio, motivo pelo qual deve ser interpretada de modo restritivo e adotada o menos possível.

Trata-se, portanto, da polêmica em torno do grau de excepcionalidade (ou proporcionalidade da excepcionalidade, para usar a terminologia alexyana). Sarmento (2016) defende que a interpretação restritiva deve basear-se na distinção entre dupla vacância de origem eleitoral e não eleitoral, na mesma linha apontada anteriormente, a indicar que há situações em que a regra constitucional não deve vigorar. Como interpreta Gomes (2015, p. 692), a proposta é que a forma indireta seja adotada apenas em função de causas supervenientes que não maculem a validade do

sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

pleito, como *impeachment*, morte e renúncia. Se a causa for eleitoral, cabe realizar eleição direta.

Sarmento (2016) não quer alterar o critério “tempo de mandato restante” para definir a eleição a ser promovida. Os dois anos finais continuam a ser o limite, mas sofrem restrição na abrangência de aplicação da eleição indireta: valeriam apenas se houver causa não eleitoral. A regra constante no art. 81, § 1º, é preservada, mas não é considerada fechada e exaustiva, e sim passível de construção hermenêutica com vistas a restringir o seu grau de excepcionalidade¹⁰.

Deve-se analisar essa argumentação no contexto em que ela foi apresentada: o julgamento da ADI 5.525/DF, na qual, entre outras contestações, a Procuradoria-Geral da República (PGR) questionava os §§ 3º e 4º do art. 224 do Código Eleitoral, que previam a eleição direta para presidente e vice-presidente até seis meses antes do término do mandato. Por isso, Sarmento (2016) demanda exegese não literal do art. 81 da CRFB, o que permitiria compatibilizá-lo com a redação do Código Eleitoral, que estaria mais conforme ao princípio emanado da Constituição. Caso contrário, a contradição entre a regra introduzida pela Lei nº 13.165/2015 e o texto constitucional seria clara e levaria o STF a afastar a Presidência da República da abrangência do § 4º do art. 224 – como o fez.

A posição que se defende quer alcançar resultados mais radicais. Se a eleição direta compreende princípio que deve ser realizado na máxima concretização possível, não deve ser aceita como adequada, necessária e propor-

¹⁰ Uma segunda linha argumentativa do autor propõe que, se a anterior não for aceita, o Congresso Nacional devolva o poder decisório ao povo. O ministro Barroso fez referência a essa ideia: “embora tenha me impressionado e tenha me tomado algum tempo de reflexão, eu não estou acolhendo este argumento de devolução à soberania popular, embora, como disse, tenha sido sustentado com grande proficiência e seja extremamente sedutor”. De igual forma, sugeriu que o caminho para alterar o art. 81, § 1º, seria a emenda constitucional (BRASIL, 2018a, p. 12).

cional a convocação de pleito indireto nos termos da CRFB. Trata-se de interpretação que nega dar concretude à norma constitucional expressa e, ao não aceitar que ela seja cumprida na prática, invalida-a. Porém, não é uma interpretação que cria previsão nova, que complementa o texto da CRFB ou que altera o sentido principal daquela norma, que é prever a realização de eleição indireta a partir de determinado tempo restante do mandato. Longe disso.

A proposta é restringir a excepcionalidade – no caso, o tempo de mandato restante que justifica a convocação de eleição indireta –, pois ele não se coaduna com o que efetivamente se espera (e afirma) da própria Constituição, ou seja, o conteúdo dessa regra extrapola a razoabilidade do sistema em que se insere. Nesse caso, cabe não a interpretação restritiva que exclui a dupla vacância originária de causa eleitoral, como defende Sarmiento (2016), e sim a que a aplica a todas as situações. Afinal, as causas não eleitorais também podem e devem ser supridas pelo processo direto.

O remédio jurídico é sentença modificativa do sentido original do texto que promova mutação constitucional por via de interpretação judicial (do STF, no caso). O limite para a ocorrência de eleição direta estabelecido pela Lei nº 13.165/2015 (até seis meses antes do término do mandato) pode ser o novo parâmetro, pois já vem sendo seguido pelo TSE. Contudo, outro pode ser arbitrado pelo STF, desde que mais restritivo que o previsto na CRFB. No mesmo espírito, a interpretação deve ser replicada nas unidades subnacionais, haja ou não regra nas respectivas constituições ou leis orgânicas.

No caso dessa mutação constitucional, trata-se de desconstruir o conteúdo da situação fática determinada pelo art. 81, § 1º (especificamente, os dois anos restantes do mandato), que não é ambíguo ou impreciso, e de fixar nova determinação. É mudança pouco sutil a ser realizada pelo STF, ao contrário de outras que ele já produziu, nas quais se beneficiou da abertura propiciada pelo texto (como a do art. 7º, XVII, da CRFB, em que “licença-gestante” passou a ser interpretado como “licença-maternidade” e garantiu o direito a adotantes). Em suma: negar a literalidade e a evidência dessa passagem construindo outra aplicação fática.

É evidente que essa decisão revisa criativamente a CRFB, altera a vontade constituinte e reconfigura a regra ao considerá-la inadequada ao “espírito da Constituição”. Afinal, o STF impõe a concretização do princípio que difere da regra fixada com precisão pelo legislador original. Em termos mais próximos à Teoria dos Princípios de Alexy: considera que a regra constitucional não determina de modo adequado a excepcionalidade ou o grau de realização do princípio da eleição direta e justifica a alteração com base nesse entendimento hermenêutico.

No paradigma pós-positivista, tal decisão encontra suporte no ministro Barroso (2009, p. 155), que concebe princípio na linha de Mello, e não de Alexy:

o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

Por enquanto, ao apreciar questões relacionadas ao tema – como a ADI 5.525/DF –, o STF decidiu em favor da previsão constante no art. 81, § 1º, respeitando a “letra fria”. Nessa oportunidade estava em discussão a constitucionalidade do art. 224, § 4º, o que foi apreciado na comparação com a determinação expressa e divergente da CRFB. Além disso, a decisão consagrou a inconstitucionalidade da inclusão da presidência e da senatoria, mas sem redução de texto da lei, e sim via técnica da interpretação conforme a Constituição, o que implica considerá-lo válido para outros cargos, ou seja, o parágrafo não é inconstitucional *per se*, mas apenas algumas de suas hipóteses de incidência em razão da generalidade do texto, que não abre exceção capaz de adequá-lo à determinação constitucional. Na prática, incide em inconstitucionalidade parcial, de modo que outras hipóteses são válidas, e o STF preserva e respeita a deliberação do legislador comum.

Por outro lado, o art. 81, § 1º, ainda não foi apreciado diretamente pelo STF. Esse é o ponto fulcral: na ADI citada, a decisão o tomou como

referencial para apreciar lei infraconstitucional, de forma que a análise dessa passagem da CRFB foi considerada *extra petita*. Quando e se essa apreciação vier a ocorrer, o resultado pode ser outro – e, claro, defende-se que conforme a nossas considerações anteriores. Por enquanto, o texto continua vigente, e a motivação para tal não é a excepcionalidade do cargo em questão ou a coerência com o princípio da eleição direta – o que nem foi apreciado pelo STF –, e sim fato mais prosaico, porém relevante: a decisão da atividade constituinte originária.

Em relação a essa questão, há um aspecto que, esquecido no tempo, nem foi cogitado, por exemplo, pelo ministro Peluso ao ponderar o prazo constitucional, mas que pode ajudar a fundamentar a mutação constitucional defendida: quando da promulgação da CRFB, o mandato presidencial tinha a duração de cinco anos (art. 82), e o art. 81 já fixava o período restante de dois anos para a realização de eleição indireta. Em termos relativos, ela só ocorreria transcorridos 60% do mandato. Em 1994, por meio da Emenda Constitucional (EC) de Revisão nº 5, o período presidencial foi reduzido aos atuais quatro anos e – por equívoco ou interesse – o art. 81 não foi alterado. Na prática, após a mudança foi preservado o mesmo tempo restante (dois anos); contudo, em termos relativos, ele foi aumentado de 40% para 50% do mandato. Para manter o parâmetro anterior, a redação do art. 81 deveria ter passado a prever que restassem menos de 19 meses e seis dias, em vez de menos de 24 meses. Em outros termos: as condições de excepcionalidade para convocação da eleição indireta para a Presidência foram ampliadas a partir de 1994, o que tornou mais provável que ela venha a ocorrer.

Todavia, se a condição de exceção é tão determinante para a aceitação da conveniência da eleição indireta – como exalta o ministro Peluso –, a redução das exigências ocorrida no

âmbito da CRFB não é questão a ser negligenciada. De igual forma, se o respeito ao trabalho do constituinte é efetivamente a razão para a manutenção dos dois anos como prazo para realização da eleição indireta, é preciso considerar que a literalidade do texto pode não ter sofrido alteração, mas a sua eventual aplicação, sim. Por conseguinte, o “espírito original” dos constituintes já foi modificado, e a deliberação não opera(rá) mais como o previsto.

A resposta dos que são contrários a essa interpretação corresponde àquela que comumente é apresentada à hermenêutica que afasta regras em nome de princípios: reafirma a importância do respeito a regra precisa, clara, que já expresse exceção à determinação geral e não extrapole os limites da razoabilidade. Por essas características, a crítica destaca que a regra em foco não abre espaço à discricionariedade ou a construções hermenêuticas que desafiem a literalidade do texto. Fazê-lo implica trocar a previsibilidade e a certeza que ela oferece por controvérsias e arbitrariedades interpretativas pouco produtivas. Em síntese: implica abrir mão da segurança jurídica.

O argumento prossegue: se isso ocorrer, o Direito torna-se refém de interpretações fundadas em princípios que podem ser formulados ou criados casuisticamente, ao sabor dos interesses e das necessidades. Em outros termos, a perda da “segurança” propiciada pelo texto da regra e pela subsunção é substituída pela retórica dos princípios, altamente propiciadora da discricionariedade, quando não da arbitrariedade¹¹.

A crítica agrega que, se for o caso de discutir a colisão entre regra e princípio, a balança deve pesar em benefício da regra, ainda mais quando

ela figura na Constituição. Isso porque é a regra que, pela própria lógica da teoria de Alexy, restringe um princípio. No caso específico, a restrição foi promovida pelo poder constituinte originário, o que amplia a legitimidade da decisão tomada. De certa forma, essa crítica recupera o discurso de Castilhos (2018): há regra clara na CRFB sobre a motivação e o prazo para a realização de eleição indireta. A discordância pode existir, mas não justifica, nem é suficiente para não aplicá-la. Como afirma Sundfeld (2014, p. 206),

não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito.

Não se nega que os riscos apontados acima existam, mas considera-se que eles não se verificam na situação em apreço. Primeiro, porque o princípio não é implícito, “inventado” pelo intérprete, de modo que não cabe a crítica recorrente de que “princípios vagos são criados para justificar qualquer decisão” (SUNDFELD, 2014, p. 205). Segundo, porque, como já foi apontado, não é negada a realização de eleição indireta e o “espírito” da regra, mas sim é considerado inapropriado o prazo fixado pela Constituição. Terceiro, a regra contestada não foi ainda aplicada, embora na prática tenha sido alterada pela revisão da duração do mandato presidencial. Quarto, a discussão se refere também à conveniência política de ser implantada tal como se encontra, sendo ela própria previsão fundada na conveniência.

Uma segunda solução para garantir a realização da eleição direta é modificar o art. 81, com vistas a afastar a previsão de eleição indireta, o que exige a aprovação de EC. Ela é a opção mais

¹¹ Muitos autores criticam o uso expansivo dos princípios, notadamente no Brasil, o que pode dar origem ao “panprincípioalismo”, conforme Streck (2011), à “inflação de princípios”, segundo Neves (2013), bem como traz risco de subjetivismo e casuismo. Sobre o tema, sugere-se também Ávila (2009, 2021).

formal, pragmática e tradicional: altera regra expressa por intermédio do processo legislativo estabelecido, previsto e regulamentado na ordem jurídica (mais especificamente no art. 60 da CRFB). No caso, por meio da atividade constituinte derivada e sob comando do Congresso Nacional. Até o momento, assim como a anterior, essa alternativa não se efetivou.

O caráter formal da última opção (EC) pode ser comprovado pelos óbices que lhe foram apresentados no contexto do governo Temer, quando ganhou mais espaço na agenda política nacional. De um lado, a impossibilidade de ser aplicada de imediato, pois afrontaria a exigência de anualidade das regras eleitorais, prevista no art. 16 da CRFB (FERREIRA, 2017; CASTILHOS, 2018)¹². De outro, porque atentaria contra a cláusula pétrea da “periodicidade do voto” (ROMANO, 2017)¹³.

Isso não significa que não houvesse críticas mais “políticas”, como a de Agra (2017), que a considerou um “tipo de fraude à Constituição, com base em jurisprudências casuísticas, ou voluntarismos jurídicos”, ou a de Silva ([2017]), para quem

alterar um dispositivo constitucional, quando se está diante da possibilidade real de aplicá-lo, gera, sem dúvida, mais instabilidade política. Ao contrário disso, a rigorosa aplicação da Constituição nesses momentos de crise favorece um valor muito caro às sociedades civilizadas: a segurança jurídica.

Nem todas as Propostas de Emenda Constitucional (PECs) apresentadas com a intenção de alterar o art. 81, § 1º, e de produzir

¹² Para argumento sobre a improcedência dessa interpretação, ver Leite, Santos, Teixeira e Araújo (2017) e Rezende (2017).

¹³ A contraposição é de que não haveria supressão de direito fundamental, e sim ampliação das cláusulas pétreas. Ver Ayres (2017), Leite, Santos, Teixeira e Araújo (2017) e Rezende (2017).

eleição direta tinham a urgência de alterar a previsão na conjuntura da crise de 2017. Ao longo do tempo, ao menos nove foram apresentadas, a indicar que os parlamentares não se têm mostrado indiferentes à questão.

Um primeiro grupo reúne quatro PECs que excluía eleição indireta e previam apenas diretas: (1) 37/2019, que retira também a possibilidade de o vice suceder ao presidente, mantendo a de substituí-lo em caráter eventual; (2) 245/2016 (originalmente apresentada como 238/2016) e (3) 282/2004, que propõem mudança mais ampla, pois instituem o parlamentarismo e acabam com o cargo de vice-presidente; (4) 44/2009, do Senado, que implanta em todos os níveis da federação eleições diretas até o 3º ano do mandato e determina a sucessão, se verificada dupla vacância no último ano (e nomina a ordem dos sucessores).

Em um segundo grupo figuram cinco iniciativas que restringem a realização da eleição indireta: (1) 227/2016; (2) 210/1995; (3) 43/2009; (4) 67/2006, as duas últimas do Senado; todas preveem a eleição indireta apenas no último ano, e a 43/2009 a estende a estados, Distrito Federal e municípios; (5) 47/2011, que fixa a eleição direta a qualquer tempo, se houver causa eleitoral (PROPOSTAS... [20--]; PESQUISA... [20--])¹⁴.

Contudo, na conjuntura de 2017, a PEC preferida era a 227/2016, apresentada pelo deputado Miro Teixeira, não por acaso apelidada de “PEC das Diretas” ou “das Diretas Já”¹⁵. Ela pretende “equacionar” os prazos para realização

¹⁴ Há outras cinco PECs que alteram a redação do art. 81, mas mantêm a eleição indireta: (1) 456/2010, que adapta o texto ao unicameralismo, sua inovação efetiva; (2) 44/2003, do Senado, que exclui a figura do vice-presidente; (3) 159/2015, (4) 174/2002 e (5) 130/1999, que a estendem aos demais entes da federação (para todos os casos, e a última exige também que o vencedor obtenha 2/3 dos votos).

¹⁵ Apoiam-na: Ayres (2017), Brandão (2017), Henry (2017), Lodi (2017) e Vieira, Silva e Dantas (2017). Já Leite, Santos, Teixeira e Araújo (2017) falam em “PEC das Diretas Já”, mas não identificam nenhuma em particular, o que não permite garantir que se refiram à 227/2016.

das eleições àqueles definidos no § 4º do art. 224 do Código Eleitoral. O art. 81, § 1º, da CRFB ficaria assim: “ocorrendo a vacância nos últimos seis meses do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei” (BRASIL, 2016).

Há autores que apontam as duas alternativas como caminhos possíveis, caso de Leite, Santos, Teixeira e Araújo (2017) e Lodi (2017). Apesar de toda a polêmica e das diferentes tentativas de reverter o quadro vigente, até o momento nenhuma alteração ocorreu no texto ou na interpretação do art. 81, § 1º, da CRFB. Logo, ele continua válido e pronto para ser aplicado se ocorrer a dupla vacância na Presidência da República no biênio final do mandato.

4 Eleição indireta para o executivo subnacional

Outro bloco de questões diz respeito a como solucionar a dupla vacância nos cargos subnacionais. A fonte dessa incerteza decorre de a CRFB só abordar a Presidência e silenciar no que se refere a governadores e prefeitos. Outro elemento que distingue a eleição subnacional da presidencial é o fato de em diversas oportunidades ter sido necessário escolher indiretamente titulares para suprir a dupla vacância. Em decorrência dessa demanda, decisões do TSE ou do STF cimentaram o ambiente institucional em que tais eleições se desenvolveram, o que muitas vezes se deu ao sabor de questões relativas à constitucionalidade de leis produzidas pelos entes subnacionais ou a como proceder frente a uma necessidade concreta. Novas oportunidades decisórias podem fazer com que a orientação prevalecente seja revertida, alterada ou relativizada. Além disso, a promulgação de novas previsões legais também pode vir a modificar a interpretação vigente, como ocorreu após 2015.

A primeira decisão relativa ao tema, tomada pelo STF em 1994, na ADI 1.057/BA (BRASIL, 1994)¹⁶, definiu que a determinação constante na CRFB configura regime exclusivo para a Presidência da República, por isso não é regra de reprodução obrigatória nas constituições estaduais. Ao contrário, afirmou que, nas situações de dupla vacância na metade final do mandato, o estado-membro tem competência para disciplinar o processo de escolha de governador e de vice em razão do autogoverno que a CRFB lhe outorgou e que está consagrado no art. 25. Consequentemente, o STF

¹⁶ Ela questionava a Lei nº 6.571/1994, da Bahia, no que se refere à competência do estado para legislar sobre tema considerado de Direito Eleitoral e mais algumas particularidades. O STF deliberou pela constitucionalidade da lei, que regeu a eleição indireta para governador realizada naquele mesmo ano.

abre espaço a soluções alternativas, que de fato existem e tornam pouco sistemático o desenho global do ordenamento jurídico relativo à dupla vacância no biênio final do mandato e desestimulam a ideia de solução uniforme ou mesmo simétrica para a questão¹⁷.

O STF se dedicou mais uma vez ao tema e chegou ao mesmo entendimento, ao apreciar Medida Cautelar na ADI 4.298/TO (BRASIL, 2009), já comentada aqui. Nela eram contestadas duas leis do estado de Tocantins, ambas de 2009, que regulamentavam a eleição indireta para governador e vice-governador, prevista na Constituição Estadual (art. 35, § 5º (TOCANTINS, [2019]))¹⁸. O STF não negou que a eleição para suprir dupla vacância no biênio final do mandato é questão materialmente eleitoral, mas a afastou do âmbito estrito do Direito Eleitoral. Se não fosse assim, a competência privativa para legislar sobre o tema seria do Congresso Nacional, como prevê a CRFB em seu art. 22. Para o STF, trata-se de regra de organização político-administrativa e que, portanto, pertence ao âmbito decisório de cada ente federativo em particular. Assim ponderou o ministro Peluso repetindo argumento do ministro Sepúlveda Pertence, de 1994, por ocasião da apreciação da ADI 1.057/BA:

Conquanto não deixem de revelar certa conotação eleitoral, porque dispõem sobre o procedimento de aquisição eletiva do poder político, não há como reconhecer ou atribuir características de direito eleitoral *stricto sensu* às normas que regem a eleição indireta no caso de dupla vacância no último biênio do mandato. É que, em última instância, têm por objeto matéria político-administrativa que postula típica decisão do poder geral de autogoverno, inerente à autonomia política dos entes federativos (BRASIL, 2009, p. 113).

Nos termos das decisões do STF: sendo autônoma, cada unidade da federação pode optar por reproduzir o que a CRFB estabelece em caso de dupla vacância no biênio final do mandato ou ampliar a determinação da eleição direta para um prazo mais dilatado e reservar a indireta apenas para o 4º e último ano, por exemplo.

Pedreira (2012) observa que o entendimento do STF não foi imediatamente seguido pelo TSE, que até 2011 oscilou entre tal interpretação e aquela que, diante do silêncio do ente federativo, determinava a realização de eleição indireta, tendo por fundamento o princípio da simetria e a

¹⁷ A ADI tinha por objeto lei estadual e por isso a decisão não se refere a municípios, embora os contemple. Em outras ADIs – 687/PA e 3.549/GO (BRASIL, 1995, 2007) –, o STF aborda a questão e confirma tal perspectiva.

¹⁸ A liminar não foi concedida. O julgamento do mérito ocorreu apenas em agosto de 2020, já sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes. A ADI foi considerada improcedente (BRASIL, 2020).

condição de norma de Direito Eleitoral dessa temática. Depois passou a reconhecer que deve ser dada máxima efetividade à eleição direta.

Outra consequência da decisão do STF é que a eleição indireta não é regulamentada, organizada, tampouco tem seu contencioso apreciado pela Justiça Eleitoral, e sim pelo respectivo órgão legislativo e eventualmente, em se tratando do contencioso, pela justiça comum¹⁹. O entendimento é que essa eleição corresponde a matéria parlamentar, *interna corporis*. Conforme Reis (1999), essa é também a visão da própria Justiça Eleitoral.

A segunda decisão do STF, tomada em 2006, na ADI 2.709/SE, afirmou a eleição (ainda que indireta) como princípio constitucional para ascensão a mandato político e impediu que a sucessão automática seja possível para suprir em definitivo a dupla vacância na segunda metade do mandato. Em outros termos: determinou a realização de eleição e vetou a possibilidade de o substituto legal assumir em definitivo o mandato e completar o período regular. Como sintetizou a relatora, ministra Cármen Lúcia: “em momento algum, a Constituição diz que alguém pode ser governador ou vice sem ser eleito” (BRASIL, 2006, p. 267); ao contrário, determina que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos” (art. 1º, parágrafo único (BRASIL, [2021a])). O substituto legal só poderia exercer o cargo interinamente no intervalo de tempo entre a confirmação da vacância e a posse do eleito, que eventualmente pode ser ele próprio.

No caso em apreço, o STF considerou inconstitucional a EC nº 28, de 2002, que acresceu o § 2º ao art. 79 da Constituição de Sergipe (2019). Ele determinava que, se a dupla vacância ocorresse no último ano, o substituto legal – sucessivamente, o Presidente da Assembleia Legislativa e o Presidente do Tribunal de Justiça – completaria o mandato. Com essa decisão, a regra em vigor passou a ser apenas o § 1º do art. 79, o qual reproduz o art. 81, § 1º, da CRFB.

A terceira decisão ocorreu na ADI 3.549/GO, em 2007, quando o STF considerou inconstitucional o art. 75, § 2º, da Constituição de Goiás, que determinava: se a dupla vacância ocorrer no último ano do mandato, não haverá eleição, e o cargo de prefeito será ocupado, sucessivamente, pelo presidente e pelo vice-presidente da Câmara Municipal (BRASIL, 2007). A decisão foi fundamentada na autonomia organizacional e no autogoverno do município – “assuntos de interesse local”, conforme art. 30, I, da CRFB –, o que abrange a competência exclusiva para regulamentar como suprir a dupla vacância do chefe do executivo, assim como a forma de substituição eventual²⁰. Decisão com orientação pró-autogoverno e

¹⁹ O mesmo valeria para a eleição indireta para presidente e vice-presidente da República.

²⁰ Após a decisão, a EC nº 46/2010 determinou nova redação para o art. 75, § 1º, seguindo os termos do art. 81, § 1º, da CRFB (art. 75, § 1º (GOIÁS, [2019])).

auto-organização dos municípios já havia sido tomada na ADI 687/PA. Segundo o ministro Celso de Mello,

[n]ão cabe, ao Estado-membro, sob pena de frontal transgressão à autonomia constitucional do Município, disciplinar, ainda que no âmbito da própria Carta Política estadual, a ordem de vocação das autoridades municipais, quando configuradas situações de vacância ou de impedimento cuja ocorrência justifique a sucessão ou a substituição nos cargos de Prefeito e/ou de Vice-Prefeito do Município. A matéria pertinente à sucessão e à substituição do Prefeito e do Vice-Prefeito inclui-se, por efeito de sua natureza mesma, no domínio normativo da Lei Orgânica promulgada pelo próprio Município (BRASIL, 1995, p. 3).

Conforme essas decisões do STF, estava assim definido o cenário institucional sobre como suprir a dupla vacância no executivo subnacional, quando verificada na segunda metade do mandato:

- a) imperatividade da realização de eleição, sendo vedada a sucessão;
- b) cada unidade da federação é livre para determinar a forma de eleição a ser adotada. Não prevalece a simetria com a previsão constitucional de eleição indireta, nem há a possibilidade de a Constituição Estadual determinar como devem proceder os municípios.

Desse modo, se houvesse previsão expressa no diploma legal do ente federativo e ela estivesse conforme os parâmetros expostos anteriormente, prevaleceria sempre o que ele tivesse estabelecido. Entretanto, a liberdade atribuída pela interpretação do STF trazia indeterminação nos casos em que a Constituição Estadual ou a Lei Orgânica Municipal não trouxesse solução. Nessa hipótese, caberia à Justiça Eleitoral definir qual deveria ser o procedimento a ser adotado. Como indicado, ao menos desde 2011, o TSE tem decidido por oferecer a máxima efetividade ao princípio da eleição direta, de modo a determinar que o eleitorado deve assim se manifestar, se houver dupla vacância também no 3º ano. Todavia, inexistia uniformidade em relação ao tempo restante de mandato considerado razoável para que ocorresse a eleição direta. A decisão era tomada caso a caso, conforme o entendimento do TSE e/ou de cada Tribunal Regional Eleitoral (TRE) na época em que surgisse a demanda, sem que necessariamente decisões precedentes fossem levadas em consideração²¹.

A indefinição continuou até o tema ganhar novo componente com a promulgação da Lei nº 13.165/2015. Entre outras inovações, ela acresceu os já referidos parágrafos 3º e 4º ao art. 224 do Código Eleitoral. Como

²¹ A ausência de um padrão fez com que, por exemplo, o ministro Peluso tenha sugerido, em um dos julgamentos do TSE, que a indireta ocorresse apenas no último ano do mandato, com vistas a evitar a realização de duas eleições no mesmo ano (a suplementar e a ordinária) (BARBOZA, 2019, p. 115).

se sabe, o § 4º determina que a eleição para superar a anulação será direta, salvo se ocorrer a menos de seis meses do término do mandato, quando deve ser indireta. Com o advento dessa determinação, pela primeira vez havia previsão legal que estabelecia limite após o qual a eleição direta deveria ser substituída pela indireta. Ela se referia a uma situação específica (as cassações de origem eleitoral) e não abrangia as causas não eleitorais. Todavia, em relação ao tema em análise definia um prazo que podia servir de parâmetro para todos os casos de dupla vacância.

Os acréscimos ao art. 224 do Código Eleitoral suscitaram as ADIs, 5.525/DF e 5.619/DF, que questionavam diversas de suas determinações e/ou abrangências. Para focar apenas no tema que move este trabalho, sabe-se que, ao deliberar sobre a questão, o STF excluiu a incidência do § 4º do art. 224 nos cargos de presidente e de senador, pois havia previsão outra na CRFB – os já referidos arts. 81, no caso do primeiro, e 56, no do segundo –, mas não considerou o texto inconstitucional nem o retirou da lei, e sim promoveu interpretação conforme a Constituição. Consequentemente, considerou que os prazos para realização de eleição direta ou indireta são válidos e constitucionais para governadores e prefeitos.

Entretanto, essa decisão do STF produziu nova incerteza ou polêmica: qual regra deve prevalecer se a legislação do ente federativo trazer previsão de um prazo para a realização de eleição indireta que colidir com o que a legislação eleitoral passou a determinar? Nesse novo cenário, continua a haver a prevalência da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica Municipal – como o STF vinha reconhecendo ao vincular ao autogoverno – ou passa a preponderar aquela da lei eleitoral? Ou, alternativamente, a previsão do Código Eleitoral prevaleceria somente se a legislação das unidades subnacionais fosse omissa?

Ao apreciar a ADI 5.525/DF, em 2018, o STF respondeu às perguntas, tendo afirmado que a nova redação do Código Eleitoral se refere a causas eleitorais e que elas se sobrepõem às normas legais dos entes federados. Logo, não prevalece a competência privativa afirmada até então. Na prática, isso já vinha acontecendo, como demonstram os casos dos governadores da Paraíba e do Maranhão, eleitos em 1996, cassados no biênio final do mandato por motivos eleitorais e substituídos pelos segundos colocados, quando a previsão das Constituições Estaduais para promover eleição indireta foi ignorada pelo Judiciário.

Com esse propósito, o STF distinguiu causas eleitorais e não eleitorais. Conforme o relator, ministro Barroso, as primeiras se referem a “atos ilícitos praticados durante o processo eleitoral, capazes de comprometer a lisura e higidez das eleições”, e as segundas “estão associadas a eventos e práticas que tomam lugar durante o exercício do mandato eletivo, o que pressupõe a regular diplomação do mandato e a legítima investidura no cargo” (BRASIL, 2018a, p. 23).

Em se tratando da primeira – como as previstas no art. 224 do Código Eleitoral –, a competência é da legislação produzida pelo Congresso Nacional. Em outros termos: a autonomia dos entes federais não se sobrepõe à prerrogativa exclusiva da União para legislar em Direito Eleitoral, constante no art. 22, I, da CRFB. Levando em conta essa interpretação, em 2017 o ministro Barroso determinou eleição direta para governador do Amazonas, quando já avançava o biênio final do mandato. Ele o fez desconsiderando que a Constituição daquele estado determinava que, nessa situação, a eleição deveria ser indireta.

Entretanto, se a dupla vacância não tiver origem eleitoral – como *impeachment*, morte, renúncia etc. –, prevalece o que o ente federativo estabelecer. Se a norma do ente for omissa, a

Justiça Eleitoral vai aplicar o que prevê o § 4º do art. 224 do Código Eleitoral, tomado como novo parâmetro legal e regra geral. Portanto, vai autorizar a realização de eleição indireta somente se a dupla vacância se verificar a menos de seis meses do término do mandato.

Como já dito, na raiz da decisão do STF está a diferenciação entre razões eleitorais e não eleitorais da dupla vacância. É relevante lembrar que, no caso da Presidência da República, a previsão sobre a realização de eleição indireta se baseia apenas no tempo de mandato, sem especular sobre as causas que levaram às vacâncias. Assim, para o STF, até o momento, em razão do que disciplina o art. 81 da CRFB, nada mudou em relação ao Executivo federal.

Assim, caso a Lei Orgânica ou a Constituição preveja eleição indireta no 3º ano de mandato – a exemplo do que determina a CRFB –, mas a causa da dupla vacância for de origem eleitoral, essa determinação não prevalecerá. Isso porque, desde 2015, há previsão de eleição direta no Código Eleitoral. A decisão é inusitada, pois contraria o entendimento que o próprio STF firmara em diversas oportunidades, segundo o qual deve prevalecer o que preceituar a legislação do respectivo ente federativo, independentemente da razão da dupla vacância.

Tendo em vista essas mudanças, pode-se atualizar a forma como deve ser suprida em definitivo a dupla vacância do executivo subnacional na segunda metade do mandato. O entendimento vigente é: a) imperatividade da realização de eleição, sendo vedada a sucessão; b) cada unidade da federação é livre para determinar a forma de eleição a ser adotada, se se tratar de causa não eleitoral; c) se a causa for eleitoral, a regra é promover eleição direta, a não ser que restem menos de seis meses de mandato; d) se a legislação da unidade subnacional for omissa, prevalece a previsão do Código Eleitoral independentemente da causa da dupla vacância,

ou seja, a eleição indireta será convocada apenas se restarem menos de seis meses de mandato.

Contudo, pode-se perceber que esses parâmetros não solucionam plenamente as situações concretas. Permanece como ponto de discussão determinar se a causa da dupla vacância é eleitoral ou não, pois disso depende a eventual realização de eleição indireta.

Para retornar à Teoria dos Princípios, pode-se destacar que muitos autores se baseiam na autonomia dos entes federativos para justificar a realização de eleições indiretas em caso de dupla vacância no biênio final do mandato, se prevista nas respectivas constituições ou leis orgânicas. Logo, insurgem-se à preferência pela realização da eleição direta, determinada no § 4º do art. 224 do Código Eleitoral e consagrada pelo STF quando há causa eleitoral. É o caso da alegação da PGR na ADI 5.525/DF e de Frazão (2016), Neiva (2017), Souza (2017), Costa (2019) e Ramos Filho (2020).

Um dos argumentos é não ser democrático que essa autonomia seja preterida em nome de regra que deve ser obedecida por todos. Outro identifica a autonomia dos entes federativos como cláusula pétrea da CRFB, fundada no pacto federativo. Um terceiro argumento é mobilizado por Neiva (2017):

não faria sentido que os entes federados tivessem liberdade para dispor em sentido diverso da Constituição, mas não para dispor em sentido diverso de uma Lei Federal. A razão, aqui, é simples: é a própria Constituição que atribui competência legislativa sobre a matérias afetas à auto-organização dos entes federados para cada um deles, tratando-se, no caso dos Municípios, de assunto de interesse local.

A síntese é apresentada por Costa (2019, p. 175): “a decisão acerca dos critérios para realização de eleição direta ou indireta afeta interesses preponderantes do ente federado afetado,

devendo prevalecer o ato normativo local em caso de conflito de competência legislativa”.

Ainda que não utilizem esses termos, tais autores praticam a ponderação de princípios e destacam que a autonomia das unidades subnacionais é mais relevante que o exercício direto do voto. Portanto, a ele se sobrepõe e deve ser preservado, mesmo que isso signifique restringir a participação do cidadão na definição de questões de interesse público. O STF não concorda com esse entendimento, por isso tem estabelecido a possibilidade de participação direta do eleitorado na definição dos mandatos políticos como princípio que se sobrepõe à autonomia e à auto-organização dos entes federativos e, como tal, deve ser limitado apenas excepcionalmente, ainda que alguma Constituição Estadual ou Lei Orgânica Municipal traga previsão distinta.

5 Considerações finais

O artigo abordou o modo como a eleição indireta figura no atual ordenamento jurídico nacional. Observou que, frente à afirmação da eleição direta como princípio e forma de seleção de autoridades políticas que deve ser aplicada o mais amplamente possível, a indireta é concebida como exceção, cuja realização é motivada por razões de urgência e de necessidade que impedem ou desincentivam o pleito direto. Assim, a eleição direta é meio para preservar a exigência de elegibilidade dos mandatos políticos e para vedar que sejam exercidos por sucessão em caso de dupla vacância.

A questão-chave para a realização de eleição indireta gira em torno das razões que autorizam a sua convocação. De um lado, está a necessidade de ocorrência da dupla vacância. De outro, o tempo restante para o término do mandato. Em relação a essa temporalidade, o ordenamento jurídico nacional oferece diferentes soluções e,

consequentemente, cria distintos regramentos. Desde o advento da CRFB, na escolha de prefeito e governador persistiram dois entendimentos distintos: a) repetir o previsto para a Presidência (eleição indireta quando restam, no máximo, dois anos de mandato); b) autorizar cada ente federativo a arbitrar a margem de tempo de mandato após ultrapassada a metade, de modo a não ser obrigado a repetir o modelo da CRFB. A justificativa para esse segundo posicionamento – o preponderante no STF – tem sido a de que a questão não é exclusivamente eleitoral, mas diz respeito prioritariamente à auto-organização de municípios, estados e do Distrito Federal.

Em 2015, com o acréscimo de dois parágrafos ao art. 224 do Código Eleitoral, foi consagrada a distinção que o TSE já vinha promovendo: a causa da dupla vacância é mais um fator a definir a realização de eleição direta ou indireta. Assim, se ela for eleitoral, impõe-se a definição dos novos titulares de forma direta, a não ser que restem no máximo seis meses do mandato, caso em que deve ser indireta. Se a causa não for eleitoral, a decisão tem de respeitar o que estabelecer o ente federativo e, caso inexistir previsão na lei, a Justiça Eleitoral decidirá nos termos do Código Eleitoral, ou seja, determinará a eleição indireta se restar um semestre de mandato.

Ao serem comparadas com a previsão constitucional da eleição indireta para a Presidência presente no art. 81, § 1º, que não cita a diferenciação conforme a causa, essas definições – especialmente a inovação legislativa ocorrida em 2015 e a interpretação a ela atribuída pelo STF na ADI 5.525/DF – evidenciam o quanto ela se distingue do desenho institucional vigente para as unidades da federação configurando a exceção na exceção, sempre associada à eleição indireta.

Como o texto demonstrou, a previsão do art. 81 suscita ao menos dois campos de reflexão. O primeiro diz respeito à insatisfação com sua determinação, o que foi agudizado pela crise de

2017. Nesse contexto foram articuladas duas alternativas para não adotá-la: a mudança do texto constitucional e a não aplicação por meio da distinção conforme a causa da dupla vacância ou por meio de mutação constitucional. Nenhuma delas foi bem-sucedida, e a previsão continua em vigor embora nunca tenha sido necessário aplicá-la nos seus mais de 30 anos de vigência.

O segundo torna evidente que não há sistematicidade no modo como o ordenamento jurídico aborda a eleição indireta. Diferentes prazos e motivações justificam a convocação de eleição indireta na comparação entre presidente, de um lado, e prefeitos e governadores, de outro. A ausência de coerência é demarcada pela previsão constitucional relativa à Presidência, que se distingue das determinações subnacionais, seja a construída pelas decisões do STF, que julga a questão como do âmbito da auto-organização dos entes federativos, seja a suscitada pela inovação legislativa ocorrida em 2015.

Desse modo, o art. 81, § 1º, da CRFB traz a regra que mais restringe o princípio da eleição direta e que mais propicia a realização da indireta, pois desde 1994 admite-a quando restar 50% do mandato (na versão original, correspondia a 40%). De igual forma, pelo entendimento do STF, não permite a distinção entre as motivações que causam a vacância. Precisamente por causa dessa maior excepcionalidade frente a um princípio – que assume com contundência e que se refere exclusivamente a cargo de tanta relevância no sistema político – mobilizou tantas disputas quando se tornou premente sua aplicação em 2017. E permanece com potencial para mobilizar, pois continua presente a possibilidade de vir a ser aplicada nos termos do texto constitucional.

Tal ausência de sistematização é compreendida no artigo como prejudicial não porque seja imperativa a adoção de modelo simétrico para todas as partes, mas porque a determinação constitucional presente no art. 81, § 1º, excepciona demasiadamente o princípio da eleição direta (sem necessidade aparente, haja vista a abertura oferecida aos demais entes federativos e os prazos distintos estabelecidos pelo Código Eleitoral) ao retirar dos eleitores a possibilidade de suprir, pela sua própria vontade, a dupla vacância da Presidência ocorrida no biênio final do mandato. Aliás, como previsto sistemicamente e sem exceção possível se a vacância se der no biênio inicial.

Nesses termos, a solução atualmente vigente para os entes federativos, especialmente quando a vacância decorre de causa eleitoral, está mais conforme aos fundamentos da CRFB que aquela prevista na própria CRFB para a Presidência, sugerindo que a mudança deve ocorrer no âmbito constitucional. Além de ampliar a previsão da eleição direta, essa mudança vai excluir uma exceção e produzir um ordenamento mais sistemático para a questão.

Sobre o autor

Alvaro Augusto de Borba Barreto é doutor em História pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Pelotas, RS, Brasil; pós-doutor em Ciência Política pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professor do programa de pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, RS, Brasil.

E-mail: albarret.sul@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. Eleições indiretas no atual ordenamento jurídico nacional: contradições, excepcionalidades e incertezas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 135-162, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p135

(APA)

Barreto, A. A. de B. (2022). Eleições indiretas no atual ordenamento jurídico nacional: contradições, excepcionalidades e incertezas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(233), 135-162. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p135

Referências

AGRA, Walber de Moura. Congresso deve aprovar emenda que libera eleição direta para presidente neste ano? NÃO. *Folha de S.Paulo*, [São Paulo], 20 maio 2017. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/opiniaio/2017/05/1885789-congresso-deve-aprovar-emenda-que-libera-eleicao-direta-para-presidente-neste-ano-nao.shtml?loggedpaywall>. Acesso em: 24 nov. 2021.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. (Teoria & Direito Público).

ANDRADE NETO, João. Proporcionalidade(s) no direito eleitoral. *Estudos Eleitorais*, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 111-133, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4230>. Acesso em: 24 nov. 2021.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=316>. Acesso em: 24 nov. 2021.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM; São Paulo: Malheiros, 2021.

AYRES, Rodrigo Santa Maria Coquillard. “Diretas Já”: a constitucionalidade de eleições diretas com a queda de Michel Temer. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 22, n. 5.075, 24 maio 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57952>. Acesso em: 24 nov. 2021.

BARBOZA, Juliana Costa. *A (in)segurança jurídica das decisões judiciais no Tribunal Superior Eleitoral: análise da cassação de mandatos por abuso de poder econômico*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em:

http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/41955/1/2019_dis_jcbarboza.pdf. Acesso em: 24 nov. 2021.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba; GARCIA, Bruno Souza. Eleição suplementar: em busca do elo perdido. *Revista do TRE-RS*, Porto Alegre, ano 25, n. 49, p. 45-75, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/8237>. Acesso em: 24 nov. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Pedro. Constitucionalismo e eleições diretas. *Justificando*, [s. l.], 22 maio 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/05/22/constitucionalismo-e-eleicoes-diretas/>. Acesso em: 24 nov. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 227, de 2016*. Prevê eleições diretas no caso de vacância da Presidência da República, exceto nos seis últimos meses do mandato. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086221>. Acesso em: 26 nov. 2021.

_____. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 24 nov. 2021.

_____. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1946]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 24 nov. 2021.

_____. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1967]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 24 nov. 2021.

_____. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 24 nov. 2021.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 nov. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 24 nov. 2021.

_____. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm. Acesso em: 24 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 687/PA*. Ação direta de inconstitucionalidade – autonomia do estado-membro – a Constituição do estado-membro como expressão de uma ordem normativa autônoma – limitações ao poder constituinte decorrente – imposição, ao prefeito municipal e respectivos auxiliares, do dever de comparecimento, perante a Câmara de Vereadores, sob pena de configuração de crime de responsabilidade [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Pará. Relator: Min. Celso de Mello, 2 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266491>. Acesso em: 26 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.057/BA*. Ação direta de inconstitucionalidade – Lei nº 6.571/94, do Estado da Bahia – dupla vacância dos cargos de governador e de vice-governador do estado – eleição pela Assembleia Legislativa para o exercício do mandato residual – matéria cuja disciplina normativa insere-se na competência político-administrativa dos estados-membros – sigilo do voto no âmbito do Poder Legislativo – excepcionalidade [...]. Requerentes: Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB

e outros. Requeridos: Assembleia Legislativa do Estado da Bahia; Governador do Estado da Bahia. Relator: Min. Celso de Mello, 20 de abril de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346795>. Acesso em: 26 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.709/SE*. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 28, que alterou o § 2º do art. 79 da Constituição do Estado de Sergipe, estabelecendo que, no caso de vacância dos cargos de governador e vice-governador do estado, no último ano do período governamental, serão sucessivamente chamados o presidente da Assembleia Legislativa e o presidente do Tribunal de Justiça, para exercer o cargo de governador [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe. Relator: Min. Gilmar Mendes, 1º de agosto de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527265>. Acesso em: 26 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.549/GO*. Ação direta de inconstitucionalidade – art. 75, § 2º, da Constituição de Goiás – dupla vacância dos cargos de prefeito e vice-prefeito – competência legislativa municipal – domínio normativo da Lei Orgânica – afronta aos arts. 1º e 29 da Constituição da República [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 17 de setembro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492850>. Acesso em: 26 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.298/TO*. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida. Lei 2.154/2009, do Estado do Tocantins. Eleição de governador e vice-governador. Hipótese de cargos vagos nos dois últimos anos de mandato. Eleição indireta pela Assembleia Legislativa. Reprodução do disposto no art. 81, § 1º, da CF. Não obrigatoriedade. Exercício da autonomia do estado-membro. Ação impropriedade. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Interessados: Governador do Estado do Tocantins; Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator: Min. Gilmar Mendes, 31 de agosto de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753886749>. Acesso em: 26 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.525/DF*. Direito constitucional e eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade. Previsão, por lei federal, de hipóteses de vacância de cargos majoritários por causas eleitorais, com realização de novas eleições. Inconstitucionalidade parcial [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Roberto Barroso, 8 de março de 2018a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751500638>. Acesso em: 26 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.619/DF*. Direito constitucional e eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade. Previsão, por lei federal, de hipóteses de vacância de cargos majoritários por causas eleitorais, com realização de novas eleições. Aplicabilidade da norma às eleições para prefeitos de municípios com menos de duzentos mil eleitores e para o cargo de senador da República [...]. Requerente: Partido Social Democrático – PSD. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Roberto Barroso, 8 de março de 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314936190&ext=.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.298/TO*. 1. Ação direta de inconstitucionalidade – ADI. Petição inicial. Emenda antes do julgamento do pedido de liminar. Admissibilidade. Revogação da lei originalmente impugnada. Lei nova que, na pendência do processo, reproduziria normas inconstitucionais da lei revogada. Aproveitamento das causas de pedir. Economia processual [...]. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Interessados: Governador do Estado do Tocantins; Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator: Min. Cezar Peluso, 7 de outubro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606294&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em: 26 nov. 2021.

CASILHOS, Angelo Soares. Eleição indireta para presidente e para vice-presidente da República. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 23, n. 5.644, 14 dez. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64245>. Acesso em: 24 nov. 2021.

CHAVES, Ângelo Harrison Queiroz. *Anulação de votos pela justiça eleitoral e aplicação do art. 224 do Código Eleitoral*: uma análise à luz do princípio da soberania popular. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito e Processo Eleitoral) – Universidade Estadual Vale do Acaraú, Fortaleza, 2009. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/804?locale-attribute=pt_BR. Acesso em: 25 nov. 2021.

COSTA, Rennan Gustavo Ziemer da. *A incompatibilidade do princípio da simetria com a Constituição brasileira*: repensando o federalismo brasileiro sob a perspectiva da auto-organização do estado-membro e da eleição para governador em caso de dupla vacância. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/61885>. Acesso em: 25 nov. 2021.

FERREIRA, Rodrigo Fernandes de Moraes. Eleição direta em caso de vacância da presidência da República é inconstitucional. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 1º jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-01/rodrigo-ferreira-eleicao-direta-presidente-inconstitucional>. Acesso em: 25 nov. 2021.

FRAZÃO, Carlos Eduardo. Aspectos controvertidos da minirreforma eleitoral de 2015: a inaplicabilidade do art. 224, § 4º, do Código Eleitoral, a eleições para o Poder Executivo. *Os Eleitoristas*, [s. l.], 6 maio 2016. Disponível em: [http://www.oseleitoristas.com.br/2016/05/06/aspectos-controvertidos-da-minirreforma-eleitoral-de-2015-a-inaplicabilidade-do-art-224-%C2%A7-4o-do-codigo-eleitoral-a-eleicoes-para-o-poder-executivo-por-carlos-eduardo-frazao/](http://www.oseleitoristas.com.br/2016/05/06/aspectos-controvertidos-da-minirreforma-eleitoral-de-2015-a-inaplicabilidade-do-art-224-%C2%A7-4o-do-codigo-eleitoral-a-eleicoes-para-o-poder-executivo-por-carlos-eduardo-fraza/). Acesso em: 25 nov. 2021.

GOIÁS. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado de Goiás*. Goiânia: Governo do Estado de Goiás, [2019]. Disponível em: http://www.gabinetcivil.goias.gov.br/constituicoes/constituicao_1988.htm. Acesso em: 25 nov. 2021.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

HENRY, Magnus. Eleições diretas para barrar a pretensão destituente. *Justificando*, [s. l.], 23 maio 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/05/23/eleicoes-diretas-para-barrar-pretensao-destituente/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

LEITE, Glauco Salomão; SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca C. As eleições diretas e a possibilidade de relegitimação do Estado brasileiro. *Justificando*, [s. l.], 1º jun. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/06/01/as-eleicoes-diretas-e-possibilidade-de-relegitimacao-do-estado-brasileiro/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

LODI, Ricardo. Eleições indiretas? Há um povo no meio do caminho... *Justificando*, [s. l.], 23 maio 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/05/23/eleicoes-indiretas-ha-um-povo-no-meio-do-caminho/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

MARANHÃO. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado do Maranhão*. São Luís: [s. n., 2020]. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70443/CE_MA_EC_%2089-2020.pdf?sequence=26&isAllowed=y. Acesso em: 25 nov. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. Eleições diretas em caso de dupla vacância: a inconstitucionalidade do art. 224, § 4º do Código Eleitoral. *Âmbito Jurídico*, São Paulo, v. 20, n. 162, 1º jul. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-162/eleicoes-diretas-em-caso-de-dupla-vacancia-a-inconstitucionalidade-do-art-224-4-do-codigo-eleitoral/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. (Biblioteca Jurídica WMF).

PARÁIBA. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado da Paraíba*. João Pessoa: [s. n., 2020]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70448>. Acesso em: 25 nov. 2021.

PEDREIRA, Rodrigo da Silva. A reprodução obrigatória do artigo 81, § 1º, da Constituição Federal nas leis orgânicas dos municípios. *Revista Jurídica Verba Legis*, Goiânia, n. 7, p. 24-35,

2012. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-go-revista-juridica-verba-legis-2012/rybena_pdf?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-go-revista-juridica-verba-legis-2012/at_download/file. Acesso em: 25 nov. 2021.

PESQUISA de matérias. Brasília, DF: Senado Federal, [20--]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>. Acesso em: 26 nov. 2021.

PIAUÍ. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado do Piauí*. Teresina: [s. n., 2019]. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70447/CE_PI_EC_054-2019.pdf?sequence=15&isAllowed=y. Acesso em: 25 nov. 2021.

PROPOSTAS legislativas. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [20--]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>. Acesso em: 26 nov. 2021.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. A “minirreforma eleitoral” (Lei nº 13.165/2015) e as eleições suplementares no caso de dupla vacância dos cargos de chefe do Executivo e seu vice. *Revista de Direito da Amazônia*, Manaus, v. 1, n. 1, p. 1-18, 2020. Disponível em: <https://rda.tjam.jus.br/ojs-3/index.php/DireitoAmazonia/article/view/5>. Acesso em: 25 nov. 2021.

REIS, Palhares Moreira. *As eleições indiretas no Brasil*. Recife: Ed. Universidade Federal de Pernambuco, 1999. 2 v.

REZENDE, Renato Monteiro de. É constitucional a PEC das diretas? Análise da conformidade da PEC nº 67, de 2016, com o art. 60, § 4º, da Constituição. *Boletim Legislativo*, Brasília, DF, n. 64, p. 1-18, maio 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol64>. Acesso em: 25 nov. 2021.

ROMANO, Rogério Tadeu. Uma proposta inconstitucional. *Revista Jus Navigandi*, [Teresina], jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58310/uma-proposta-inconstitucional>. Acesso em: 25 nov. 2021.

SARMENTO, Daniel. Eleições presidenciais (in)diretas, a ADI 5.525 e o espírito da Constituição cidadã. *JOTA*, [São Paulo], 31 out. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/eleicoes-presidenciais-indiretas-adi-5-525-e-o-espírito-da-constituicao-cidada-31102016>. Acesso em: 25 nov. 2021.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as Constituições*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília, DF: Ed. UnB, 1996.

SERGIPE. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado de Sergipe*. 9. ed. Aracaju: Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, 2019. Disponível em: https://al.se.leg.br/arq_transparencia/arq_constituicao/constituicao_estadual_2019.pdf. Acesso em: 25 nov. 2021.

SILVA, Marcos Mairton da. Eleições diretas e emenda constitucional: reflexões acerca de eventual emenda à Constituição para que a eleição presidencial seja direta no caso de vacância do cargo após dois anos de mandato. *Jusbrasil*, [s. l., 2017]. Disponível em: <https://marcosmairton.jusbrasil.com.br/artigos/460716085/eleicoes-diretas-e-emenda-constitucional>. Acesso em: 26 nov. 2021.

SOUZA, Bruno Cezar Andrade de. A inconstitucionalidade da nova redação do artigo 224 do Código Eleitoral. *Justiça Eleitoral em Debate*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 48-61, set./dez. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5328>. Acesso em: 26 nov. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53>. Acesso em: 26 nov. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: _____. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 205-229.

TOCANTINS. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado do Tocantins*. [Palmas: s. n., 2019]. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70431/CE_TO_EC_038-2019.pdf?sequence=18&isAllowed=y. Acesso em: 26 nov. 2021.

VIEIRA, José Ribas; BERNER, Vanessa Batista; EMERIQUE, Lilian Balmant; SILVA, Carolina Machado Cyrillo da; GOMES, Fabiano Soares. Defesa constitucional das #DiretasJá. *Justificando*, [s. l.], 29 maio 2017. Disponível em: <https://www.justificando.com/2017/05/29/defesa-constitucional-das-diretasja/>. Acesso em: 26 nov. 2021.

VIEIRA, José Ribas; SILVA, Diogo Bacha e; DANTAS, Fernanda Lage Alves. Vacância presidencial em tempos de ruptura institucional: a defesa do projeto constitucional democrático de 1988. *JOTA*, [São Paulo], 26 maio 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/vacancia-presidencial-em-tempos-de-ruptura-institucional-26052017>. Acesso em: 26 nov. 2021.

Da pessoa e para a pessoa

A regulação jurídica dos algoritmos

CÍNTIA BRUNETTA

ANDRE STUDART LEITÃO

EDUARDO ROCHA DIAS

Resumo: Este trabalho pressupõe que as novas tecnologias inauguram uma ordem social reconhecidamente escrava de números e dados. Com base em análise bibliográfica e qualitativa, busca-se inicialmente evidenciar o que são os algoritmos utilizados nos processos decisórios modernos e automatizados, e como eles sofrem influência dos humanos que os desenvolveram. Em seguida, analisa-se como máquinas e algoritmos podem ser utilizados em processos de recrutamento de trabalhadores e seleção de beneficiários de programas sociais, e como isso pode levar a decisões enviesadas e inadequadas. Posteriormente, ressalta-se a necessidade de controlar as novas tecnologias e questiona-se o caráter determinista das concepções que julgam inexorável sua adoção. Por fim, conclui-se pela necessidade de regulação jurídica dos algoritmos e de introdução de um elemento ético no debate e nos momentos de avaliação da inteligência artificial com vistas a minimizar os riscos de violação do sigilo, de controle exagerado, de discriminação, entre outros.

Palavras-chave: algoritmos; processos decisórios automatizados; novas tecnologias; riscos; regulação jurídica.

From the person and for the person: legal regulation of algorithms

Abstract: This article is based on the understanding that the new technologies inaugurate a social order that is admittedly slave of data and numbers. At first, after a bibliographic review and a qualitative analysis, it has sought to demonstrate what are the algorithms used on the automated decision-making systems and how they are influenced by the humans that were responsible for its formulation. After that, it is analyzed how algorithms and electronic machines can be used in recruitment processes and social assistance recipients' selection and how this can lead

Recebido em 25/1/21

Aprovado em 5/3/21

to biased and inappropriate decisions. Thereupon, it is emphasized the need of a human control of the new technologies, and it is disputed the deterministic logic that preach the inexorability of its adoption. Finally, it has concluded that there is a need for legal regulation of algorithms and for the insertion of an ethical element on the debate and the evaluation of artificial intelligence, with a view to minimizing the risks of confidentiality violations, excessive control, and discrimination, among others.

Keywords: algorithms; automated decision-making systems; new technologies; risks; legal regulation.

1 Introdução

Maria era órfã de pai. Residia num bairro periférico de uma grande metrópole. Sua mãe chamava-se Francisca e era empregada doméstica sem registro formal, pois receava ser excluída do rol de beneficiários de um programa de transferência de renda. Conquanto tivesse ciência da irregularidade, Francisca insistia em ocultar a renda de seu trabalho, sob o (nobre) pretexto de que aquelas dezenas de reais fariam a diferença no futuro de sua única filha.

Tinha orgulho de Maria, vívida menina negra de olhos atentos que sempre se destacou por onde passava. Maria, que precisou amadurecer desde muito cedo, fez à mãe um pedido ainda criança: queria estudar numa escola particular; tinha consciência de que a realização do sonho de ser advogada dependeria de muito esforço e de que uma escola de qualidade contribuiria com recursos que jamais poderiam ser proporcionados pela rede pública de ensino.

A decisão de Francisca sobre investir no plano de Maria – que era tornar-se “doutora” – talvez tenha sido inconsequente, pois empurrou-a para o túnel da escassez. A exaustiva rotina de outrora ganhou um terceiro turno. Mesmo com tanto esforço, as contas domésticas permaneciam atrasadas, do que resultou seu registro em cadastros de restrição ao crédito. A inadimplência crônica fez de Maria uma estudante trabalhadora. Com isso, as medalhas de desempenho escolar foram substituídas pelo alívio de encerrar o mês sem dívidas. Ainda assim, ela obteve sucesso no Exame Nacional do Ensino Médio e foi selecionada como beneficiária do programa de financiamento universitário.

Pouco tempo depois de Maria tornar-se universitária, Francisca foi acometida por uma deficiência súbita que impôs uma nova realidade à

família. Como a mãe já não tinha aptidão física para o trabalho, restou à filha o encargo de a tudo prover. Maria nunca abdicou da ideia de diplomar-se, mas sabia que sua trajetória universitária não passava de um minúsculo pedregulho que apenas seguia o fluxo da correnteza. A despeito do inegável esforço para chegar ao final de uma extraordinária jornada de superação, Maria colou grau sem mérito algum e tornou-se uma advogada inexpressiva, com reduzidas chances de conquistar uma posição no concorrido mercado de trabalho.

Já “doutora”, Maria cadastrou seu currículo em inúmeros canais de (re)colocação profissional. Consciente de sua invisibilidade para o Direito e da mediocridade de seu currículo, fiava-se à possibilidade de convocação para uma entrevista. Sua expectativa era comover os entrevistadores com a sua fabulosa história de superação. Enquanto isso, a “doutora” Maria continuaria acumulando as funções de diarista e garçone.

Infelizmente, Maria nunca teve o privilégio de narrar a epopeia de sua vida para um entrevistador. Os filtros contemporâneos das seleções profissionais, realizadas por algoritmos de inteligência artificial (IA), consideraram que o currículo de Maria não era suficientemente competitivo.

No mundo do trabalho, algoritmos já são utilizados, além do recrutamento de pessoal, no monitoramento e na vigilância de trabalhadores, o que permite aferir seu desempenho por meio de instrumentos analíticos de coleta e processamento de dados, inclusive os chamados *big data* (DE STEFANO, 2019, p. 10), hábitos de consumo e até probabilidade de doenças (SOPRANA, 2018). Nem sempre há transparência na forma como esses instrumentos são utilizados (DONEDA; MENDES; SOUZA; ANDRADE, 2019, p. 100). Se por um lado permitem o surgimento de formas mais flexíveis

de trabalho – seja a chamada *gig economy*, seja o teletrabalho –, por outro geram preocupação por instaurar um novo fator de cobrança e de estresse para os trabalhadores, sem falar no risco de sua substituição por máquinas e programas de computador (HARARI, 2018, p. 53).

Disso resulta um questionamento basilar: o *homo sapiens* ainda pode ser considerado a personagem mais importante do enredo global? Existem fortes indícios de que o protagonismo humano está sob ameaça. Em tempos de indústria 4.0, nos quais máquinas se comunicam entre si (*machine to machine e internet of things*) e reivindicam autonomia e liberdade inéditas, uma nova religião, destituída de crença e de conteúdo valorativo, irrompe entre as espécies: o dataísmo, a religião de dados (HARARI, 2016, p. 369).

A comunidade internacional passa por um momento crítico de descontinuidade (GIDDENS, 1991, p. 14) de implicações complexas e resultados absolutamente imprevisíveis. O niilismo da era cibernética e seus algoritmos conferem às relações sociais uma neutralidade que a um só tempo agrada pela imparcialidade, celeridade e precisão de diagnósticos dos mais variados tipos; e desagrada pela impassibilidade de seu processamento puro e indiferente às experiências humanas.

O humanismo santificou a vida, a felicidade e o poder do *homo sapiens* (HARARI, 2016, p. 62). Graças a esse movimento intelectual, a humanidade passou a valorizar-se e desenvolver suas potencialidades. Apesar de não ser necessariamente anti-humanista, a religião de dados desconhece valores, é indiferente a sentimentos. Não rejeita, mas ignora noções como afeto, amor, entusiasmo, tristeza, solidariedade, compaixão, piedade. Não existe nada além de retidão, “otimalidade” e maximização do máximo (*maxmax*). O dataísmo não venera deuses nem o homem – venera dados (HARARI, 2016, p. 320).

Em contrapartida, segundo uma percepção apriorística limitada ao óbvio, o ecossistema cibernético sinaliza a mais perfeita representação de um oásis de lucratividade e prognose. Com efeito, a planta digital e a interconexão de dados aumentam a produção, reduzem o *overhead* e conferem ao negócio previsibilidade e uma inacreditável expectativa de controle, livre de desvios, erros e imprevistos humanos – afinal, todos têm consciência de que o homem é defeituoso.

Não há dúvida de que a progressiva integração das máquinas aos meios de produção levará à readequação dos parâmetros clássicos do capitalismo e ao esvaziamento progressivo da mais-valia. Quando a mão de obra se tornar um elemento dispensável, não haverá mais motivo (algum) para o capital insistir em sua exploração. A autoestrada do avanço tecnológico conduz à exclusão do homem do ciclo produtivo e à eliminação de qualquer ingrediente ético na economia capitalista. O homem não pode subjugar o homem, nem lhe impor condições degradantes de trabalho, mas pode criar algoritmos de processamento que eliminem a necessidade do trabalho humano.

É verdade que quaisquer previsões, otimistas ou apocalípticas, não passam de conjecturas e suposições; porém, existem indícios robustos de que o século XXI resolverá o problema da exploração e agravará o problema da exclusão.

Este ensaio tem como pressuposto a ideia de que as novas tecnologias inauguram uma ordem social em ebulição destituída de componentes valorativos e reconhecidamente escrava de números e dados. Essa temática de fundo envolve duas perspectivas importantes: a primeira trata da relação evidente entre a automação e a obsolescência do homem; e a segunda, escopo principal desta pesquisa, tem viés tecnocognitivo e diz respeito ao modo como as máquinas processam informações ingenuamente entregues

pelas próprias vítimas. Isso se dá, *v.g.*, por meio de histórico de compras e de navegação, cadastros de currículos e perfis de redes sociais. A compilação de tantas informações culmina com um inventário minucioso, transparente e potencialmente excludente. É certo que o que está na rede permanecerá no mundo para sempre; afinal, diferentemente do homem, as máquinas não esquecem nunca. E é dessa forma que os algoritmos perpetuam a desigualdade social (PEIRÓ, 2018).

Mediante análise bibliográfica e qualitativa, busca-se de início evidenciar o que são os algoritmos e como eles sofrem influência dos humanos que os desenvolveram. Em seguida, analisa-se como máquinas e algoritmos podem ser utilizados em processos de recrutamento de trabalhadores e seleção de beneficiários de programas sociais, e como isso pode levar a decisões enviesadas e inadequadas. Por fim, ressalta-se a necessidade de um controle humano para as novas tecnologias e questiona-se o caráter determinista de concepções que acreditam ser inevitável sua adoção e defendem medidas apenas mitigadoras para lidar com elas, como a instituição de uma renda básica universal. Destaque-se que o Direito pode contribuir para afirmar uma dimensão da dignidade da pessoa, que deve ser protegida dos riscos decorrentes dessas tecnologias.

2 Por trás das máquinas e para além delas

Embora o senso comum os associe à modernidade e a processos relacionados à IA, os algoritmos foram nomeados há mais de dez séculos e ditam, desde o início da humanidade, a maneira como as decisões são tomadas.

Os algoritmos não são utilizados apenas para processamentos complexos: também auxiliam

na busca de respostas para simples questões de rotina. O que deve ser feito? Qual é o melhor momento para pedir um aumento ao chefe ou decidir engravidar? Até que ponto os pais devem tolerar a desordem dos filhos?

Segundo uma definição mais abrangente, os algoritmos caracterizam uma sequência de passos finitos e não ambíguos (frutos ou não do processo de *decision-making* humano) que levam a um resultado esperado. Para o mesmo problema, segue-se o mesmo procedimento. Trata-se, pois, de fórmulas, receitas ou caminhos que conduzem a uma solução específica e que são formatados com base nas primeiras percepções do mundo e nas mais primitivas interações do homem com o ambiente. Por meio de fórmulas construídas de modo intuitivo, enquanto o bebê aprende como deve agir para ser atendido com brevidade pela mãe, a criança (em plena fase dos *terrible two*) define as melhores estratégias para a satisfação de suas múltiplas vontades. Seguindo a mesma lógica, algoritmos de comportamento social ocasionalmente instituem um padrão estético e definem as preferências físicas de parceiros potenciais.

Algumas dessas fórmulas originam-se num ponto definido ou transmitem-se pela tradição oral ou escrita. Contudo, a maior parte delas é criada com base em resultados (bem-sucedidos ou não) das interações sociais e ambientais. Ao estigmatizar o outro e categorizar os fatos, conscientemente ou não o homem atribui pesos distintos aos componentes sociais.

Nesse contexto, saliente-se que a impureza da codificação algorítmica não decorre apenas de inclinações explícitas. Ainda que seja uma pessoa extraordinariamente neutra, o projetista tem preferências implícitas que não podem ser controladas e que afetam a dinâmica social. A percepção de que preconceitos inconscientes também orientam decisões diárias socialmente relevantes serviu como base para um projeto da

Universidade de Harvard fundado em 1998 – o Project Implicit. Seu escopo essencial consiste em chamar a atenção para os preconceitos escondidos, situados fora da esfera consciente e de controle do indivíduo. A pesquisa é realizada por meio de testes sobre diferenças interpessoais: pele clara-escura, gordo-magro, jovem-velho, preto-branco, deficiente-não deficiente, homossexual-heterossexual, entre outras.

De acordo com alguns dados extraídos do projeto, o racismo em nível individual pode ser considerado elemento-chave em algoritmos inseridos em diversos modelos decisórios ao redor do mundo. Essa categoria de discriminação é baseada em subsídios falsos, incompletos ou generalizados. Independentemente de advirem da experiência pessoal ou de narrativas de terceiros, os resultados não só indicam a crença generalizada de que pessoas com certas características já se “comportaram mal” como também geram uma predição binária de que todos os indivíduos de determinada etnia, por exemplo, se “comportarão mal” também (O’NEIL, 2016, p. 22-23). Desnecessário dizer, nesse caso, que racistas não passam um longo tempo buscando dados confiáveis para atualizar ou treinar seus modelos distorcidos de percepção do outro.

Embora os algoritmos tenham sempre estado presentes no cotidiano, o alcance de eventuais influências preconceituosas e erráticas em sua formulação dificilmente ultrapassa o círculo social. Com efeito, ainda que se trate de um profissional de recrutamento em empresas ou em universidades, existe em regra uma flexibilidade subjetiva que autoriza uma margem de distanciamento das próprias concepções, sobretudo na interação presencial.

Todavia, o problema agrava-se quando estão presentes o processo de *decision-making* humano, a matemática e a tecnologia. Passa-se, então, a calcular e a prever a confiabilidade, o interesse, os movimentos, os hábitos consume-

ristas etc. de estudantes, trabalhadores, amantes e criminosos com a consolidação de números realizada por matemáticos e estatísticos que sequer conhecem os destinatários finais dos sistemas. Não raro, em vez de buscar a verdade, os resultados a personificam e forjam paradigmas sociais supostamente repletos de qualidades.

Os algoritmos matemáticos e estatísticos são refinados, complexos e incrivelmente úteis. Em sua maioria, são auxílios invisíveis que instrumentalizam a vida humana de incríveis maneiras. No entanto, algumas vezes a aplicação de um algoritmo criado com a melhor das intenções leva a consequências não desejadas.

De fato, uma decisão alcançada com o uso de um algoritmo não a torna necessariamente confiável e adequada, assim como respaldar uma tese por meio da coleta de dados estatísticos não a transforma automaticamente em verdadeira. Para criar um modelo decisório (algoritmo), fazem-se escolhas sobre o que é importante. O mundo é simplificado para uma versão portátil facilmente compreendida, mediante a qual se podem inferir fatos e ações relevantes. Espera-se que esse algoritmo maneje apenas um único trabalho, e eventualmente toleram-se “pontos cegos”, que nada mais são que reflexos do julgamento e das prioridades do seu criador (O’NEIL, 2016, p. 20-21).

Pretende-se dizer com isso que, em última instância, os rótulos cibernéticos não passam de um legado (etéreo) do fenótipo humano. As máquinas não ponderam: processam alguma coisa com inacreditável eficiência e neutralidade, e com o emprego de códigos (defeituosos) concebidos pelo homem (DONEDA; MENDES; SOUZA; ANDRADE, 2019, p. 99).

Compreender a máquina como um produto humano é pressuposto fundamental para a avaliação dos impactos da IA nos ambientes sociais. Se o dataísmo venera dados e é indiferente a elementos valorativos, não é ele o responsável pela

categorização de pessoas e definição de padrões de condutas. Por trás da máquina, existe um arquiteto de carne e osso, nascido e crescido em meio ao caos, com uma visão de mundo repleta de preferências e preconceitos (implícitos ou não). Em síntese, enquanto as linhas de código são binárias e neutras, quem as escreve não o é: “[w]e don’t see our world as it really is, we see our world the way our bias allows us to see it” (BRAINARD, 2017). O risco é que algoritmos e máquinas apenas reflitam os vieses de seus programadores humanos, concentrando-se em ideias relacionadas, por exemplo, ao aumento da produtividade e do desempenho no trabalho, com a discriminação de candidatos a uma vaga de emprego ou trabalhadores com deficiências ou características destoantes das expectativas dos programadores (DE STEFANO, 2019, p. 13). A própria ausência de diversidade em empresas de alta tecnologia, com o predomínio de homens jovens e brancos, pode fazer com que instrumentos de IA, de forma deliberada ou não, incorporem suas perspectivas e visões de mundo.

Entretanto, as linhas mestras que definirão o modo de processamento dos algoritmos não dependem exclusivamente de preferências e preconceitos humanos. Existe também um elemento inumano decisivo: a maximização do lucro. Isso não significa que a invasão algorítmica nunca tenha sido utilizada em proveito da humanidade; apenas significa que alguém lucrou com ela, e que a potencialidade lucrativa foi sua principal motivação. Qualquer discurso de veneração à vida e à dignidade não passa de verborragia ideológica.

Para além das máquinas o enredo não é muito diferente. Considerando que boa parte das construções algorítmicas gravita em torno da lucratividade e que o lucro pressupõe a venda de uma mercadoria (ou de um serviço), na maioria das vezes existe alguém interessado em comprar uma facilidade ou uma nova oportunidade de

lucrar. Pode-se dizer, pois, que a humanidade delegou às máquinas quase tudo, exceto as tarefas de criar e de explorar economicamente os louros da revolução informática.

3 As máquinas e os algoritmos

A democratização e a expansão da *world wide web* no Brasil aconteceram ao longo das décadas de 1990 e 2000. Nos primórdios, o acesso ao mundo virtual representava a mais lídima e autêntica manifestação do *eu*. Protegidas pelo anonimato (ocultação da identidade) e pela grandiosidade da rede, as pessoas, desprovidas de receios e pudores, navegavam e mantinham compromissos sem rosto (GIDDENS, 1991, p. 92), frágeis e aleatórios: se não podes olhar, não vê; se não podes ver, não repara¹.

Graças aos eficientes mecanismos de controle, na atualidade não há mais navegadores incógnitos. Os indivíduos agora são identificados, categorizados, ranqueados e rotulados em centenas de modelos e algoritmos a partir do momento em que passam a revelar suas preferências e padrões.

Nesse primeiro estágio, a ideia da apreensão de dados dos usuários e da utilização de algoritmos cada vez mais complexos nos ambientes de interação cibernética era aparentemente interessante e ingênua: tornar mais atrativa a internet por meio da personalização da experiência.

Os sites de busca (Google, Yahoo etc.) passaram a usar fórmulas refinadas capazes de recuperar resultados com base em padrões de conduta. Quanto maiores os interesses do usuário destacados na primeira página da pesquisa, maior era o incentivo para a “fidelidade” ao mecanismo de busca. Afinal, um bom buscador não tenta resgatar páginas que melhor coincidam com as palavras inseridas pelo usuário; ele tenta responder ao que não foi perguntado.

Ao conceber o Facebook, Mark Zuckerberg pretendia formular uma espécie de algoritmo de amizade, traduzindo para a matemática os complexos e variados elementos que justificam a atração entre indivíduos. Ao se inscrever na rede social, o usuário já fornecia os dados básicos para sua alocação na teia interativa e logo percebia que, quanto mais dados fornecesse, mais personalizada e única seria a experiência.

Com o tempo, os algoritmos ficaram mais sofisticados e audaciosos. Não se tratava apenas de uma interação apazível entre pares e de um retorno eficiente de busca. Passou-se a perceber a potencialidade de uma vida virtual personalizada. A propósito disso, é de Mark Zuckerberg

¹ Atribuiu-se o sentido negativo ao de uma passagem do romance *Ensaio sobre a cegueira*, de Saramago (1995, p. 4): “Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara”.

(apud SAIIDI, 2017) a célebre afirmação de que “[a] squirrel dying in your front yard may be more relevant to your interests right now than people dying in Africa”.

Em 2011, o ativista Eli Pariser forjou a expressão *filtros-bolha* para traduzir o fenômeno de individualização que vinha sendo gerado pelo uso de algoritmos na rede mundial de computadores. Os filtros-bolha seriam um estado de isolamento intelectual baseado na seleção algorítmica com suporte em informações sobre o usuário, padrões de cliques anteriores e históricos de buscas. Como resultado, as pessoas afastavam-se das informações com as quais não concordavam, ou seja, a consequência era o isolamento do indivíduo em bolhas intelectuais e culturais. A percepção limitada do mundo virtual levou o usuário a acreditar que a sua opinião era dominante, o que tornava a experiência na rede extremamente agradável (PARISER, 2011).

Sem embargo, a estratégia de personalização virtual não visava exclusivamente à satisfação e ao deleite dos navegadores. Os filtros-bolha são parasitas de dados: moldam-se de acordo com informações – cada vez mais específicas – disponibilizadas voluntariamente pelo usuário, por meio de compras on-line, assinatura de termos de concordância, postagem de fotos, compartilhamento de contatos.

Evidentemente, num segundo momento as empresas passaram a usar essas informações com fins comerciais: ora promoviam um produto, ora manipulavam interesses mediante destaques de certas informações nos retornos de busca. Essa foi a lógica do lucro que conduziu a primeira ideia de utilização de algoritmos.

À medida que os bancos de dados sobre todos os usuários da rede mundial de computadores foram crescendo, o potencial inexplorado de utilização de informações voluntariamente (e mesmo conscientemente) compartilhadas ficou cada vez mais claro e atraente.

A atual tecnologia é excepcionalmente boa para navegar em universos finitos com regras bem definidas. Por essa razão, campeões de xadrez, dama ou pôquer podem ser desafiados ou mesmo vencidos por algoritmos. Porém, não se pode exigir que um algoritmo no Facebook, por exemplo, determine sozinho se dado artigo contém propaganda ou verdade (O’NEIL, 2016, p. 199). Também não há como exigir que ele interprete dados objetivos referentes a um certo contexto social.

O mundo cibernético, sem fronteiras e com inúmeras possibilidades utópicas, incentiva o compartilhamento desenfreado de informações pessoais. A realidade, desse modo, está sobrecarregada de sentinelas digitais que coletam dados, fazem inferências sobre comportamentos e controlam o acesso a recursos. Na fábrica da vida social, estão elas tão intimamente entrançadas que, na maioria das vezes, os indivíduos não

conseguem notar que estão sendo vigiados e analisados.

Todos habitam esse novo regime de dados digitais, mas nem todos o vivenciam da mesma maneira. É como membros de grupos sociais, e não isoladamente, que a maioria das pessoas é marcada para o escrutínio digital. Negros, pobres, estrangeiros, grupos religiosos impopulares, minorias sexuais e outras populações oprimidas e exploradas são expostos a um fardo muito maior de monitoramento e rastreamento que grupos considerados privilegiados (EUBANKS, 2018, p. 6-7). Nos EUA, por exemplo, algoritmos são utilizados em canais de empregabilidade e recrutamento acadêmico. Além disso, foram escolhidos como modelos decisórios habilitados a calcular grau de periculosidade e de risco de reincidência, determinando a um só tempo os lugares que necessitam de mais policiamento e os grupos sociais que exigem maior vigilância. Os algoritmos também selecionam os cidadãos aptos a receber assistência social do Estado e os que dela devem ser excluídos.

Como seres supremos, esses modelos matemáticos são obscuros, exceto para os que dominam a linguagem técnica. Em virtude dessa realidade, seus vereditos escapam de uma análise crítica, mesmo quando errados ou lesivos. Por terem sido criados para avaliar quantidades significativas de pessoas (e são baratos justamente por isso), os algoritmos têm a “predisposição genética” de punir o pobre e o oprimido, ao passo que tornam o rico mais rico (O’NEIL, 2016, p. 3). A maioria das pessoas sofre com a avaliação (e exclusão) das fórmulas, e os financeiramente privilegiados continuam a beneficiar-se da indicação e interação pessoal.

Um exemplo disso são as empresas que usam cadastros em bancos de proteção ao crédito para avaliar potenciais empregados. Aqueles que pagam suas contas – o bom-senso dita – têm

mais chances de serem empregados pontuais e cumpridores dos seus deveres. Na verdade, há diversas razões para alguém acumular dívidas, poucas ligadas apenas à responsabilidade individual. Porém, a crença de que crédito ruim se relaciona com performance profissional inferior deixa fora do mercado de trabalho os que têm mais débitos e pune os desempregados com mais pobreza, tornando ainda mais difícil sua saída do cadastro de inadimplentes – um círculo vicioso. Outro exemplo emblemático encontra-se em *Weapons of Math Destruction*, obra da matemática americana Cathy O’Neil. Em 2007, o prefeito de Washington, Adrian Fenty, estava determinado a transformar as escolas públicas do município. Para isso, contratou uma especialista em reforma educacional, Michele Rhee. Em 2009, ela implementou um plano para retirar da rede professores de baixo desempenho. A ideia era utilizar um sistema de avaliação (chamado Impact) e demitir os professores mais mal classificados no ranking gerado pelo programa (O’NEIL, 2016, p. 3-4).

Sarah Wsocki, uma professora de quinta série, parecia não ter razão para preocupar-se. Ela estava na escola MacFarland Middle havia apenas dois anos, mas contava com excelentes avaliações do diretor da escola e dos pais de seus alunos. Mesmo assim, ao final do ano letivo 2010-2011, devido à avaliação de seu desempenho no Impact, Sarah foi demitida juntamente com outros 205 professores. A princípio, esse tipo de ranking por algoritmos não parecia uma espécie de “caça às bruxas” e tinha uma lógica inafastável; afinal, maus professores podem parecer bons para gestores, e um sistema automatizado reduziria drasticamente o risco de notas baseadas em preferências e preconceitos (implícitos ou explícitos) puramente pessoais.

Sarah tentou buscar explicação para a nota que considerava injusta, mas apenas desconfiava de que um dos elementos observados era

a diferença de desempenho dos alunos de um ano para o outro (independentemente da razão para essa diferença). Querendo mais detalhes, recebeu somente a resposta de que o algoritmo era complexo demais para ser divulgado. Havia suspeitas para a nota baixa que a professora recebeu, algumas delas relacionadas ao fato de profissionais serem acusados de fraudar as notas dos alunos de Sarah do ano anterior (o que implicaria a aparente redução do aprendizado constatada). Entretanto, o algoritmo não havia sido “treinado” para detectar tal anomalia nem era revisto constantemente.

Após o choque de ser demitida, a professora ficou sem emprego apenas por alguns dias. Inúmeras pessoas, incluindo o diretor e colegas da antiga escola, deram referências sólidas sobre sua atuação profissional, e Sarah rapidamente conseguiu uma posição numa escola particular bem conceituada. Assim, por consequência de um modelo questionável de avaliação, uma escola pobre perdeu uma boa professora, e uma escola rica, que não demitia pessoas baseadas em algoritmos, ganhou uma.

O fato é que, quando se olha para os modelos decisórios automatizados, amiúde se enfrenta o dilema de escolher entre eficiência e justiça (O’NEIL, 2016, p. 95) – ou, ainda mais, verdade. Por sua natureza, esses modelos tendem a favorecer a eficiência e fazem-no por uma razão bem simples: justiça é um conceito vago e difícil de quantificar e qualificar. Embora, por exemplo, os algoritmos quase já consigam julgar o que seria amizade para seus programadores (número de “curtidas” ou conexões no Facebook), quando se fala em justiça, verdade ou equidade, falta uma gama de informações e elementos que espelhem as diversas nuances do mundo real abstraídas da escolha dos que formulam os algoritmos aplicados.

Aponta O’Neil (2016, p. 7-9) que não são neutras as tecnologias de gestão de pobreza e

de grandes massas de hipossuficientes. Elas são moldadas pelo medo coletivo de insegurança política e econômica e pelo repúdio ao diferente e ao não produtivo, adequado ou ajustado socialmente. Assim, embora se reconheça que os algoritmos matemáticos e estatísticos têm grande potencial de tornar as decisões mais rápidas, justas, racionais e impessoais, urge compreender que, como qualquer processo decisório moderno, sua formulação deve vir acompanhada de necessária reflexividade.

No caso das máquinas, isso é essencialmente verdade, uma vez que sistemas estatísticos precisam de feedback (algo que os diga que estão fora de rumo) para serem aperfeiçoados. Sem feedback permanente (ou eventual), um algoritmo pode continuar rodando de forma falha e assim prejudicar análises, nunca “aprendendo” com seus erros.

De fato, o *machine learning* – cerne da IA e dos modelos algorítmicos dinâmicos – necessariamente envolve dois tipos de técnicas básicas de “aprendizado”: a supervisionada (reflexiva), que treina o modelo com dados conhecidos para que ele possa prever resultados; e a não supervisionada, que envolve a busca de padrões ocultos e estruturas implícitas nos dados recebidos.

Deixando de reconhecer que o aprendizado supervisionado é relevante para seus modelos decisórios automatizados, o homem passa a utilizar o progresso apenas em seu viés de perpetuação de preconceitos e preferências – sobretudo se o mecanismo de IA em uso é dotado de capacidade de autoaprendizagem, por meio da qual pode vir a reprogramar seus critérios e métricas com esteio numa ideia muito geral de eficiência ou de melhora da produtividade no trabalho. Estudo citado por De Stefano (2019, p. 14), relativo a trabalhadores do varejo sem vínculo permanente e sem horários fixos, mostra que um gerenciamento mediante algoritmos e baseado numa visão estreita de eficiência pode

levar a resultados subótimos para as empresas, com perdas econômicas, por desconsiderarem custos associados à instabilidade nos horários². São exemplos disso os maiores custos de execução de tarefas e a pior qualidade na reposição de estoques, sobretudo em razão do péssimo treinamento e da mais baixa motivação da mão de obra temporária. Sistemas de agendamento automático de tarefas para trabalhadores temporários falham também ao não conseguirem atribuir as tarefas disponíveis a pessoas que têm as habilidades necessárias. Trata-se de conclusão interessante no contexto brasileiro, em que a Lei nº 13.467/2017 introduziu o chamado *trabalho intermitente*.

4 Da pessoa e para a pessoa: regulando juridicamente os algoritmos

Muito da discussão recente acerca dos algoritmos parte de uma postura que pode ser denominada *tecnodeterminismo*. Ou seja, pressupõe-se que a adoção dessas tecnologias é inevitável; que elas serão em sua maior parte benéficas para os que adquirirem as habilidades necessárias para lidar com elas, incluindo os (poucos) afortunados que conseguirem manter seus empregos na era dos algoritmos; e que qualquer atitude contrária a elas (aí inclusa a regulação jurídica) significa colocar-se contra a inovação, a produtividade, a eficiência e a maximização econômica (DE STEFANO, 2019, p. 3-4).

O debate é muito centrado em aspectos quantitativos. Quantos empregos serão extintos? Quantos serão criados em virtude da IA? (HARARI, 2018, p. 51-52). Quantas pessoas conseguirão adaptar-se à nova era e trabalhar

com eficiência, inclusive em conjunto com computadores e máquinas, nas chamadas *equipes centauro* (HARARI, 2018, p. 54)? Ou por meio de robôs colaborativos, os *cobots* (DE STEFANO, 2019, p. 9), que mantêm interação física com um usuário humano num ambiente de trabalho compartilhado? Quanto tempo será necessário para retrainar a mão de obra, de modo a evitar inclusive o estresse associado a uma vida constante de mudanças e instabilidades? (HARARI, 2018, p. 56).

A legislação e a atuação governamental poderiam retardar o processo, mas não evitá-lo. Para sociedades e economias pós-trabalho, uma das respostas aventadas é a proteção da pessoa por meio do oferecimento de uma renda básica universal que vise “proteger os humanos e não os empregos” (HARARI, 2018, p. 61).

No entanto, mesmo que se consiga chegar a um consenso e definir de forma aceitável o que é *básica* e o que é *universal*, as abordagens mais neoliberais sobre essa renda pressupõem que ela substituiria outros esquemas de proteção social, como a seguridade social e a assistência à saúde, bem como a própria regulação laboral (DE STEFANO, 2019, p. 20). O autor destaca que essa pressuposição se assemelha à existente em outras iniciativas liberais, como a chamada *flexicurity* (“flexisegurança”), de matriz escandinava, em que há proteção do mercado, e não proteção do emprego, com medidas que não só flexibilizam a dispensa de empregados, diminuindo a proteção à demissão arbitrária, mas também garantem aos demitidos uma renda mínima por meio de benefícios de desemprego e de políticas ativas de treinamento e recolocação profissional.

Muito se discute se uma abordagem mais qualitativa não seria necessária e se o Direito poderia contribuir para esse enfoque sob a óptica da teoria dos direitos fundamentais e mesmo de direitos humanos. Com efeito, e ainda na perspectiva do Direito do Trabalho, não se

² O estudo, realizado na Califórnia, pode ser encontrado em Williams, Lambert, Kesavan, Fugiel, Ospina, Rapoport, Jarpe, Bellisle, Pendem, McCorkell e Adler-Milstein ([2018?]).

pode permutar a garantia de uma renda mínima com a necessidade de proteção na relação de emprego em face da automação e das novas tecnologias, sobretudo no que diz respeito à violação da vida privada por meio da intrusão do empregador – que coleta dados sensíveis relacionados ao trabalhador –, dos excessos nos controles de produtividade e da submissão dos trabalhadores humanos a critérios de aferição de desempenho definidos exclusivamente por máquinas ou algoritmos.

No caso dos trabalhadores, a justificativa para a defesa de uma abordagem com base na teoria dos direitos fundamentais e nos direitos humanos reside não apenas na assimetria econômica entre eles e os empregadores, mas nas prerrogativas empresariais de direção do trabalho e de coleta de dados. Limitar e tornar racional o exercício de tais poderes privados de forma a proteger a dignidade do trabalhador atrai, pois, a incidência do discurso dos direitos (DE STEFANO, 2019, p. 21).

Os arts. 13 e 14 da polêmica³ Convenção 158/1982 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – que dispõe sobre o término da relação de emprego por iniciativa do empregador – preveem procedimentos a serem adotados no caso de iniciativas patronais que levem ao término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. São presumidas informações pelos representantes dos trabalhadores sobre “os motivos dos terminos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados [...] e o período durante o qual seriam

efetuados esses terminos”, com a possibilidade de tais representantes formularem consultas “sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os terminos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os terminos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos” (BRASIL, [2019]).

Também se prevê uma notificação à autoridade nacional competente “comunicando-lhe a informação pertinente incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos terminos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses terminos” (BRASIL, [2019]).

Então, não há um vazio normativo relacionado aos efeitos de novas tecnologias sobre os empregos, muito embora se possa questionar a eficácia e a suficiência desse instrumento internacional de proteção.

Além de mecanismos que visam facilitar a negociação coletiva e o diálogo referente à adoção de medidas que afetem empregos por causa de novas tecnologias, o uso de algoritmos para a avaliação de desempenho e a coleta de dados de trabalhadores deve ser regulado de forma a: (i) tornar transparentes e conhecidos das partes envolvidas os critérios adotados; (ii) evitar intrusões indevidas na intimidade e na vida privada; (iii) garantir uma revisão dos critérios e dos resultados feita por pessoas; e (iv) evitar aumento de estresse e riscos ocupacionais decorrentes do uso de tais instrumentos de IA (DE STEFANO, 2019, p. 27-28).

No âmbito da União Europeia, o Comitê Econômico e Social Europeu emitiu um parecer sobre IA – em especial suas conseqüências para o mercado único (digital), a produção, o consumo, o emprego e a sociedade – com uma abordagem favorável a um comando humano (*human-in-command approach*) “cujas condi-

³ Após ser aprovada no Brasil pelo Decreto legislativo nº 68/1992 e promulgada pelo Decreto nº 1.855/1996, a Convenção 158 da OIT foi denunciada em 20/11/1996 por meio do Decreto nº 2.100/1996. Posteriormente, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag) ajuizou a ADI 1.625, que questionava a denúncia do instrumento por não ter havido manifestação do Congresso. Até a presente data, não houve o julgamento dessa ação.

ções-quadro sejam o desenvolvimento responsável, seguro e útil da inteligência artificial e em que as máquinas permaneçam máquinas e estejam constantemente sob o controle de humanos” (UNIÃO EUROPEIA, 2017, p. 3). Também se preconiza a

elaboração de um código de ética para o desenvolvimento, a aplicação e a utilização da IA, para que os sistemas de IA sejam compatíveis, ao longo de todo o seu processo de exploração, com os princípios da dignidade, da integridade e da liberdade do ser humano, assim como com a diversidade cultural e de gênero e com os direitos humanos fundamentais (UNIÃO EUROPEIA, 2017, p. 4).

Apresenta-se, assim, uma base normativa que deve nortear a discussão a respeito da IA e dos algoritmos, não apenas quanto ao mundo do trabalho mas também em relação a outros domínios. Fala-se mesmo de uma “ética de dados” (*data ethics*), relacionada com o estudo dos problemas éticos decorrentes da coleta e do tratamento de grandes quantidades de dados, abrangendo questões como “a criação de perfis, publicidade, reidentificação de indivíduos, privacidade em grupo, discriminação e transparência, entre outros” (DONEDA; MENDES; SOUZA; ANDRADE, 2019, p. 107). Na verdade, conforme salientam Fortes, Boff e Ayuda (2016) em artigo sobre o direito fundamental à privacidade no ambiente cibernético, atualmente é muito difícil separar dados e informações on-line e desligados. Desde que a internet se tornou mais integrada com o “mundo real”, os dados on-line e off-line misturam-se com enorme facilidade. Os autores fazem referência a um programa de fidelidade criado por uma rede britânica de supermercados que é capaz de coletar dados de compras realizadas no “mundo real” para mapeá-los e cruzá-los com as compras realizadas pela internet (FORTES; BOFF; AYUDA, 2016).

Também se fala numa “ética dos algoritmos”, enquadrando temas relativos “à responsabilidade moral e responsabilidade de projetistas e cientistas de dados, à análise ética e à auditoria de algoritmos, juntamente com a avaliação de possíveis resultados indesejáveis resultantes do desenvolvimento de produtos e pesquisas conduzidas por essas tecnologias” (DONEDA; MENDES; SOUZA; ANDRADE, 2019, p. 107). Por fim, necessária também é uma “ética das práticas profissionais” de pessoas e organizações que lidam com processos e políticas de dados, em especial no que se refere a “questões de consentimento, privacidade dos utilizadores e uso secundário” (DONEDA; MENDES; SOUZA; ANDRADE, 2019, p. 107).

5 Conclusão

A humanidade já entregou parte considerável do mundo para máquinas dotadas de IA e alimentadas por algoritmos que foram criados por pessoas diretamente ligadas ao poder e ao *statu quo*. A questão é: como melhor entender e lidar com o que foi feito? De certa maneira, o problema com a utilização dos algoritmos tem mais a ver com o homem – que abandona a reflexividade e a dinamicidade necessária à tomada de decisões – do que propriamente com a máquina.

Algoritmos matemáticos e estatísticos são concebidos com vistas à automatização e otimização de processos decisórios diversos. Eles podem salvar vidas, tomar decisões complexas e evitar o caos; também tornam os modelos decisórios mais justos e racionais, na medida em que os mesmos critérios (fórmulas) são aplicados indistintamente a todos. Ainda assim, existe uma real preocupação: cada vez mais o controle está nas mãos de grandes corporações e governos, perpetuando preferências e preconceitos (implícitos e explícitos) pessoais, criando filtros-bolha,

eliminando escolhas e criatividade e promovendo exclusão social com base no acirramento das desigualdades. Há também um vetor oculto a guiar a construção dos novos processos decisórios automatizados que não pode ser desconsiderado: o lucro.

Além disso, as informações pessoais dos destinatários dos algoritmos (ou seu público alvo) são utilizadas de forma estática, sem revisões periódicas e sem controle (anterior, concomitante ou posterior). Simplesmente, não há previsão de mecanismos que garantam a auditabilidade dos algoritmos.

Por essa razão, o Estado está obrigado não só a partilhar seus algoritmos com os órgãos de fiscalização como também a criar junta técnica de composição democrática para definir os elementos a serem considerados para a tomada de decisão quando ela envolver beneficiários de políticas públicas, sem perder de vista a garantia constitucional da liberdade de expressão da atividade científica.

A ingerência do Estado decorre da necessidade de controlar os algoritmos, e é certo que sistemas estatísticos precisam de feedback para serem aperfeiçoados, algo que lhes diga que estão fora de rumo. Afinal, sem um feedback permanente (ou eventual), um algoritmo pode continuar rodando de forma falha e assim prejudicar análises, sem nunca “aprender” com os seus próprios erros. Uma forma de controle consiste em aumentar exageradamente o grupo-teste com o escopo de verificar se alguma anomalia surgiu durante o processo. No caso da professora Sarah, é impossível analisar sua performance com base em apenas vinte ou trinta alunos; a amostragem é pequena demais.

Por isso, defende-se que algoritmos utilizados em canais de empregabilidade e recrutamento devam estar disponíveis aos órgãos de fiscalização – com a reserva de sigilo, se for o caso –, uma vez que é responsabilidade do Estado o combate a qualquer tipo de discriminação no mercado de trabalho.

A regulação jurídica dos algoritmos e a introdução de um elemento ético no debate e nos momentos de uso e avaliação da IA são necessárias para minimizar os riscos de violação a sigilo, de controle exagerado, de discriminação, entre outros, resultantes do advento dessas novas tecnologias.

Sobre os autores

Cíntia Brunetta é mestra em Direito pela Unichristus, Fortaleza, CE, Brasil; MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil; juíza federal.
E-mail: cbrunetta@hotmail.com

Andre Studart Leitão é doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutorando em Direito na Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito da Unichristus, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal.
E-mail: andrestudart@gmail.com

Eduardo Rocha Dias é doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; pós-doutorando em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil.
E-mail: eduardordias@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

BRUNETTA, Cíntia; LEITÃO, Andre Studart; DIAS, Eduardo Rocha. Da pessoa e para a pessoa: a regulação jurídica dos algoritmos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 163-178, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p163

(APA)

Brunetta, C., Leitão, A. S., & Dias, E. R. (2022). Da pessoa e para a pessoa: a regulação jurídica dos algoritmos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(233), 163-178. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p163

Referências

BRAINARD, Michael. The impact of unconscious bias on leadership decision making. *Forbes*, [s. l.], Sept. 13, 2017. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/forbescoachesouncil/2017/09/13/the-impact-of-unconscious-bias-on-leadership-decision-making/#3cf3358a5b3f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996*. Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. [Revogado]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1855.htm. Acesso em: 31 ago. 2021.

DE STEFANO, Valerio. “Negotiating the algorithm”: automation, artificial intelligence and labour protection. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, [s. l.], v. 41, n. 1, p. 1-33, 2019. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3178233>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3178233. Acesso em: 31 ago. 2021.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 95-114.

EUBANKS, Virginia. *Automating inequality: how high-tech tools profile, police, and punish the poor*. New York: St. Martin's Press, 2018. E-book.

FORTES, Vinícius Borges; BOFF, Saete Oro; AYUDA, Fernando Galindo. O direito fundamental à privacidade no Brasil e os direitos de privacidade na internet na regulação da proteção de dados pessoais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, [Santa Maria, RS], v. 11, n. 1, p. 24-48, 2016. DOI: <https://doi.org/10.5902/1981369419706>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19706>. Acesso em: 31 ago. 2021.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

_____. *21 lições para o século 21*. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown, 2016. E-book.

PARISER, Eli. *How to pop our filter bubbles*. [S. l.]: TED, 2011. 1 vídeo (ca. 9 min). Disponível em: https://www.ted.com/talks/eli_pariser_beware_online_filter_bubbles?referrer=playlist-how_to_pop_our_filter_bubbles. Acesso em: 31 ago. 2021.

PEIRÓ, Patricia. Assim os algoritmos perpetuam a desigualdade social. *El País*, Madri, 17 abr. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/12/tecnologia/1523546166_758362.html. Acesso em: 31 ago. 2021.

SAIDI, Uptin. Why Mark Zuckerberg's new year resolution is his most important one yet. *CNBC*, [s. l.], 10 Jan. 2017. Disponível em: <https://www.cnn.com/2017/01/10/why-mark-zuckerbergs-new-year-resolution-is-his-most-important-one-yet.html>. Acesso em: 31 ago. 2021.

SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*: romance. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SOPRANA, Paula. *Big data* mostra até quando funcionário ficará doente. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 out. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/10/big-data-mostra-ate-quando-funcionario-ficara-doente.shtml>. Acesso em: 31 ago. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Comité Económico e Social Europeu. *Inteligência artificial – impacto no mercado único (digital), na produção, no consumo, no emprego e na sociedade*: parecer. Bruxelas: CESE, 2017. Disponível em: <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/artificial-intelligence>. Acesso em: 31 ago. 2021.

WILLIAMS, Joan C.; LAMBERT, Susan J.; KESAVAN, Saravanan; FUGIEL, Peter J.; OSPINA, Lori Ann; RAPOPORT, Erin Devorah; JARPE, Meghan; BELLISLE, Dylan; PENDEM, Pradeep; MCCORKELL, Lisa; ADLER-MILSTEIN, Sarah. *Stable scheduling increases productivity and sales: the stable scheduling study*. [S. l.]: University of California: University of Chicago: University of North Carolina, [2018?]. Disponível em: <https://worklifelaw.org/projects/stable-scheduling-study/report/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

A incidência da prescrição intercorrente no processo de execução

CRISTIANO GOMES DE BRITO

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar os efeitos da prescrição intercorrente no processo de execução por quantia certa contra devedor solvente, propondo a releitura de seus requisitos em face do Código de Processo Civil e das alterações promovidas pela Lei nº 14.195/2021. Demonstrar-se-á que a prescrição intercorrente consiste na inércia do credor em praticar atos visando ao recebimento do crédito, acarretando a extinção da execução. Estende-se essa possibilidade tanto à hipótese de não localização do devedor ou dos indícios quanto à de prova robusta de inexistência de bens (“suspensão-crise”). Propor-se-á a aplicação da prescrição intercorrente nas execuções cíveis comuns associadas à inexistência de bens ou à insolvência presumida do devedor, após a constatação do exaurimento de todas as medidas judiciais cabíveis. Demonstrar-se-á que o termo inicial da prescrição no curso do processo será a ciência da primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, sendo suficiente a constatação desses fatos para inaugurar o prazo *ex lege*. Por fim, comprovar-se-á a não incidência dos ônus sucumbenciais sobre as partes, nas hipóteses de reconhecimento da prescrição intercorrente, e que, nas hipóteses de solidariedade passiva, a interrupção da prescrição realizada em desfavor de um devedor solidário alcança os demais.

Palavras-chave: execução; prescrição; efeitos; requisitos; suspensão.

Occurrence of intercurrent prescription in execution proceedings

Abstract: The objective of this study is to analyze the effects of intercurrent prescription in execution proceedings for a given amount against a solvent debtor, proposing a re-reading of its requirements in the light of the Civil Procedure Code and the changes resulting from Law No. 14195/21. It will be demonstrated that intercurrent prescription consists of the creditor's

Recebido em 1/4/20
Aprovado em 31/7/20

inertia in performing acts aimed at receiving credit due, leading to the termination of the enforcement action, extending this possibility to the hypotheses of the debtor not being located or evidence or full proof of non-existence of assets (“stay of execution-crisis”). Application of intercurrent prescription in common civil execution proceedings associated with the effective inexistence of assets or presumed insolvency of the debtor will be proposed, after verification of the exhaustion of all applicable judicial measures intended to locate them. It will be demonstrated that prescription shall start during the course of proceedings when the first unsuccessful attempt to locate the debtor or attachable assets becomes known, whereby confirmation of these facts is sufficient to set the length of the period *ex lege*. Finally, it will be proven that the burden of costs shall not be due by the parties, in cases of intercurrent prescription, and that, in cases of joint and several liability, stay of execution to the detriment of a joint debtor shall extend to all other debtors.

Keywords: execution; prescription; effects; requirements; stay of execution.

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo descrever e analisar os efeitos da prescrição intercorrente no processo de execução por quantia certa contra devedor solvente, propondo releitura de seus requisitos e desdobramentos em face do Código de Processo Civil (CPC), e de sua alteração promovida pela Lei nº 14.195/2021¹. Para isso, serão apresentados o conceito, a característica e a incidência da prescrição intercorrente, as consequências de sua decretação, notadamente a extinção do processo executório e seus desdobramentos, como nos casos de litisconsórcio passivo e ônus sucumbenciais.

Registre-se que a prescrição intercorrente sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), bem como os aspectos de natureza intertemporal, de transição, não serão objeto do estudo, embora não se negue por óbvio a proceder à análise histórica e pontual naquilo que é relevante para o seu atual entendimento.

¹ Destaque-se que pontos relevantes desse diploma legal, objeto deste estudo, estão com sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.005, cujo pedido liminar e de mérito ainda não foi julgado.

Este trabalho analisa, pois, a prescrição intercorrente incidente nas execuções ajuizadas após a entrada em vigor do CPC e naquelas já em curso, desde que não iniciado o prazo de suspensão.

2 A prescrição intercorrente

Como regra jurídica universal, o exercício do direito não deve alongar-se à mercê de seu titular. O Direito é dinâmico e, para manter as relações jurídicas e conferir segurança a elas, a prescrição é um mecanismo de consolidação e estabilização das relações sociais. De outra forma, as obrigações seriam afetadas por incertezas, inseguranças e instabilidade, uma vez que, não sendo cumpridas por longos períodos, poderiam voltar a comprometer as atuais relações jurídicas. A perda do direito decorre da conduta omissiva de seu titular, que não exerceu a busca pela cumprimento da obrigação. Em decorrência dessa omissão, o sistema jurídico pune seu titular, retirando-lhe o direito de exercê-lo.

Como premissa, adota-se neste estudo a tese acolhida por Amorim Filho (1960, p. 18). De acordo com ele, exigem-se duas condições para o direito de ação: um direito atual atribuído a seu titular e uma violação desse direito. Dessa forma, a prescrição consiste na extinção da pretensão do exercício do direito decorrente de um lapso temporal (fixado taxativamente em lei), em face da inércia do seu titular, como estabelece o art. 189 do Código Civil (CC)². *In casu*, trata-se da denominada *prescrição extintiva*, em que o titular perde o direito de ação pelo decurso de tempo.

² O art. 189 do CC prevê que, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206” (BRASIL, [2021c]).

Esclarece Theodoro Júnior (2005, p. 57) que a inércia do titular não faz desaparecer o direito subjetivo descumprido pelo sujeito passivo, mas fica comprometido pela prescrição o direito de exigir em juízo prestação inadimplida. Sua relevância jurídica, com escopo de pacificar e estabilizar as relações jurídicas, é alçada a norma de ordem pública, sujeita a reconhecimento *ex officio*, uma vez que nos termos do art. 332, § 1º, do CPC o juiz poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar desde logo a ocorrência de decadência ou de prescrição (BRASIL, [2021d]). Dessa maneira, sua importância é tal que se relegam a segundo plano os interesses privados das partes, em favor da sedimentação da segurança jurídica.

Nesse sentido, aplica-se o conceito e os efeitos da prescrição extintiva à conduta omissiva do credor que, no curso do processo de execução, deixe de praticar atos para a realização do direito material ou, em caso de falha da execução, não consiga lograr êxito na execução de seu direito. Trata-se da denominada *prescrição intercorrente*, que no processo de execução consiste na inércia do credor, por certo período ininterrupto e contínuo, em praticar atos que visem ao recebimento do crédito, o que acarreta sua extinção e a perda da pretensão já iniciada. Estende-se ainda a caracterização da prescrição intercorrente à hipótese de indícios ou prova robusta de inexistência de bens do devedor, ou de sua localização, caso em que a execução não terá condições efetivas de prosseguimento, ocorrendo a “suspensão-crise”.

Verifica-se que incidem na prescrição intercorrente os mesmos conceitos, efeitos e características da prescrição prevista no direito material, distinguindo-a no momento e no local de incidência. Por essa razão, não obstante sua incidência no processo de execução, irradiar-se-á sobre o direito material ali executado o regramento jurídico da prescrição

prevista no CC, notadamente seus prazos e efeitos. Se por um lado o termo inicial da prescrição se inicia pelo nascimento do direito de ação, por outro a prescrição intercorrente terá início quando: (i) o credor se quedar, (ii) não for localizado o executado ou (iii) se constatar a inexistência de bens suscetíveis de penhora.

De forma inovadora, visto que não regulado na sistemática anterior, o CPC, alterado pela Lei nº 14.195/2021, previu essa possibilidade, bem como estabeleceu efeitos e condições. Todavia, antes de entrar nos meandros da prescrição intercorrente segundo o CPC, é necessário analisar a sua evolução no regime anterior e, sobretudo, sua maior fonte inspiradora, a prevista no art. 40 da Lei de Execução Fiscal (LEF) (BRASIL, [2014a]).

3 A sistemática da prescrição intercorrente no CPC/1973

O CPC/1973 (BRASIL, [2015a]) não fixava o prazo pelo qual o processo poderia ficar suspenso; estabelecia somente sua suspensão até que o credor requeresse seu desarquivamento e, por conseguinte, seu prosseguimento. Dessa forma, não havia previsão de quanto tempo o processo poderia ficar suspenso até que ocorresse a prescrição intercorrente. Prevalencia a sistemática de simples suspensão da execução por ausência de bens penhoráveis, o que de certa forma poderia levar à perpetuidade da execução em face da ausência de prazo de suspensão, em que ela ficaria suspensa *sine die*. A despeito da omissão legal, admitia-se a incidência da prescrição intercorrente nos casos em que o credor, por desídia, se mantinha inerte na condução do processo, como uma espécie de “abandono de causa”, desde que fosse realizada sua prévia intimação para que desse continuidade à execução.

Dadas as lacunas do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu critérios para a caracterização, as condições e os efeitos da prescrição intercorrente, sedimentando a seguinte jurisprudência: (i) suspensão a execução em razão da ausência de bens penhoráveis, não corre o prazo prescricional, ainda que se trate de prescrição intercorrente (BRASIL, 2001); (ii) para ser reconhecida a prescrição, é necessária a intimação pessoal do autor para diligenciar nos autos (BRASIL, 2014b); (iii) a prescrição intercorrente pressupõe desídia do credor que, intimado a diligenciar, se mantém inerte (BRASIL, 2012); e (iv) não tendo sido constatado comportamento negligente do credor ou abandono da causa, pois nem mesmo houve intimação pessoal dele para dar seguimento ao feito, não há como reconhecer a prescrição intercorrente (BRASIL, 2013c, 2015b).

Assim, a incidência da prescrição intercorrente não era prevista no CPC/1973: para a sua caracterização, era necessária a conduta omissa do credor em não conduzir o processo de execução. Ademais, não era causa de prescrição a inexistência de bens do devedor; ao contrário, justamente na hipótese de ausência de bens penhoráveis não se aplicava a prescrição intercorrente. Todavia, como se demonstrará adiante, a sistemática do CPC vem de encontro à do CPC/1973 e ao posicionamento do STJ: modifica radicalmente sua forma e caracteriza-a objetivamente, retirando o elemento de subjetividade das partes para o seu reconhecimento³.

³ Não estão no escopo do presente trabalho as regras de transição referentes à prescrição intercorrente entre o CPC/1973 e o CPC. Porém, é importante destacar a pacificação dessas regras realizada pelo STJ. Destaque-se que o CPC estabeleceu no art. 1.056, como regra intertemporal, que a data de vigência do Código deveria ser considerada como termo inicial do prazo da prescrição intercorrente, inclusive para as execuções em curso. Em sede de incidente de assunção de competência, o STJ pacificou esse entendimento: “1.1 Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/1973, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material

A configuração inicial prevista no CPC encontra contornos e inspiração na sistemática adotada na execução fiscal, razão pela qual é necessária a sua análise.

4 A prescrição intercorrente na execução fiscal

Visando à execução de seus créditos privilegiados, a Fazenda Pública detém um procedimento próprio e especial para a cobrança de dívidas instituído pela Lei nº 6.830/1980 (LEF).

Prevê a LEF que o juiz suspenderá o curso da execução enquanto não forem localizados o devedor ou bens sobre os quais possa recair a penhora, não correndo prazo de prescrição⁴. Estabelece ainda que, decorrido o prazo

vindicado [...]. 1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano [...]. 1.3 O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual). 1.4 O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição” (BRASIL, 2018c, p. 1).

⁴Dispõe a LEF: “Art. 40 – O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. § 1º – Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública. § 2º – Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos. § 3º – Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução. § 4º – Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. § 5º – A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda” (BRASIL, [2014a]).

máximo de um ano sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos; e, se tiver decorrido o prazo prescricional da decisão que ordenar o arquivamento, poderá de ofício reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato, depois de ouvida a Fazenda Pública (BRASIL, [2014a]).

Como se vê, haverá extinção devido à prescrição intercorrente realizada no curso da execução, diante da ausência de bens do devedor, adotando a LEF o caráter objetivo para a caracterização da prescrição, uma vez que seu requisito está vinculado ao transcurso do prazo de cinco anos sem a localização de bens ou da simples inércia do credor⁵. Em face do art. 40 da LEF, o STJ fixou o entendimento, materializado na Súmula nº 314, de que “em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente” (BRASIL, 2021f, p. 1.141).

Cumprir registrar que, não obstante a previsão legal e a sedimentação do entendimento sumulado pelo STJ sobre a prescrição intercorrente, era necessária a pacificação de específicos pontos relevantes que influenciavam na execução fiscal, v.g., o termo inicial da contagem do prazo prescricional, o que veio a ocorrer em sede de recurso repetitivo. Assim, o STJ entendeu precipuamente que o prazo de um ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens, devendo o magistrado declarar a suspensão. Entendeu ainda que, havendo ou não manifestação do credor ou de pronunciamento

⁵ Isso porque o art. 174 do Código Tributário Nacional (CTN) (BRASIL, [2013a]) prevê que a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

judicial, findo o prazo de um ano de suspensão, inicia-se automaticamente o termo prescricional. Após esse prazo, ouvida a Fazenda Pública, o juiz poderá de ofício reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato (BRASIL, 2018b)⁶.

Ao compulsar os fundamentos desse acórdão, constata-se a firme posição da Corte em definir que o prazo prescricional intercorrente flui automaticamente, sem a necessidade de intimar o credor fiscal para definir o marco inicial da contagem de prazo. Fixa-se o entendimento de que o exequente é a parte interessada na condução do processo, não devendo o Judiciário guardar em berço esplêndido e imprescritível os processos de execução fiscal; afinal, a execução fiscal é feita no interesse do credor. Assim, ela deve ser conduzida pelo credor, peticionando e requerendo as diligências que julgar necessárias, assumindo tanto a condução do processo quanto os riscos de sua inércia ao deixar os autos paralisados indefinidamente.

Como se demonstrará a seguir, esses também são os objetivos do CPC, que claramente se inspirou na LEF para dar novos contornos à execução cível; e esse relevante julgado do STJ em sede de recurso repetitivo cer-

⁶ As teses foram julgadas em sede de recurso repetitivo pela 1ª Seção do STJ, em suma, nos seguintes termos: “1 – O prazo de um ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução; 1.1 – Sem prejuízo do item anterior, nos casos de execução fiscal para a cobrança de dívida ativa de natureza tributária, depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o juiz declarará suspensa a execução. 1.2 – Sem prejuízo do item anterior, em se tratando de execução fiscal para a cobrança de dívida ativa de natureza tributária e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o juiz declarará suspensa a execução. 2 – Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de um ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, findo o qual o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato; 3 – A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de um ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera; 4 – A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos, ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial, quando o prejuízo é presumido); por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição; 5 – O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa” (BRASIL, 2018b, p. 1-2). Alguns pontos desse julgado foram aclarados em sede de embargos de declaração, sem efeitos infringentes. Ver Brasil (2019b).

tamente será o norteador das futuras decisões no âmbito da execução comum.

5 Suspensão da execução por ausência de bens penhoráveis

O processo de execução por quantia certa⁷ tem por finalidade a satisfação do crédito, mediante penhora, depósito e avaliação de tantos bens quantos bastem, com a conseguinte apropriação, por adjudicação ou alienação, e pagamento ao credor. Aplica-se *in casu* o princípio da patrimonialidade, segundo o qual somente os bens do devedor respondem pelas suas dívidas, afastada a constrição pessoal, via prisão, excetuado nos casos de dívida de alimentos, expressamente previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2021a]).

Todavia, é comum a execução não alcançar seus fins por questões incidentais que impeçam seu prosseguimento, comprometendo a satisfação do crédito pela não localização do devedor ou de bens passíveis de penhora. Observa Assis (2016, p. 711) que a falta de bens penhoráveis impede a operação do meio executório da apropriação que a lei instituiu para essa realização, porque o sistema jurídico erigiu como princípio a responsabilidade patrimonial do obrigado. Dessa maneira, entre outros casos que comprometem a continuidade e o cumprimento da obrigação, o art. 921 do CPC prevê que a execução será suspensa quando não for localizado o executado ou bens penhoráveis, caracterizando a execução frustrada, em decorrência da “suspensão-crise”⁸.

⁷ Importa destacar que se aplica também ao cumprimento de sentença, conforme o art. 921, § 7º, do CPC (BRASIL, [2021d]).

⁸ “Art. 921. Suspende-se a execução: I – nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber; II – no todo ou em parte,

Como se verificou, o CPC/1973 não fixava prazo-limite para que o processo ficasse sobrestado, aguardando a eventual localização de bens, o que de certa forma prolongava as execuções frustradas. Com o propósito de impedir a eternização da *executio*, o CPC resolveu a omissão anterior ao fixar o prazo de um ano de suspensão do processo (durante o qual se suspenderá a prescrição), o que evitará a suspensão *ad eternum*, de forma a impedir que o processo permaneça arquivado por prazo indeterminado. Transcorrido *in albis* o prazo sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

Assevera Assis (2016, p. 712) que a insuficiência patrimonial ou insolvência do executado pode ser transitória, passível de alteração a qualquer momento, pois o patrimônio da pessoa

quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução; III – quando não for localizado o executado ou bens penhoráveis; IV – se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis; V – quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916. § 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição. § 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos. § 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis. § 4º O termo inicial da prescrição no curso do processo será a ciência da primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, e será suspensa, por uma única vez, pelo prazo máximo previsto no § 1º deste artigo. § 4º-A A efetiva citação, intimação do devedor ou constrição de bens penhoráveis interrompe o prazo de prescrição, que não corre pelo tempo necessário à citação e à intimação do devedor, bem como para as formalidades da constrição patrimonial, se necessária, desde que o credor cumpra os prazos previstos na lei processual ou fixados pelo juiz. § 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição no curso do processo e extingui-lo, sem ônus para as partes. § 6º A alegação de nulidade quanto ao procedimento previsto neste artigo somente será conhecida caso demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo, que será presumido apenas em caso de inexistência da intimação de que trata o § 4º deste artigo. § 7º Aplica-se o disposto neste artigo ao cumprimento de sentença de que trata o art. 523 deste Código” (BRASIL, [2021d]).

sempre comporta transformações por motivos diversos. No mesmo sentido, afirma Theodoro Júnior (2016, p. 751) que o impasse é episódico, visto que bens exequíveis podem surgir mais tarde no patrimônio do executado, tornando viável a retomada da marcha da execução⁹. Como a responsabilidade patrimonial em que se apoia a execução por quantia certa abrange tanto os bens atuais do executado como os futuros, a lei prevê que, não encontrados bens a penhorar, a execução será suspensa, e não extinta.

Com efeito, no período de um ano, o processo ficará suspenso até que se possa, de alguma forma, localizar novos bens, ou até que venha a ocorrer alguma alteração na situação patrimonial do devedor – como eventual recuperação financeira, núpcias, recebimento de herança, prêmio de loterias etc. Por essa razão, o art. 921, § 3º, estabelece que os autos serão desarquivados se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis.

6 A prescrição intercorrente no CPC

Os arts. 924 e 925 do CPC preveem que a execução será extinta quando realizada a prescrição intercorrente, produzindo efeitos quando declarada por sentença¹⁰; será caracterizada quando, após a suspensão do processo de execução¹¹, ficar demonstrada a inexistência de bens penhoráveis¹².

Num primeiro momento, constatada a inexistência de bens, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de um ano, período em que haverá a suspensão do curso prescricional. Após esse lapso temporal, mantendo-se a inexistência de bens do devedor, iniciar-se-á o prazo da prescrição intercorrente; transcorrido esse prazo, após ouvir as partes o juiz poderá reconhecê-la de ofício, extinguindo a execução por meio de sentença.

Explica Theodoro Júnior (2016, p. 759) que a falta de bens penhoráveis do executado e a desídia do exequente em exigir o seu crédito dão ensejo à suspensão da execução e depois à prescrição intercorrente; transcorrido o lapso temporal da prescrição, correspondente à obrigação exequenda,

⁹É interessante que o próprio CPC prevê no art. 789 a penhora de bens futuros: “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei” (BRASIL, [2021d]).

¹⁰Art. 924. Extingue-se a execução quando: I – a petição inicial for indeferida; II – a obrigação for satisfeita; III – o executado obtiver, por qualquer outro meio, a extinção total da dívida; IV – o exequente renunciar ao crédito; V – ocorrer a prescrição intercorrente. Art. 925. A extinção só produz efeito quando declarada por sentença” (BRASIL, [2021d]).

¹¹Deve-se destacar que as regras da prescrição intercorrente estão presentes na execução por título extrajudicial, mas aplicam-se ao cumprimento de sentença por força do art. 513.

¹²Não é objeto do presente trabalho a prescrição intercorrente causada pela não localização do executado. Ademais, não sendo encontrado, o credor poderá formalizar a relação processual por meio da citação por hora certa ou edital, bem como constriuir os bens independentemente da localização do devedor.

extinguir-se-á a execução pela perda da pretensão deduzida em juízo pelo exequente. Para Nery Junior e Nery (2016, p. 1.948), essa condição para a verificação da prescrição intercorrente – de inércia do exequente na persecução da satisfação do crédito – foi sedimentada na jurisprudência e acabou acolhida no CPC.

Denota-se da leitura dos dispositivos legais que o legislador se inspirou nas regras previstas na LEF, utilizando-se de suas sistemáticas, condições e prazos. O CPC/1973 não previa a hipótese de prescrição intercorrente nos processos de execução suspensos em face da inexistência de bens passíveis de penhora, como havia sido admitido expressamente na LEF, que não era aplicada na execução comum por falta de previsão legal. Sua inaplicabilidade decorria da omissão do CPC/1973 e porque, a despeito da determinação legal, a LEF era lei especial e posterior.

Porém, há clara omissão no CPC, que não dispõe sobre o tempo prescricional para ser cumprido. O prazo prescricional intercorrente é o mesmo prazo da prescrição da pretensão ajuizada – esse é o entendimento antigo fixado pelo STF, cuja Súmula nº 150 “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação” (BRASIL, 2017b, p. 32). Posteriormente, esse entendimento foi materializado no art. 206-A do CC: “[a] prescrição intercorrente observará o mesmo prazo de prescrição da pretensão”¹³. Assim, tratando-se de execução que visa à cobrança de valores decorrentes de responsabilidade civil, o prazo será de três anos (art. 206, § 3º, V, do CC (BRASIL, [2021c])); ou, se se tratar de execução de honorários advocatícios, será de cinco anos (art. 25 da Lei nº 8.906/1994 (BRASIL, [2020a])). O processo ficará, pois, suspenso pelo prazo de prescrição da ação e, transcorrido esse prazo, deverá ser extinta a execução.

A caracterização da prescrição intercorrente decorre do cumprimento de determinados requisitos objetivos – não localização do devedor ou a inexistência de bens penhoráveis e o decurso do prazo prescricional –, de modo que a extinção não poderá ter por fundamento eventual apuração de culpa do credor (por desídia) ou devedor (pela inexistência de bens)¹⁴. Theodoro Júnior (2016, p. 755) afirma que em nenhum momento

¹³ O art. 206-A do CC foi acrescentado pela Lei nº 14.195/2021 (BRASIL, 2021e).

¹⁴ O reconhecimento da prescrição intercorrente é matéria de ordem pública, relegando a segundo plano os interesses das partes, razão pela qual sua decretação pode ser conhecida de ofício, haja vista o art. 332, § 1º, do CPC. Diante da natureza de ordem pública, a arguição de prescrição intercorrente como matéria de defesa pode ser aviada em qualquer processo de execução, admitindo todas as modalidades de defesa previstas no CPC (art. 525, § 11 (BRASIL, [2021d])). Primeiramente, poderá a parte valer-se de simples petição nos autos da execução, requerendo ao juízo seu reconhecimento. Poderá ainda recorrer a objeção (exceção) de pré-executividade, defesa processual excepcional, em face da ausência de previsão legal, por tratar-se de matéria de ordem pública, desde que desnecessária a dilação probatória (Súmula nº 393 do STJ (BRASIL, 2021f)). Por fim, mediante o aviamento de embargos do devedor, caso não se consiga comprovar de plano suas alegações, necessitando da dilação probatória ou eventual cumulação de ações.

a disciplina do CPC cogita de inércia culposa ou de abandono da causa pelo exequente, partindo apenas da inviabilidade objetiva de penhorar bens do executado; para o autor, tudo flui automaticamente no esquema legal, não havendo necessidade de apurar culpa ou razão para explicar a inércia processual, uma vez que tudo é analisado e avaliado objetivamente em face da ocorrência de um processo arquivado e não reativado pelo exequente durante o prazo estatuído em lei. Conclui Theodoro Júnior (2016, p. 755) que é fácil verificar que a opção do legislador não foi punir a inércia culposa ou o abandono da causa por parte do exequente, pois apenas o decurso do tempo e a inércia processual foram por ele levados em consideração; sua preocupação foi unicamente submeter a obrigação inserida num processo inviabilizado a um regime que não lhe confira a indesejável condição de imprescritibilidade prática.

Por outro lado, a simples ausência de bens não pode levar à extinção da execução e, por conseguinte, da obrigação, perdendo o credor o direito de propor nova execução. Seria uma forma de estimular os devedores a ocultarem bens e a esperarem o decurso de tempo para terem suas dívidas “perdoadas” pelo juízo por meio da prescrição. A prescrição intercorrente prevista no CPC deve ser interpretada de forma a não estimular o inadimplemento da dívida ou a ocultação de bens; não pode ser aplicada nos casos em que, a despeito da inexistência de bens passíveis de penhora, o exequente demonstre pleno interesse pela demanda e mantenha-se diligente quanto à busca de bens penhoráveis.

Dessa forma, apesar da clara inspiração da LEF na caracterização da prescrição intercorrente no CPC, não se deve acolher em execução cível o entendimento do STJ, o qual, em sede de execução fiscal, estabeleceu que somente a citação válida ou a efetiva constrição de bens (execução útil) teriam o condão de interromper

a prescrição intercorrente. Entendeu a Corte que apenas a efetiva constrição patrimonial ou a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, “não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens” (BRASIL, 2018b, p. 2).

Por essa razão, o art. 921, § 4º-A, do CPC estabelece que “[a] efetiva citação, intimação do devedor ou constrição de bens penhoráveis interrompe o prazo de prescrição”; também estabelece que ela não corre pelo tempo necessário à realização da citação ou intimação do devedor, bem como para as formalidades da constrição patrimonial, desde que o credor cumpra os prazos previstos (BRASIL, [2021d]). Portanto, não correrá o prazo em face da morosidade e burocracia inerentes ao processo, não devendo atribuir responsabilidade e consequências ao credor.

Não se pode dar o mesmo tratamento dos casos de desídia do credor aos casos de execução frustrada por ausência de bens com conduta ativa do credor em diligenciar junto ao juízo para localizar bens. Desse modo, a execução teria prazo certo para se encerrar: o prazo prescricional da obrigação. Esse posicionamento leva a entender que bastará ao devedor ocultar patrimônio no curso do processo pelo prazo de três ou cinco anos (dependendo do prazo prescricional, contados da efetiva citação) e aguardar o decurso do prazo, beneficiando-se da prescrição intercorrente. Na prática, ocorreria uma verdadeira corrida contra o relógio, uma vez que a execução teria prazo certo para terminar.

Nesse sentido, no julgado do STJ que estabeleceu as teses sobre a prescrição intercorrente incidentes na LEF, merece destaque o voto vencido do ministro Herman Benjamin, no qual defendeu que a suspensão do art. 40 “so-

mente pode ser decretada quando houver indícios ou prova [cabal] de que a demanda ajuizada não tem condições efetivas de prosseguimento ('suspensão-crise') e que, evidentemente, não implicaria "outorgar poder, quer ao juiz, quer à parte credora, de protelar indefinidamente tal constatação" (BRASIL, 2018b, p. 32). Afirmou também que

o simples insucesso na prática de um ato processual não pode ter o condão de ensejar, automaticamente, a suspensão do processo, pois isso, repito, se por um lado colabora indiretamente com uma gestão processual tendente à prestação jurisdicional formalmente mais célere, por outro representará, na mesma medida, a indireta chancela judicial, em favor do devedor mal-intencionado, do planejamento, às custas da exegese que o Poder Judiciário confere à lei federal, de práticas cada vez mais sofisticadas para ocultação de seus bens (BRASIL, 2018b, p. 33).

Soma-se a esses argumentos o fato de que, se a execução tiver dia e hora para findar – uma vez que todas as medidas teriam que ser tomadas no prazo prescricional iniciado com a citação válida do devedor –, tornar-se-ão sem efetividade prática as medidas judiciais atípicas autorizadas pelo art. 139, IV, do CPC¹⁵. De acordo com ele, ao conduzir o processo de execução, o juiz poderá "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial" (BRASIL, [2021d]), pois bastará ao devedor aguardar o prazo prescricional sem cumprir a medida determinada pelo juízo e beneficiar-se da prescrição intercorrente, já que a medida foi infrutífera, e perdem efeito as medidas mandamentais e coercitivas, como multa, apreensão do passaporte ou da carteira nacional de habilitação, entre outras.

No âmbito do processo do trabalho, também houve alteração na caracterização da prescrição intercorrente, por meio da Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017a), que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)¹⁶. Nele se preceitua sua ocorrência no prazo de dois anos, contados do momento em que o exequente deixar de cumprir determinação judicial no curso da execução, permitindo sua declaração de ofício em qualquer grau de jurisdição. Como se vê, adotou-se a sistemática de inércia do

¹⁵ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária" (BRASIL, [2021d]).

¹⁶ CLT: "Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos. § 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução. § 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição" (BRASIL, [2019a]).

credor em conduzir o processo, por não cumprir a determinação judicial, não condicionando seu reconhecimento ao sucesso ou ao fracasso das medidas constritoras de bens. As modernas regras e ferramentas do processo, fundadas no princípio da efetividade jurisdicional, devem ser aplicadas de modo a não permitir condutas ardilosas do devedor com o escopo de frustrar a execução e beneficiar-se do reconhecimento da prescrição.

Como se afirmou neste trabalho, não se nega a manifesta, forte e relevante influência da LEF (art. 40) na caracterização da prescrição intercorrente no CPC. Porém, não se deve acolher ou aplicar esse entendimento às execuções cíveis comuns, às quais não são extensíveis as vantagens relativas ao crédito fiscal que a Fazenda Pública detém¹⁷. Ademais, o prazo prescricional da Fazenda Pública para a cobrança de seus créditos é de cinco anos, ao passo que o CC, entre outras normas, fixa períodos curtos – como no caso de alimentos (dois anos), cobrança de aluguéis (três anos), entre outros. Isso comprometeria a efetividade processual, ao criar uma espécie de execução “sumária”.

Por essas razões, o reconhecimento da prescrição intercorrente não deve estar associado exclusivamente à inexistência de bens, mas somado à conduta inerte do credor; não deve ser decretada nos casos de reiteradas diligências, em que cada ato praticado no curso da execução interromperá o prazo prescricional, pois estará promovendo os atos e as diligências que lhe incumbem, em demonstração clara de afastar qualquer hipótese de abandono de causa, de modo a evitar que por sua negligência o processo fique sobrestado por mais de um ano, afastando a extinção prevista no art. 485, II e III, do CPC¹⁸, que em tese poderia ser aplicada analogicamente ao processo de execução. Dessa forma, é necessário que o credor se mantenha diligente na condução do processo, com o fim de localizar bens, requerendo investigações especiais que somente o juízo

¹⁷ O privilégio do crédito tributário decorre, entre outros casos: da preferência a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho, indisponibilidade judicial dos bens e presunção legal de fraude à execução após a inscrição da dívida em dívida ativa, previstos no CTN; de medida cautelar fiscal, regulamentada pela Lei nº 8.397/1992 (BRASIL, [1997]); do protesto da Certidão de Dívida Ativa, conforme Lei nº 12.767/2012 (BRASIL, [2013b]); do arrolamento de bens e direitos, nos termos da Lei nº 9.532/1997 (BRASIL, [2016]); de crimes contra a ordem tributária, de acordo com as Leis nºs 8.137/1990 e 9.430/1996 (BRASIL, [2011], [2021b]); da indisponibilidade administrativa de bens, como permitido pela Lei nº 13.606/2018 (BRASIL, 2018a); da não suspensão da execução fiscal nos casos de recuperação judicial, como previsto na Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, [2020b]). Por outro lado, o STJ fixou o entendimento de que “as medidas atípicas aflitivas pessoais não se firmam placidamente no executivo fiscal” (BRASIL, 2019d, p. 1).

¹⁸ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] II – o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias” (BRASIL, [2021d]).

da execução poderá tomar – como Bacenjud, Bacen CCS¹⁹, Renajud, Infojud, CNIB²⁰, Simba²¹, entre outros –, demonstrando o seu interesse no prosseguimento da execução, interrompendo a prescrição intercorrente e evitando sua extinção.

Nesse sentido, Gonçalves (2018, p. 884) afirma que, decorrido o prazo para que a prescrição continue suspensa, é preciso que o exequente realize as diligências necessárias e tome as providências para que a execução possa ter andamento. Se o fizer, manifestando-se pelo prosseguimento, a prescrição não corre, ainda que o processo venha ser suspenso por mais um período por ainda não existirem bens. Assim, a decretação da prescrição intercorrente deve “punir” o credor desidioso, desinteressado na demanda, e não privilegiar o devedor que oculta bens e se locupleta da letargia do processo, eminentemente moroso.

A previsão estabelecida no CPC veio ao encontro da necessidade de regular a matéria, com o objetivo de impedir a manutenção *ad eternum* da execução, que a tornava imprescritível diante da desídia do credor, o que contribuía para a violação do princípio constitucional da duração razoável do processo. Contudo, a aplicação da prescrição intercorrente nas execuções cíveis comuns deve ser associada à necessidade de se caracterizar a ausência de bens do devedor com a constatação efetiva da inexistência deles ou da insolvência presumida do devedor. Assim, a prescrição intercorrente iniciar-se-ia após o exaurimento de todas as medidas judiciais cabíveis para localizar bens passíveis de execução. Não requeridas essas medidas pelo credor ou requeridas com resultados infrutíferos, iniciar-se-ia o decurso do prazo prescricional.

A propósito, quanto aos termos inicial e final na contagem do prazo prescricional, ao se compulsar o texto originário do CPC, bem como o art. 40 da LEF, verifica-se que não está previsto o termo inicial e final para a caracterização da prescrição. Em termos práticos, não se define se o termo inicial do prazo será automático ou se dependerá de prévia intimação do credor.

No caso da LEF, ordenamento inspirador do CPC quanto à prescrição, em sede de recurso especial repetitivo o STJ entendeu que o prazo de um ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional tem início automaticamente na data da ciência do exequente a despeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis.

¹⁹ Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional, previsto na Lei nº 10.701/2003 (BRASIL, 2003).

²⁰ Central Nacional de Indisponibilidade de Bens, regulada pelo Provimento nº 39/2014 do Conselho Nacional de Justiça (2014).

²¹ Sistema de Investigação de Movimentação Bancária, previsto na Circular nº 3.454/2010 do Banco Central do Brasil (2010), Instrução Normativa nº 3 do Conselho Nacional de Justiça (2010) e Resolução nº 140/2014 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho ([2017]).

Decidiu-se também que, findo o prazo de um ano de suspensão, inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável ao processo; e, depois de ouvir o credor, o magistrado poderá de ofício reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato (BRASIL, 2018b).

Em decorrência dessa omissão legislativa, o CPC foi alterado pela Lei nº 14.195/2021 (BRASIL, 2021e). Ela estabelece que o termo inicial da prescrição no curso do processo será a ciência da primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis; e será suspensa, por uma única vez, pelo prazo máximo de um ano, conforme art. 921, § 4º, do CPC, dispensada a intimação do credor para dar continuidade à *executio*. Desse modo, o termo inicial para a contagem do prazo da prescrição intercorrente será a ciência da primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, e não o decurso de um ano da suspensão. A constatação da não localização do devedor ou inexistência de seus bens é o suficiente para inaugurar o prazo *ex lege*²².

Como corolário da reforma processual, a fixação de critérios objetivos para a caracterização da prescrição intercorrente, notadamente o termo inicial para a contagem do prazo e as causas de interrupção, demandará maior objetividade e eficiência do credor na busca de bens penhoráveis, em razão do decurso de tempo a seu desfavor.

7 Efeitos da prescrição intercorrente

Em decorrência da caracterização da prescrição intercorrente, é preciso analisar os seus desdobramentos, como a responsabilidade pelo pagamento de custas e honorários advocatícios, bem como sua incidência nos casos de litisconsórcio passivo.

7.1 Efeitos da prescrição intercorrente nos ônus sucumbenciais

O art. 85 do CPC (BRASIL, [2021d]) estabelece que “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor” e adota como princípio norteador o da sucumbência, em que os ônus dos honorários cabem ao vencido na demanda. Por outro lado, o CPC acolhe o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à demanda deve arcar com as despesas processuais. Porém, apesar do aparente conflito, a causalidade não se contrapõe à sucumbência; ao

²² O § 4º do art. 921 do CPC dispõe que “[o] termo inicial da prescrição no curso do processo será a ciência da primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, e será suspensa, por uma única vez, pelo prazo máximo previsto no § 1º deste artigo [suspensão pelo prazo de um ano]” (BRASIL, [2021d]).

contrário, esta é o vértice daquela. A despeito de o CPC ter adotado o princípio da sucumbência, sua aplicação é justificada pela causalidade²³.

Assim, apesar da extinção do processo, não deverão ser impostos ao exequente os seus encargos, uma vez que o credor não contribuiu para a suspensão do processo ou para a insolvência do devedor. Afinal, conforme previsão em lei, é *conditio sine quo non* para a incidência da prescrição intercorrente o lapso de tempo sem a localização de bens penhoráveis – fato objetivo em que a prescrição não está mais condicionada à desídia do credor em prosseguir com a execução. Por conseguinte, o princípio da sucumbência é relegado a segundo plano e cede lugar à causalidade, pois, embora vencedora, a parte deu causa à instauração da lide e, por isso, deve suportar os ônus processuais.

Segundo Liebman (1980, p. 166), nos casos em que a aplicação pura e simples do princípio da sucumbência fere o princípio da equidade, a obrigação de pagar as despesas judiciais desaparece sempre quando a parte, embora vencida, demonstre *di non aver causato la lite* com seu comportamento. Nesse sentido, Sarro (2019, p. 114) sustenta que em regra o exequente não responde por honorários advocatícios em caso de decretação de prescrição intercorrente do título em execução suspensa por não localização de bens penhoráveis, pois é o executado em face da sua inadimplência quem dá causa à ação, assim como à suspensão da execução por não dispor de bens sujeitos à constrição judicial. Entendimento em sentido contrário, prossegue Sarro (2019, p. 114), levaria a uma absurda dupla penalização do credor exequente, que já sofreria com a frustração de não ver o seu crédito satisfeito pela via judicial. Além disso, causaria o efeito contrário ao que se esperava com a regulamentação da prescrição intercorrente pelo CPC: a obtenção de significativa redução do número de processos remetidos ao arquivo ao longo das últimas décadas, ao provocar uma avalanche de pedidos de desarquivamento e declaração de prescrição com fixação de sucumbência e consequentes e inevitáveis recursos decorrentes dessas decisões.

Como se afirmou, a redação original do CPC era silente quanto à distribuição dos ônus sucumbenciais, razão pela qual coube à doutrina e à jurisprudência²⁴ definir seus contornos e efeitos. Não obstante a

²³ Semelhante solução apresenta-se nas hipóteses de embargos de terceiros, em que há constrição indevida de bens. O STJ sumulou: “[e]m embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios” (Súmula nº 303 (BRASIL, 2021f, p. 1.166)).

²⁴ Este tem sido o entendimento do STJ: “O princípio da causalidade não se contrapõe ao princípio da sucumbência. Antes, é este um dos elementos norteadores daquele, pois, de ordinário, o sucumbente é considerado responsável pela instauração do processo e, assim, condenado nas despesas processuais. O princípio da sucumbência, contudo, cede lugar quando, embora vencedora, a parte deu causa à instauração da lide’ [...]. Caso concreto em que a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não afasta o princí-

sedimentação do tema, visando proporcionar maior segurança jurídica e colocar uma “pá de cal” na problemática, a Lei nº 14.195/2021 (BRASIL, 2021e) alterou a redação do art. 921, § 5º, para definir a não incidência dos ônus sucumbenciais às partes, o que parece mais lógico, uma vez que o credor fica impossibilitado de receber seu crédito, não por sua desídia, e o devedor, de igual forma, fica impossibilitado de arcar com as custas processuais em face da ausência de bens sujeitos à constrição judicial.

Dessa maneira, ocorrendo a extinção por inexistência de bens, situação atribuída claramente ao devedor, não se deve favorecê-lo com a condenação do exequente pela extinção da lide. De acordo com o princípio da causalidade, o devedor que deu causa à execução frustrada deveria arcar com as custas e honorários advocatícios decorrentes da extinção do processo em face da prescrição intercorrente; contudo, por causa da insolvência presumida, o legislador resolveu atenuar sua situação e desobrigou-o do pagamento das despesas processuais.

7.2 Efeitos da prescrição intercorrente em litisconsórcio passivo

Apresentados os aspectos essenciais da prescrição intercorrente, importa abordar seus efeitos quando se tratar de litisconsortes passivos na execução, pois, havendo mais de um executado, é necessário verificar a possibilidade de incidirem os efeitos da prescrição entre os executados solidários.

Estabelece o art. 204 do CC que “[a] interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor [sic], ou seu herdeiro, não prejudica aos

pio da causalidade em desfavor da parte executada, nem atrai a sucumbência para a parte exequente” (BRASIL, 2019e, p. 1). Na mesma linha: “1. Declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não-cumprimento de sua obrigação. 2. A prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente” (BRASIL, 2019c, p. 1). Em seu voto, a ministra relatora Maria Isabel Gallotti destacou que “o credor de título executivo – judicial ou extrajudicial – tem o direito de receber do devedor, no prazo avençado, a obrigação expressa no título. O não adimplemento da obrigação líquida e certa é conduta antijurídica, e dá causa ao ajuizamento de medida executória. O credor que promove a execução teve seu patrimônio desfalcado e promove a execução devido à falta de cumprimento da obrigação pelo devedor. Se não logra localizar bens penhoráveis durante o prazo de prescrição aplicável à relação jurídica, a consequência inevitável será a prescrição, a perpetuação do desfalque patrimonial, em prol de valor maior, a paz social. Não se pode, todavia, [...] considerar que foi o credor insatisfeito o causador do ajuizamento da execução, penalizando-o não apenas com a perda irremediável de seu patrimônio, mas também com o pagamento de honorários ao advogado do devedor. Nos casos de execução extinta pela prescrição intercorrente, o princípio da causalidade incide, portanto, em desfavor do executado, eis que ele dá causa ao pedido executório ao não efetuar o pagamento ou não cumprir a obrigação de forma espontânea” (BRASIL, 2019c, p. 5-6).

demais coobrigados”. O § 1º desse dispositivo determina que “[a] interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros” (BRASIL, [2021c]).

Como regra geral, os efeitos da prescrição são pessoais, pois não alcançam a terceiros, de modo que, ocorrida a interrupção do prazo prescricional em relação a uma pessoa, eles não se estendem a outras. Contudo, tratando-se de solidariedade passiva, a interrupção do prazo prescricional de um coobrigado na execução atinge também os demais executados. Dessa maneira, na execução por quantia certa, a obrigação tem natureza solidária, pois trata-se de bem fungível e divisível, e os executados são solidariamente responsáveis pela dívida, o que justifica o litisconsórcio passivo, situação em que a causa interruptiva da prescrição alcança todos os devedores – não obstante apenas um ou outro litisconsorte tenha sido materialmente atingido pela execução –, causando a interrupção da prescrição.

Tratando-se de litisconsortes passivos, em que há devedores solidários, como estabelece o art. 204, § 1º, do CC, a interrupção em face de um devedor atinge aos demais devedores. Assim, *v.g.*, a citação de um dos devedores interrompe o prazo prescricional em relação aos demais executados. Havendo solidariedade passiva, a interrupção da prescrição realizada pelo credor em desfavor de um devedor solidário alcança aos demais e, por conseguinte, aos seus herdeiros, bastando que a causa da interrupção objetiva atinja apenas um dos devedores solidários.

8 Conclusão

O objetivo científico do trabalho e a ênfase dogmática da tese impõem a indicação das principais conclusões do estudo, que propôs e discutiu o conceito, a aplicação e os efeitos da prescrição intercorrente no processo de execução.

Ao longo deste trabalho, demonstrou-se que a prescrição intercorrente consiste na inércia do credor, por certo período ininterrupto e contínuo, em praticar atos com o propósito de receber o crédito, o que acarreta a extinção do processo, estendendo-se às hipóteses de não localização do devedor, de indícios ou de prova cabal de inexistência de bens penhoráveis decorrente da “suspensão-crise”.

Demonstrou-se que a aplicação da prescrição intercorrente nas execuções cíveis comuns deve ser associada à necessidade de comprovar a efetiva ausência de bens do devedor ou sua insolvência presumida, após o exaurimento de todas as medidas judiciais cabíveis tendentes a

localizar bens passíveis de execução. Verificou-se também que o termo inicial da prescrição será a ciência da primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, e não o decurso de um ano da suspensão – e a constatação desses fatos é suficiente para inaugurar o prazo *ex lege*.

Por fim, comprovou-se a não incidência dos ônus sucumbenciais às partes nas hipóteses de reconhecimento da prescrição intercorrente, isentando-as do pagamento de custas e honorários advocatícios decorrentes da extinção do processo e que, nas hipóteses de solidariedade passiva, a interrupção da prescrição realizada pelo credor em desfavor de um devedor solidário alcança os demais.

Sobre o autor

Cristiano Gomes de Brito é doutor e mestre em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Uberlândia, MG, Brasil; professor associado de Direito da UFU, Uberlândia, MG, Brasil; advogado.
E-mail: cristianobrito@ufu.br

Como citar este artigo

(ABNT)

BRITO, Cristiano Gomes de. A incidência da prescrição intercorrente no processo de execução. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 179-200, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p179

(APA)

Brito, C. G. de (2022). A incidência da prescrição intercorrente no processo de execução. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(233), 179-200. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p179

Referências

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 49, n. 300, p. 7-37, out. 1960.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Carta-Circular Bacen nº 3.454, de 14 de junho de 2010*. Divulga lei-ute das informações de que trata a Circular nº 3.290, de 5 de setembro de 2005. [S. l.]: LegisWeb, 2010. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=11465>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *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, [2013a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015a]. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992*. Institui medida cautelar fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8397.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997*. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9532.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 10.701, de 9 de julho de 2003*. Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.701.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, [2020b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012*. Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção

para adequação do serviço público de energia elétrica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2013b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12767.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018*. Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.870, de 15 de abril de 1994 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/l13606.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. *Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021*. Dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários, sobre a facilitação do comércio exterior, sobre o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira), sobre as cobranças realizadas pelos conselhos profissionais [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2021e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14195.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 470.154/MS*. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravado: Maurício Guenka – Espólio. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 18 de março de 2014b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=34400584&tipo_documento=documento&num_registro=201400213206&data=20140327&formato=PDF. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.253.510/MG*. Agravo regimental. Recurso especial. Endereçamento. Desembargador relator. Irregularidade formal. Prequestionamento. Acórdão recorrido. Tema central. Execução. Prescrição intercorrente. Intimação. Ausência. Não provimento [...]. Agravante: Geraldir Eustáquio Bernardino. Agravada: Associação Mário Penna. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 5 de junho de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1152490&num_registro=201100681217&data=20120614&formato=PDF. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.340.553/RS*. Recurso interposto na vigência do CPC/2015. Enunciado Administrativo nº 3. Processual civil. Embargos de declaração em recurso especial repetitivo. Prescrição intercorrente. Art. 40, da Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/80). Ausência de omissão e contradição. Presença de obscuridade. Embargos parcialmente acolhidos sem efeitos infringentes [...]. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Djalma Gelson Luiz ME – Microempresa. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 27 de fevereiro de 2019b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1798678&num_registro=201201691933&data=20190313&formato=PDF. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 280.873/PR*. Direitos civil e processual civil. Execução. Prescrição intercorrente. Suspensão do processo. CPC, art. 793. Impossibilidade de fluência do prazo. Precedentes. Recurso desacolhido [...]. Recorrentes: Osny Betiati e outro. Recorrido: Banco Bradesco S/A. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 22 de março de 2001. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=56985&num_registro=200001004263&data=20010528&formato=PDF. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 774.034/MT*. Recurso especial. Processual civil. Execução. Título extrajudicial. Ausência de bens penhoráveis

ou sua não localização. Suspensão do processo (CPC, art. 791, III). Ausência de despacho judicial. Arguição de prescrição intercorrente. Indeferimento. Ausência de desídia da credora. Inexistência de intimação da exequente. Recurso desprovido [...]. Recorrente: Grêmio Cemat de Cuiabá – Gremat. Recorrida: Luzitana Distribuidora de Bebidas Ltda. Relator: Min. Raul Araújo, 18 de junho de 2015b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1417007&num_registro=200501353031&data=20150803&formato=PDF. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Recurso Especial nº 1.340.553/RS*. Recurso especial repetitivo. Arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973). Processual civil. Tributário. Sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80) [...]. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Djalma Gelson Luiz ME – Microempresa. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 12 de setembro de 2018b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1371076&num_registro=201201691933&data=20181016&formato=PDF. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Recurso Especial nº 1.388.682/RS*. Processo civil. Recurso especial. Execução de sentença. Cálculos apresentados sem a inclusão dos juros fixados no título judicial. Apresentação de novos cálculos no curso da execução. Possibilidade. Renúncia tácita não configurada. Recurso não provido [...]. Recorrente: Banco Industrial e Comercial S/A. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 17 de dezembro de 2013c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1277357&num_registro=201301723840&data=20140224&formato=PDF. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *Recurso Especial nº 1.604.412/SC*. Recurso especial. Incidente de assunção de competência. Ação de execução de título extrajudicial. Prescrição intercorrente da pretensão executória. Cabimento. Termo inicial. Necessidade de prévia intimação do credor-exequente. Oitiva do credor. Inexistência. Contraditório desrespeitado. Recurso especial provido [...]. Recorrente: Cooperativa Agroindustrial Alfa. Recorridos: Valdir Saremba; Marineusa Saremba. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 27 de junho de 2018c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1650126&num_registro=201601251541&data=20180822&formato=PDF. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.769.201/SP*. Processual civil. Recurso especial. Execução. Prescrição intercorrente. Honorários em favor do executado. Descabimento. Causalidade. Ausência de sucumbência do exequente [...]. Recorrentes: Gustavo Angeli Piva; Pedro Vinicius Baptista Gervatoski Lourenço. Recorrido: Bradesco BCN Leasing S/A – Arrendamento Mercantil. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 12 de março de 2019c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1761765&num_registro=201800330382&data=20190320&formato=PDF. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 1.802.611/RO*. Processual civil. Recurso especial. Execução fiscal. Medidas coercitivas atípicas. Suspensão da CNH, apreensão do passaporte e cancelamento dos cartões de crédito. Fundamento constitucional e necessidade de reexame da prova [...]. Recorrente: Estado de Rondônia. Recorrido: José Luiz Lenzi. Relator: Min. Og Fernandes, 8 de outubro de 2019d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1874809&num_registro=201900678795&data=20191010&formato=PDF. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.835.174/MS*. Recurso especial. Direito civil e processual civil (CPC/15). Art. 85 do CPC. Ação de execução de título executivo extrajudicial. Prescrição intercorrente. Honorários advocatícios sucumbenciais em favor do advogado da parte executada. Descabimento. Princípio da causalidade. Precedentes do STJ [...]. Recorrente: Sérgio Paulo Grotti. Recorrido: Banco Citibank S/A. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 5 de novembro de 2019e. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1884093&num_registro=201902587156&data=20191111&formato=PDF. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas anotadas*. Brasília, DF: STJ, Seção de Jurisprudência Aplicada, 2021f. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas_Anotadas_2020_com_capa.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula do STF: versão resumida*. [Brasília, DF]: STF, 2017b. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Resumido.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Instrução Normativa nº 3, de 9 de agosto de 2010*. Determinar às autoridades judiciárias, a quem compete na forma da Constituição e das leis a requisição de informações sobre movimentação financeira. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2117>. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. *Provimento nº 39, de 25 de julho de 2014*. Dispõe sobre a instituição e funcionamento da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – CNIB, destinada a recepcionar comunicações de indisponibilidade de bens imóveis não individualizados. Brasília, DF: CNJ, 2014. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2049>. Acesso em: 15 out. 2021.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Resolução CSJT nº 140, de 29 de agosto de 2014*. Dispõe sobre a utilização do Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias – SIMBA no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho e dá outras providências. Brasília, DF: JusLaboris, [2017]. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/45529>. Acesso em: 15 out. 2021.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (Coleção Esquematizado).

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Milano: A. Giuffrè, 1980. v. 1.

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

SARRO, Luís Antônio Giampaulo. Do princípio da causalidade e a prescrição intercorrente no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 44, n. 288, p. 93-125, fev. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3.

_____. Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 836, p. 49-68, jun. 2005.

The use of AI in digital health services and privacy regulation in GDPR and LGPD

Between revolution and (dis)respect

MATEUS DE OLIVEIRA FORNASIER

Abstract: This article studies the complexity of protecting personal data in the face of the challenges and risks that data collection and processing by AI offer to the fundamental right to privacy. Its hypothesis is that the General Data Protection Regulation (GDPR) and the Brazilian General Data Protection Law (LGPD) are not sufficient to cover several of the problems that emerge from the capture and treatment of sensitive data by companies that develop devices and services based on AI, although such laws have many important points for the regulation of such activities. Thus, new dialogic understandings, in addition to State regulatory efforts, must be developed. Methodology: hypothetical-deductive procedure method, with a qualitative approach and bibliographic review research technique.

Keywords: artificial intelligence; digital health; privacy; GDPR; LGPD.

O uso da IA em políticas públicas de saúde e a regulação da privacidade na GDPR e na LGPD: entre a revolução e o (des)respeito

Resumo: Este artigo estuda a complexidade da proteção de dados pessoais ante os desafios e riscos que as atividades de captação e tratamento de dados por IA oferecem ao direito fundamental à privacidade. Sua hipótese é de que o General Data Protection Regulation (GDPR) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira não são suficientes para abarcar vários dos problemas que emergem da captação e tratamento de dados sensíveis por empresas que desenvolvem dispositivos e serviços embasados em IA, apesar de essas leis conterem muitos pontos importantes para a regulação de tais atividades. Assim, novos entendimentos dialógicos, para além dos esforços estatais de regulação, devem ser desenvolvidos. Metodologia: método de procedimento

Recebido em 30/6/21

Aprovado em 5/10/21

hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e técnica de pesquisa de revisão bibliográfica.

Palavras-chave: inteligência artificial; saúde digital; privacidade; GDPR; LGPD.

1 Introduction

Rising costs of healthcare services, easier access to the internet, and a current cultural desire to self-manage health problems have led individuals to undertake some medical activities on their own with the help of electronics. To find a cancer, for example, there are currently several apps that allow one to use a smartphone to detect high odds of cancer simply by taking a picture of a suspect skin area – the UMSkinCheckApp app, developed at the University of Michigan (USA), is an example of a free tool for that. Generally, these applications depend on AI – which, in the diagnosis of skin cancer, can be more accurate than human physicians (TSCHIDER, 2020).

Due to its enormous ability to identify probabilities in datasets, AI has been used to solve some of the most complex health challenges. This technology can revolutionize home care for the elderly, allow to reduce nursing home costs, and improve quality of life for those patients. It can also improve diagnostic processes for rural, general, or low-resource physicians whose patients may not have access to specialists. It also allows the automation of low-risk healthcare tasks, freeing doctors to focus more energy on complex cases. That is, AI can provide a better quality of life by separating patients from physicians in relation to chronic, time-consuming and low-adherence tasks, such as diabetes control – where data is captured by wearables (such as smartwatches) and by devices monitorable via smartphone.

But as AI is integrated into medicine, a number of crucial challenges arise, especially in relation to data acquisition, the reporting based on it, and possible re-identification of patient data. Furthermore, cases of companies crossing ethical boundaries seeking for patient data to train their systems have been recently reported: one of them concerns to the partnership between the Royal Free NHS Foundation Trust and Google subsidiary DeepMind, which was considered illegal by the regulatory body of data protection of the UK, and was terminated due to insufficient patient informed consent regarding secondary use of private data –

and this example demonstrates the apparent struggle between regulators and industry over the prospecting of medical data for training algorithms. The most recent uses of AI allow the transfer of responsibility for care and monitoring from health professionals to the patients themselves. In addition, advanced AI is being used in smartwatches to intensively monitor patients with chronic obstructive pulmonary disease in a way that is impossible *in situ*, but which also requires patients to take care of the equipment and follow competent protocols by themselves (ROHRINGER; BUDHKAR; RUDZICZ, 2019).

Addressing the issue of data privacy of individuals in relation to the use of AI in the market for high-tech devices and services is of extreme legal relevance. From the standpoint of Sociology of Law, this is a pressing issue in society, which the law will also have to resolve: the issue of ownership of personal data in relation to the companies that process them, to the State and to science institutions in general, which will use personal data for a wide variety of studies – which, on the one hand, may allow huge advancements of knowledge; but on the other, it may end up with privacy, degenerating it into total social transparency. From the point of view of the Philosophy of Law, studying this issue concerns fundamental legally protected values – especially privacy and security – not only in relation to the market and the State, but to what is meant by personal identity, dignity and ethical limits. With regard to Constitutional Law, it is a question of observing how fundamental rights will have to be contextualized and interpreted in a new technological and social environment. Finally, with regard to Consumer Law, it is a matter of analyzing the protection of the consumer in what is most precious to him/her, beyond life and physical integrity – the moral integrity of his/her person.

The research problem that motivated this work can be expressed in the following question: in what ways can data protection legislation be complemented by other forms of regulatory efforts, in order to bring the law and public policies closer to the complexity that such a theme offers? As a hypothesis to such question, it is presented that the current data protection acts – at least the General Data Protection Regulation (GDPR) of the European Union, in comparison with the Brazilian General Data Protection Law (LGPD) – are not sufficient to cover several of the problems that arise from the capture and processing of sensitive data by companies that develop devices and services based on technologies dependent on AI, despite the fact that such laws have many important points for the regulation of such activities. Thus, new dialogic understandings, in addition to State regulation efforts, must be developed.

The main objective of this article, prepared according to the hypothetical-deductive method of procedure, with a qualitative approach and bibliographic review research technique, is to study the complexity of personal data protection in face of the challenges and risks that the activities of data capture and processing by AI offer to privacy. To achieve this objective, its development was divided into four sections.

Its first section establishes a relationship between the development of AI in applications and devices of the so-called *digital health*, critically observing the ways through which these new technologies have represented interesting promises, but which should be considered alongside the concern with the risk they may pose to the privacy of their clients/patients data. Its second section analyzes the risks and transformations that AI-dependent technologies – especially deep learning and Big Data analytics – pose to the right to privacy, in an era of hyperconnection, ubiquitous

surveillance technologies, and heavy investment by companies and States. Therefore, its third section studies several devices of the European GDPR in comparison to the Brazilian LGPD, pointing out several worrisome and similar issues between such regulations – mainly with regard to the required consent of the users of the applications and data capture devices used for the AI training. Finally, its fourth section analyzes new proposals regarding the regulation of AI and data processing, in addition to State norms.

2 AI, digital health and data privacy

As per Chang (2020), the future of AI in digital medicine is extremely favorable, featuring a myriad of advanced techniques, such as deep learning, that will have to be in synergy with physicians to allow data analysis in order to facilitate new knowledge in different areas of Health Sciences. In the author's view, all health data will have to be released and shared without any obstacles so that AI might be omnipresent and invisible in the future health area and might discover new knowledge from all sources of data and information. There must also be an interface between physicians who should use data and computer scientists responsible for knowledge about analytics to ensure a continuum of data to information and, eventually, knowledge transfer.

As technology gets smarter, new ways to engage users (including physicians and providers) with devices must be found, hence customer experience becomes a serious task for any technology company that provides continuous services to its users through platforms or applications (KAZGAN, 2020). It is normal to expect patients to engage with their digital health tools more than any other standard user profile, as non-compliance would worsen their quality of

life – although human behavior tends to be easily distracted from regular standards and the tasks required, even with the possibility of negative impacts. Thus, in addition to the ability to be wore and the comfort that their incorporation into routines has, a symbolic imagery is also being formed about the capabilities that the use of such devices provide (LUPTON, 2020). Their simple use can make people feel differently about themselves, potentially motivating them to behave differently. They therefore come to align themselves with the standards and objectives defined by the software incorporated into the wearable device, striving to achieve defined values of health, productivity or physical activity.

The possibility of easy visualization of data produced by such devices can motivate and inspire their users, thus generating feelings of pleasure, confidence, pride and achievement when goals and targets are reached or when the numbers “seem good”. Their representations can inspire users to change their routines or maintain health practices that meet their goals. In other contexts, however, the sociotechnical imagery of such devices is not animated in daily use. People may simply choose not to wear them after a while because they find the users' experience disappointing because they may feel boring, inaccurate, or generate feelings of guilt or shame.

Although blockchain technology and the most varied forms of AI offer great promise to revolutionize healthcare, maybe it is too early for this revolution to happen, however (ILINCA, 2020). Healthcare sector is very complex, with many stakeholders whose incentives are often conflicting. It is also unclear whether these technologies can be implemented on a large scale with better outcomes for patients and more added value for stakeholders.

But data often considered sensitive must be shared for real benefits from data technologies in the healthcare sector – however, precisely because

they are considered sensitive, private issues, access and storage of such information must be kept secure by data processing companies. Such data must also be correctly labeled and recorded to be really useful for AI, as high-quality data is the basis for achieving high-precision models – although it is extremely difficult to find them in current Big Data without discriminatory biases or possibility of identification of its subjects, for example. Thus, large upfront investments must be made by entrepreneurs in the field, for the acquisition or creation of clean data and the right incentives for data subjects. Furthermore, blockchain technology might help maintain data privacy and security while keeping information accurate. In addition, entrepreneurs must also establish close feedback loops with clinical experts in the field to quickly adjust their products and offload the burden of proof in any lawsuits to blame for errors.

Not only wearables, such as smartwatches, have been designed for health and data issues: there are several health monitoring and treatment technologies based on collecting data from devices that can be deployed or ingested by those who are being monitored. And one's data can be collected, stored, and analyzed using AI algorithms – by transmitting data over Wi-Fi to computers that process those algorithms and software, for example. There are seemingly limitless applications of ingestible technologies for monitoring health through many types of sensors and even treatments – micro and nanobots performing repairing microsurgeries, smart pills that correctly administer medications, and so on – which potentially could reduce commuting to doctors' offices, clinical analysis laboratories, outpatient clinics and operating rooms, thus saving more lives in less traumatic ways. However, such technologies can produce negative effects that are related not just health and medical safety.

Few ingestible product developers pay considerable attention to privacy issues related to user health data or to ways ingestible products can be used to embarrass and oblige users by health insurance companies (ILLADIS, 2020). Ingestible devices can create future problems if customers do not give proper consent. Furthermore, patients can be pressured into using ingestible products, providing valuable data about themselves that can be sold, exchanged or used against their will, often in ways that are unimaginable at the time they sign up the consent terms to use the technology. One's privacy is at risk when ingestibles are used to save data in the form of images, sounds and biological information (heart rate, body temperature, movement etc.). Such data can be used against people – insurers requiring users to track themselves in order to have to pay claims, for example. In other words, ingestibles could constitute new forms of surveillance, enhanced by AI.

In this sense, Pedersen (2020) argues that human body will become a platform. And as there is a social expectation that computing will become increasingly continuous, the idea of a networked body working autonomously through datasets does not seem to be the image of such a distant and unthinkable future. The popularity and commercial success of wireless communication has also raised expectations about how people understand human communication and the sharing of personal experiences. Wearable devices based on such technologies have been acquiring more comfortable and functional designs, becoming more and more ubiquitous not only because of the large investment that technology companies have been making, but also because of their possibilities for continuous use.

At the same time, the press has been glorifying automation, algorithmic decision

systems and deep learning, although alarms about the opacity and ambiguity surrounding such systems and their processes are also frequent. And mass media communications about technological possibilities (in successful science fiction films and series or in video games, for example) is not a mere poetic license, but a reflection of the collaboration between the military-industrial complex and American cultures industries, which glorify technology in their products. Transhuman military ideologies promote fictional computing devices, making them look exciting and destined to emerge in the real world. There are, therefore, those who communicate in a massive way about a future that will transform the internet into an immersive landscape, a bright new reality, in which tablets, PCs and smartphones will no longer be needed, as electronic components will fill bodies and physical spaces. But the underground is a dimension where people passively offer data to the invisible networks that host them, where malicious third parties threaten attacks, and where facial expressions, medical monitoring data, thoughts, emotions, memories, sensations, and general behavioral information will be exchanged between distant spheres of data, beyond the control of the users holding such sensitive and private information.

Wearable self-tracking devices capture multidimensional health data and offer several advantages, including new ways to make search easier. However, they also provide for the emergence of conflicts between individual interests – mainly related to avoiding damage to privacy – and collective interests – regarding the collection and use of large health datasets for public benefit. Although there are some who advocate for accountability and transparency mechanisms for resolving such conflicts, average users are not able to access and process information regarding the consequences of their

consent to new uses of their data. In this sense, Arora (2019) defends fiduciary relationships, which place the responsibility of deliberating on digital health data controllers for maintaining the interests of their data subjects in the foreground, and for the contextualization of privacy. In other words, the relationship between users, holders of health data, and digital data controllers must be recognized as a fiduciary relationship, so that health data controllers keep the interests of users at the forefront. This would guarantee the collective participation of user data (to improve digital health applications, contribute to scientific research etc.) and reduce the risks related to their privacy.

3 Privacy in the age of ubiquity in personal data capture and AI

AI and machine learning are often described as technological advances that will completely transform society, being implemented everywhere – medicine, transportation, finance, art, legal and social institutions, weapons development etc. (YANISKY-RAVID; HALLISEY, 2019). In many industries, their systems are already making decisions that were previously a human responsibility. In this sense, mankind is seen to be at the epicenter of an ongoing revolution in government and commercial surveillance – and as a result, much of the definitive public anonymity and obscurity that characterized urban life for centuries has been lost. Sensors, cameras, cell phone data access, social media platforms, and AI algorithms reading and interpreting these entire massive sets of data have been ubiquitous pieces in urban spaces, where the future radical transparency of human life is already emerging – and in times of rapid development of privacy and data protection norms, the state of urban life has

much to illustrate about the long-term effectiveness of such standards. According to Keller (2019), the explanation for the contradiction between the right to information and the right to privacy is explained by the broader political economy behind the right to information, which continues to shape and limit the capacities of data protection and privacy laws.

Although the prevailing liberal democratic model of information norms is structured around two main concerns – ensuring that: i) the State can have ultimate access to information; and ii) the market may permanently do business with data (at least potentially) – the particular vulnerability of personal information to demands for access by the State and the market is much more than a matter of political and economic power imbalances, as the right to information has developed through a dynamic relationship between the uses of governmental and commercial information, as well as through the continuous application of new technologies that make information more usable and accessible. And the reconstruction of privacy through the law has been porous and compromised, particularly (KELLER, 2019): (i) by the transformation of the concepts of public space and public domain, often used to justify access to personal information with the minimum of safeguards; (ii) by the conflict between the principles of consent and individual choice, cornerstones for personal autonomy and for the commercialization of information; (iii) by the comparative structural weaknesses of privacy and data protection laws, being considered as a field within the broader sphere of Information Law.

Added to this is the fact that public companies and concessionaires/permissioners of public services (electricity providers, for example) are in a privileged position of power regarding their consumers' data, as they establish lasting relationships with them, and in most cases such customers do not have any choice in the market – either because of the absence of others that perform the same function (as in the case of electricity power plants), or because the customers are in such a situation of low sufficiency that makes it materially impossible for them to opt for the private service offered (such as education and health services) (STEIN, 2020).

In addition, with the increasing possibilities of use of smart technologies and Internet of Things (IoT), even more access to personal data comes with the advent of smart energy meters, for example: new forms of sensors and meters that can be remotely accessed, communicate information about user behavior and support intelligent applications for consumption and pricing of distributed resources. It is known that AI systems work better the greater the amount of data they have access to – therefore, data sharing will be critical to successfully implement AI technologies for smart consumption, which could make more rational use of multiple resources and improve efficiency in delivery. However, the growing use

of such devices raises concerns about the private information that might be obtained about individuals through their behavior patterns, making the holders of such data fearful of accidental or malicious surveillance, targeted home invasions, creation of profiles, behavior tracking or identity theft. Thus, additional responsibilities are placed on the utilities as custodians of this data, and this fact raises important questions about the storage, use, transfer and disposal of these data (STEIN, 2020, p. 923).

These privacy issues directly conflict with efforts to minimize AI duplication training and to facilitate data sharing, steps that are crucial to enabling modernization of services (including power supply). To address this offset, stakeholders and regulators can take a number of important steps to minimize the negative privacy implications of using all of this energy data. There are at least two avenues to help facilitate these collaborations:

(I) *Adoption of strict procedures to anonymize data related to energy consumption*: data anonymization – the implementation of data de-identification processes so that information can no longer be identified, related, described, referenced, associated or linked, directly or indirectly, to a particular individual – is a commonly used technique to protect privacy. Anonymization techniques include randomization and generalization – however, such processes, technically, are not 100% effective, which still leaves a lot of uncertainty. Nevertheless, the Brazilian General Data Protection Law (LGPD) already states the mandatory adoption of data anonymization and pseudonymization processes in its arts. 12 and 13 (BRASIL, [2020]);

(II) *Regulation of Data Ownership*: generally, public services' customers have the right to access their own data, but there are different views on whether third parties can access this data, as well as who owns it. Brazilian LGPD already exists in this sense, as observed from its art. 5º, V (BRASIL, [2020]).

Even simpler applications using AI – such as car locators in parking lots from vehicle photographs, cross-referenced with GPS data – can raise privacy concerns, being the main ones related to (TUCKER, 2019):

(I) *The persistence of stored data*: information created by users can persist in storage even longer than the lifetime of the human being who created it, due to the relatively low cost of data storage;

(II) *The possibility of data reuse*: in addition to the practically indefinite persistence, it is not known how the generated data can be used in the future (by security services, by the State, by marketing or insurance companies etc.);

(III) *The data overflow*: data can record information not just about the data subject – for example, other people can have their images recorded in photographs read by AI algorithms (for example, a selfie taken in a parking lot by one person may reveal a license plate belonging to a third-party's car

parked in the same lot), and such information can be cross-checked against others (such as facial recognition, license plate databases, social networks etc.). Although these third parties have not chosen to create data about them, its creation may have future repercussions.

These three problems pose new challenges to the legal treatment of privacy, as they contradict the traditional ways through which people can decide to create personal data that can later be used to inform an algorithm. And, more specifically, about the value of consent to privacy regulations around the world.

The collection of user data from online applications and services is reinforced by the significant profits that the private sector can make by quickly and conveniently providing a wide range of services to users (PELTZ; STREET, 2020, p. 95). In the current paradigm, terms of use and privacy agreements are confusing, being written to dull their impact, thus urging users to automatically accept a certain risk in exchange for convenience and “free” access. Third parties, including governments, also gain access to these data in a variety of ways. As if the erosion of individual privacy protections and the potential dangers that it poses to individual autonomy and democratic ideals weren’t already alarming enough, the “digital substitute” of people created from this paradigm – that is, the digital profile of each AI-powered individual, containing their characteristics, preferences, and tendencies, based on the data collected from their behavior – can soon begin to freely share thoughts, buying habits, and standard of living with the owner of such data. The engine of the surveillance economy feeds on the 2.5 quintillion bytes of generated data daily. And AI will increase the ability to analyze, collect and refine data that will be used to target the consumers who generate that data.

Algorithmic forecasting in the insurance industry can usher in a new era of customizing

policies, premiums, claims and coverage based on individual behavior and level of risk. Thus, external variables (gender, age, race, address etc.) are replaced by internal ones, that is, individual behavior, and insurance contracts can be fully configured accordingly to that. Prices related to insurance contracts, therefore, would no longer have as a reference the calculated uncertainty of a large group of policyholders – thus, everyone would have to pay only for their real exposure to risk (CEVOLINI; ESPOSITO, 2020). Although it seems fair and appropriate to customize insurance – as those who take more risks should pay more, according to such logic – there is fear that customizing prices could shape life chances and produce new forms of discrimination. Unlike the traditional stratification into social classes, with the new alliance between actuarial techniques and digital technologies, discrimination would be a consequence of individual lifestyle and generate classification situations that would affect the quality (and possibility) of individual life in ways that are still unpredictable. And for insurance companies, however, uncertainty is not just a problem, as shared uncertainty is a resource, and the availability of information about individual risks can undermine the principle of combination and distribution of risks on which the insurance industry is based. So the use of high data technology in insurance could spell the end of this industry – at least as it has been known for centuries.

It is also noted that the race to develop AI has already started, and several countries are making efforts to be the world leaders in the sector. While AI carries the promise of a smarter, more autonomous world, there are several legal concerns regarding its development – among them those related to privacy and the protection of consumer personal data. Although several countries are adopting varying degrees of personal data protection, the European Union

(EU) is a pioneer in such regulation, with its General Data Protection Regulation (GDPR). However, several aspects of such regulation raise concerns about the impact of its application on algorithms and machine learning necessary for the development of AI.

Maintaining the competitiveness of the AI sector in a country or region depends on a delicate balance of such a goal in relation to the protection of privacy (HUMERICK, 2018). There are public policies that can bring such a balance, such as public funding for AI development – a strategy adopted by China – and encouraging the development of less invasive AI techniques – such as Google’s OpenAI, which, although not as effective, as for the unlimited AI in data access, it is cautious in the development and respect for consumer privacy. However, the regulation of the use of personal data without creating means to facilitate its use for the training and learning of AI systems will rather cause the perishing of the normative system for the protection of personal data that simply chooses to protect privacy of users without any balance in the face of the need to maintain technological innovation in the territory where such law applies, as organizations and private companies involved in the development of AI will seek ways to circumvent the protections that are too prohibitive to the use of data, given that the AI learning and development ability depends on analyzing huge amounts of data.

4 The fallacy of consent and the state of the art in privacy by design

The right to protect personal data has been structurally based on the consent of the owner of the personal data hitherto in Brazil – just observe art. 5º, XII, LGPD (BRASIL, [2020], our translation), which considers consent to be a “free, informed and unambiguous manifestation

by which holders agrees to the treatment of their personal data for a specific purpose” – and on this notion underlies the permission for processing personal data. Data processing algorithms are being increasingly introduced into society, but data protection and privacy rules have presented difficulties to incorporate particularities of information societies with intensive use of data, and because of that, challenges to the role and concept of consent are particularly evident (GIANNOPOULOU, 2020). Although for some the LGPD clearly defines the forms of consent, not allowing the user to consent through long, exhaustive and obscure information on how the use of user data will take place (BARRETO JUNIOR; NASCIMENTO; FULLER, 2020, p. 20). Cotino Hueso (2017) considers that such a base is very fallible in ages of Big Data and AI. First, because the massive accumulation of data and its capture will overload the legal principles pertaining to the consensus for the protection of personal data. Second, because people are unwilling to give up the use of Information and Communication Technologies. And third, societies generally do not have a strong culture of privacy, which makes the guarantee of consent almost unrealistic or ineffective. Furthermore, in practice, consenting is standardized, which causes suspicion, as it is fallacious to believe that there is effective control of personal information through consent and the rights that complement it – and consent, in practice, becomes a “carte blanche” for the uncontrolled flow of personal data, having a merely symbolic function that, ultimately, leads to violations of the intended privacy and ineffectiveness of protective systems.

A currently widely discussed way of achieving data protection and security is the so-called *regulation by design* – which, in its simplest formulation, corresponds to the use of technical and organizational measures to achieve data protection goals (RUBINSTEIN; GOOD,

2020, p. 37). As an example, the obligation to program technological tools in such a way that it is impossible for them to violate the protection law may be cited. In the same sense of regulation by design, the concept of privacy by design was created – which corresponds to the prioritization of privacy from the conception (beginning and development) of a product or service, “permeating the feasibility studies of projects as it is done with costs, market, consumer public and others” (SOARES, 2020, p. 569, our translation). The idea of privacy by design has the scope to ensure that the future privacy of data might be guaranteed beyond compliance with procedures and/or standards, and privacy must now correspond to the organizational standard, with its incorporation into the *modus operandi* of each company.

While privacy regulators have endorsed privacy-enhancing technologies, art. 25 of GDPR, for example, innovates by transforming this idea into a binding legal obligation (EUROPEAN UNION, 2016; RUBINSTEIN; GOOD, 2020, p. 37). And with regard to the Brazilian LGPD (BRASIL, [2020]), its arts. 12 and 13 bring an order similar to that of GDPR, regarding the possibilities of using anonymization and pseudonymization techniques. Teixeira and Armelin (2019, p. 70-72) explain that obligations of anonymization should consider the reasonable and available techniques adopted at the time of data processing – that is, even if better techniques emerge later, it is the state of the art at the time of processing which must be considered, due to the exponential advance of technology over time, and what will be reasonable later is unpredictable. In addition, the Brazilian National Data Authority (ANPD) should regulate how access to data for research may be done, as well as the responsibility of the research body for information security. Bearing in mind, however, that contrary to art. 25 of the GDPR, the LGPD does not use

the expression *state of the art* in security to address the issue – and it is important that the ANPD, when creating the regulations for such an issue, use that terminology, in order to obtain greater effectiveness with regard to the security of personal data.

The aforementioned European regulatory device, however, as currently conceived, is poorly aligned with privacy engineering methods and privacy-enforcement technologies – especially with regard to “hard” enforcement technologies, which end up causing little trust in third parties (including here data controller agents, for example), using cryptographic techniques to obtain data access minimization (RUBINSTEIN; GOOD, 2020). In order to promote data protection in its own right, instead of just reinforcing the general principles of the GDPR, its art. 25 should be interpreted as requiring the implementation of private engineering and harsh privacy-enforcement technologies. A bold way to achieve this is to require data controllers to use such available technologies to minimize data.

Moreover, for a gradual implementation of privacy techniques, the following steps should be taken: (i) the establishment of data protection regulators that insist on a central role for privacy engineering and privacy-enhancing technologies in projects from the Public Sector; (ii) the issuance of guidelines on art. 25 (and on arts. 12 and 13, LGPD, in the Brazilian scenario) in vigorous terms, which clearly require the implementation of privacy technology according to the “state of the art”; and (iii) rewarding good examples of privacy engineering, rather than simply penalizing flaws.

Regarding the use of data by public organizations, arts. 25 to 27 of the LGPD (BRASIL, [2020]) point out the ways through which personal data managed by such organizations can be shared. In this sense, only for the execution of public policies, provision of public

services, decentralization of public activity and dissemination, and access to information by the general public may sharing occur. In addition, the transfer of personal data to private entities is prohibited – except when the data is publicly accessible, when there is a legal provision or the transfer is supported by contracts, agreements or similar instruments, or when the execution of a service or measure requires it (PAIVA, 2020, p. 170). There is also an exception in the case when the transfer of data is exclusively aimed at preventing fraud and irregularities, or to protect the security and integrity of the data subject, as long as processing for other purposes is prohibited.

Although AI has been appearing more frequently in public debate in recent years, little is known about the factors that shape people's attitudes towards such technology. In this sense, the study by Lobera, Fernández Rodríguez and Torres-Albero (2020) researched about such factors by analyzing data from a survey in Spain. The work has shown that cultural values and attitudes to science provide an effective explanation of people's opposition to AI – then, those who express egalitarian values and privacy concerns are more likely to oppose AI, as well as are people who express less confidence in the actual application of science and who are less predisposed to innovation and change. The strongest opposition to AI was presented in relation to robotization in the workplace by technology – emerging the “smart machine” as a new threatening element.

The widespread use of AI to make decisions about too many aspects of human lives has provoked controversy due to the risks and limitations of that technology. The impact of AI on digital privacy is of great concern, as AI leads to ubiquitous data collection, identification problems, and a lack of algorithmic accountability. Even so, Els (2017, p. 234-235)

suggests that AI might also help alleviate many digital privacy challenges, and its use and development should be understood only as threats to privacy. New techniques, built into differential privacy and deep learning, minimize the amount of sensitive information collected, stored and shared with third parties, allowing companies to continue to learn a lot, and in a valuable way, about their users' activities. Auditors and AI officials could represent the interests of consumers through collectivization and correction of incentives, and monitor the likelihood of re-identification or discriminatory results in other systems. Furthermore, AI can help define what privacy is, a work that has often proved elusive and detrimental to the ability to enact more significant privacy protections. The successful implementation of these techniques will also depend on the coordination of legislation and private action to ensure that they realize their full potential.

Big Data analytics and AI make non-intuitive and unverifiable inferences and predictions about people's private information (their behaviors, preferences, and private lives). Such inferences are founded on very rich and diverse data, creating new opportunities to decide in a discriminatory, biased and invasive way. GDPR – and the Brazilian regulation that was inspired by it, LGPD –, while aiming to protect people's privacy, identity, reputation and autonomy, does not protect data subjects from the new risks of inferential analysis. According to Wachter and Mittelstadt (2019), individuals have little control or supervision over the ways in which their personal data are used to make inferences about them. Compared with other types of personal data, the inferences are effectively “economic class” personal data in GDPR, with the rights of data subjects to know (arts. 13-15), rectify (art. 16), suppress (art. 17), objecting (art. 21) or transporting (art. 20) personal

data are significantly restricted for inferences. GDPR also offers insufficient protection against sensitive inferences (art. 9) or solutions to contest important inferences or decisions based on them (art. 22 (3)) (EUROPEAN UNION, 2016).

Thus, a new data protection right, a “right to reasonable inferences”, could close the liability gap currently represented by “high-risk inferences” – those made from Big Data analytics that harm privacy or the reputation of data subjects, as they are predictive or based on opinions (WACHTER; MITTELSTADT, 2019). The right to reasonable inferences would require that an *ex ante* justification be provided by the data controller to establish whether an inference is reasonable. Such a justification would address: i) why certain data form a normatively acceptable basis from which to draw inferences; ii) why these inferences are relevant and normatively acceptable to the automated decision; and iii) the accuracy and statistical reliability of such data and the methods used to make inferences from them. This *ex ante* justification would be supported by an additional *ex post* mechanism, which would allow the holders to contest unreasonable inferences.

5 Regulation of data capture and AI: new proposals

Data is the most important aspect in training AI systems, as algorithms learn from huge sets of preexisting data. However, data used by AI systems sometimes are illegal, discriminatory, altered, unreliable, or simply incomplete. Therefore, the more data is provided to AI systems, the more likely they are to produce discriminatory decisions and privacy violations through their use. To solve this problem, Yanisky-Ravid and Hallisey (2019) propose an AI model based on data transparency and

focused on data disclosure, not on the initial software and its programmers. Thus, audit regimes and certification programs administered by a government agency could verify the transparency of the algorithm – or, in its absence, by private institutions. Such a model would thus encourage industry to be proactive in taking steps to ensure that their datasets are reliable. Adapting this proposal to what institutes the Brazilian LGPD, the ANPD would be responsible not only for regulating practices related to data protection, but also for encouraging the private sector to create reliable mechanisms for auditing and transparency, taking advantage of the state of the art technology for this, and balancing, at the same time, the need to protect the privacy of personal data and the use of data in favor of technological innovation in the sector – considering that such mechanisms could become marketable tools and processes for security products and services.

Alamäki, Mäki and Ratnayake (2019) showed that data quality has several dimensions and factors that influence its reliability – which is related to accuracy, legal validity, and commercial value of the data. Concern about privacy affects data reliability, as users can manipulate the information they provide. The challenge for most AI systems today is their learning’s inability to distinguish biased or corrupted data from high-quality data. That is, AI systems can process data, but cannot evaluate its creation process. Thus, data can technically meet certain requirements, but in fact may have its content biased or corrupted. Furthermore, data processing professionals are not always able to differentiate between bad data and high-quality data, especially when they do not know how such data was collected and pre-processed. Thus, the authors demonstrate that the quality of data affects the reliability of the results – with the concern with privacy being a factor that

influences reliability. And they suggest, therefore, that emphasis should be placed on the early stages of data collection processes, when human factors or scarcity of data capture technology can corrupt data quality.

One of the main problems regarding security and privacy of consumer data is the non-accountability of companies that deal with them for the risk they represent for such legal assets (JIN, 2019). And the establishment of a regime of total responsibility presupposes the overcoming of three difficulties: i) observation of the real action of companies in collecting, storing and using data; ii) quantifying the consequences of their practices for consumers' personal data – in particular, prior to the realization of low-probability adverse events; and iii) establishing a causal link between the practice of data by a company and its consequences.

Although privacy has been seen as an obstacle to innovation, being considered by many as something that increases the costs of data governance without providing real benefits, the attitude of many stakeholders in the relationship between privacy and innovation has been changing, being that this is an increasingly fundamental right, being more and more adopted as a facilitator of innovation, as consumer confidence is essential for doing business with data-based products and services (BACHLECHNER; VAN LIESHOUT; TIMAN, 2020). In addition to building trust by demonstrating responsibility in processing personal data, companies are using privacy protection tools in areas such as data storage and archiving. A proactive approach to privacy, which means that the legal framework is not minimized but taken seriously, makes this much easier. In other words, fully considering not only the law but also additional measures to protect privacy may be a greater effort, but it will have a return in the medium and long terms, as well as

responsible attitudes from a socio-environmental point of view by companies have been consumer-pleasing, responsibility for data privacy will undergo a similar transformation.

But privacy as a driver of innovation still faces challenges – being the main ones: the lack of profitability of privacy-friendly offerings, conflicts with new and existing business models, the low value placed on privacy by individuals, latent cultural specificities, gaps in skills, and regulatory gaps. Furthermore, for the success of the privacy markets not only the challenges related to profitability and business models need to be overcome, but also the challenges related to the individual assessment of privacy, cultural differences, skills and regulations.

Not only technical limitations cause such difficulties, but also misaligned regulation does. Currently, the practices of such companies can still be considered, many times, poorly regulated, which leads them to hide real data practices from the public, obfuscate information disclosed to consumers, and/or blame other random factors (act of God, force greater, fact caused by the consumer etc.) by the damage they perpetrate. In this regard, additional changes are needed to provide more transparency in the progression of data practice towards harmful outcomes, and to translate the results into incentives that directly affect companies' choice of data practice. Such changes cannot slow down technological innovation or end the viability of companies. However, regulation should aim to help build consumer-friendly data practices that stand out from harmful practices, which may promote respectful innovations consumer demands for privacy and data security.

There are several ways to deal with misaligned incentives – through new legislation, industry self-regulation, court rulings and consumer protection measures. Perhaps the most significant are the following ones (JIN, 2019):

(I) *Security regulation*: improper quality control of privacy and data security issues can have random and noisy consequences, such as identity theft and fraud. Furthermore, the ways through which companies decide how they will handle consumer data are often not observable by end consumers. The common solution for this is to directly regulate the company's actions – pre-establishing the conditions under which companies must store and process data, standards to be observed regarding periodic inspections and audits etc. But these regulations are based on the assumption that good and harmful practices are known – which is not easy to find in data practice, as the rapid technological evolution of the sector makes it very difficult for public authorities (judges, politicians, experts, technical committees etc.) to evaluate good practices. Thus, it is difficult to ensure that regulations are updated in parallel to each round of technological advancement;

(II) *Company disclosure and consumer choice-dependent approach*: to make this approach effective, it is assumed that consumers are able to make the best choices for themselves, provided that they have adequate information at hand. But this is not effective for privacy and data security, as it is already widely scientifically reported that most consumers do not read the notices and terms relating to privacy practices. Furthermore, many data-intensive companies may not have an interface with consumers, and it may be difficult for consumers to choose, as they are not able to assess different data practices, so they may also not know what options are available to mitigate potential damage. And companies' data practices can change very often in reality as well, in the light of technological advancement – so providing up-to-date notices to consumers can be impractical and even overwhelming;

(III) *Self-regulation*: this approach assumes that, as companies have greater know-how about

data technologies and practices, they would be better positioned than State authorities, for example, to identify best practices. In fact, for authors such as Katyal (2019), it would be fruitless to look only at the role of the (so reluctant) State to address issues of algorithmic accountability – and the focus of regulation on algorithmic accountability should also cover other ways to ensure more transparency and accountability, originated in the private industry. The question of algorithmic responsibility before the realization of fundamental rights represents a crucial new world of concerns. Currently, the activities that raise the greatest concerns about due process, discrimination, privacy and data security are those of private companies, not so much of the States. Thus, self-regulatory practices such as codes of conduct, impact statements and whistleblower protection could encourage greater endogeneity in the application of fundamental rights. But history suggests that self-regulation may not occur without the threats posed by State regulation, and this suggests that government efforts can be complemented, but not replaced, by industry companies' attempts to build self-regulation (JIN, 2019). Even so, there are technical obstacles in relation to the construction of an effective self-regulation, as many organizations are trying to develop classification systems in the practice of data, but there is no comprehensive and updated information related to each particular company to facilitate such a posture;

(IV) *Definition and requirement of obligations relating to privacy in the use of data as rights*: in practice, EU has followed the approach of privacy as being a part of Human Rights, which restricts transfer and contracting rights. Thus, EU has recognized individual rights to access, process, rectify and erase data in its GDPR. Because it is so recent, the impact of GDPR has not had very salient concrete effects yet, but two challenges to

its applicability should be mentioned – which may impede data-based innovations if the innovator has to obtain data usage rights from multiple parties with advance: (i) in relation to many products and services that use data (autonomous cars, for example), data does not exist until the user interacts with the system, often with the support of third parties (GPS services, vehicle insurance companies etc.), and this raises serious doubts as to who the data should belong to (whether the user, the producer or third parties); (ii) even if data ownership is clearly defined in public regulations, this does not mean perfect compliance – piracy and counterfeiting are good examples of that.

Finally, the issue of data privacy regulation becomes even more complex because of the existence of particularities of each type of organization that work with them. Especially with regard to organizations that provide humanitarian aid (such as the Red Cross), compliance with data protection principles is not enough, as such actors must also comply with humanitarian principles to ensure the provision of impartial and neutral assistance that does not harm the beneficiaries in any way. Therefore, Barboza, Jasmontaitè-Zaniewicz and Diver (2020) analyze a hypothetical AI-based facial recognition system that could assist humanitarian organizations in their efforts to identify missing persons. Scholars recognize that such a system could create risks by providing information on missing persons that could be used by harmful third parties to identify and target vulnerable groups; therefore, such a system should be implemented only after carrying out a holistic impact assessment, to ensure its adherence to data protection and humanitarian principles. Thus, humanitarian principles such as the obligation to not cause damage, participation of beneficiaries, building local capacity and responsibility must

be harmonized with those concerning data protection, such as limitation of the purpose of use, security of data and justice in the face of possible discriminatory trends.

6 Conclusion

This research aimed to address the complexity of protecting privacy in the face of the challenges and risks that AI data capture and processing activities pose to the fundamental right to privacy. As a result of this objective, the popularization of various types of electronic devices, added to the ubiquity of the internet and the increase in spending on health services, has led people to become interested in performing various health monitoring tasks. This has created an impression that patients themselves can take responsibility for their treatments, in addition to professionals. But companies that develop and promote the use of AI in health do not always pay attention to the most sensitive issues of its popularization regarding the risks that the capture, treatment and storage of sensitive data represents for the right to privacy of their users and patients. Furthermore, regulation of the use of AI tools that handle personal data must take into account not only data protection and privacy principles, but also other principles relating to the nature of its activities. Therefore, a dialogic and transdisciplinary normative posture must be built, considering the type of organization that works with such technologies.

The use of predictive algorithms can change the reality of various types of commerce and services. Prices can now be calculated based on external, behavioral variables, and no longer on external generalized ones. However, as fair as the individualization of prices may seem, it can generate new forms of discrimination, which are

somehow different from the current prejudices based on generalized social stratification, and which are still unpredictable. On the other hand, it is necessary to balance the right to privacy regarding personal data and the goal of developing the AI sector, as protection without considering the great need that such sector has for personal data for training and learning can lead to its economic collapse. Public funding for digital health and encouraging the development of less invasive techniques for using data are interesting strategies for this purpose.

Security and privacy regulation on the use of data by companies – data that serve as a basis for the development and technological innovation based on AI – should not only curb harmful practices to privacy and security, but encourage good practices developed throughout innovation process. However, given the complexity and the recent nature of the proliferation of AI use in the market, several regulatory practices must be considered simultaneously, in a complex way, as each one has its particular problems and positive potentials. Thus, regulation by data authorities must be complemented with self-regulation by sector organizations and companies, with transparency practices by companies being required (and, in turn, qualified with consumer choice, when possible), and addressing the issue of data security and privacy from enforceable human rights perspective. Respecting privacy builds consumer confidence; therefore, a proactive stance on the part of companies – not only respecting data privacy protection laws, but also developing social responsibility in this regard – can be considered an incentive for technological innovation (although this may encounter obstacles to various natures). Thus, recognizing the relationships between users of health data collection applications/devices and their data controllers – that is, companies that perform health data treatment services –

as being fiduciary could be a legal method of privacy protection users, which would not compromise the evolution of the state of the art of technologies related to health data.

Data might prove to be too persistent, reused indefinitely, and concern third parties who have not consented to its production or its processing by companies using AI. The value of consent, which is the basis of legal data protection systems, is this time significantly impaired in terms of its practical effectiveness. Even so, personal data protection legislation (especially the GDPR and the LGPD) has basically relied on the idea of the data subject's consent for its use – through digital consent terms, for the most part. That is, they have centered their systematics on a fallacious idea in practice. Users will not relinquish the use of ICTs, but there is not a strong culture of privacy in society, and the taking of consent thus has a merely symbolic function which, ultimately, leads to non-compliance with the duty to protect private data. Given the advancement of techniques for obtaining and processing personal data, as well as ICTs (among them, AI), it is essential that data protection laws around the world establish, in detail and rigorously – and if necessary, with specific regulations just for that – about the adoption of anonymization and pseudonymization techniques concerning the state of the art of such processes, therefore.

AI has not been opposed by its future users because of damage to privacy in general. The argument that most causes such technology to be opposed by users is that of replacing people with machines. However, AI is not a technology that only threatens the right to privacy. If well-coordinated with legislative regulation and with private self-regulation, several gains to the protection to privacy may occur through the application of AI in a digital networked environment.

Sobre o autor

Mateus de Oliveira Fornasier é doutor em Direito pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; pós-doutor em Direito e Teoria (Law and Theory) pela University of Westminster, Londres, Reino Unido; professor do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, RS, Brasil. E-mail: mateus.fornasier@unijui.edu.br

Este artigo foi elaborado no âmbito do projeto “A democracia no século XXI e as novas tecnologias”, financiado pelo Programa Pesquisador Gaúcho, da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul.

Como citar este artigo

(ABNT)

FORNASIER, Mateus de Oliveira. The use of AI in digital health services and privacy regulation in GDPR and LGPD: between revolution and (dis)respect. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 201-220, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p201

(APA)

Fornasier, M. de O. (2022). The use of AI in digital health services and privacy regulation in GDPR and LGPD: between revolution and (dis)respect. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(233), 201-220. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p201

References

ALAMÁKI, Ari; MÄKI, Marko; RATNAYAKE, R. M. Chandima. Privacy concern, data quality and trustworthiness of AI-analytics. In: FAKE INTELLIGENCE ONLINE SUMMIT, 1., 2019, Pori, FI. *Proceedings* [...]. Pori, FI: Satakunta University of Applied Sciences, 2019. p. 37-42. Available at: <http://urn.fi/URN:NBN:fi-fe2019051315372>. Access on: Oct. 19, 2021.

ARORA, Chirag. Digital health fiduciaries: protecting user privacy when sharing health data. *Ethics and Information Technology*, [s. l.], v. 21, n. 3, p. 181-196, Feb. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10676-019-09499-x>. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10676-019-09499-x>. Access on: Oct. 19, 2021.

BACHLECHNER, Daniel; VAN LIESHOUT, Marc; TIMAN, Tjerk. Privacy as enabler of innovation. In: FRIEDEWALD, Michael; ÖNEN, Melek; LIEVENS, Eva; KRENN, Stephan; FRICKER, Samuel (ed.). *Privacy and identity management: data for better living: AI and privacy*. Cham: Springer, 2020. p. 3-16. (IFIP AICT Tutorials, v. 576).

BARBOZA, Júlia Zomignani; JASMONTAITÈ-ZANIEWICZ, Lina; DIVER, Laurence. Aid and AI: the challenge of reconciling humanitarian principles and data protection. In: FRIEDEWALD, Michael; ÖNEN, Melek; LIEVENS, Eva; KRENN, Stephan; FRICKER, Samuel (ed.). *Privacy and identity management: data for better living: AI and privacy*. Cham: Springer, 2020. p. 161-176. (IFIP AICT Tutorials, v. 576).

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; NASCIMENTO, Ariane Azevedo Carvalho do; FULLER, Greice Patrícia. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: efetividade jurídica do

consentimento do titular para tratamento dos registros. *Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro – RECONTO*, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 1-23, jul./dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.33636/reconto.v3n2.e037>. Available at: <http://revistareconto.com.br/index.php/Reconto/article/view/80>. Access on: Oct. 19, 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Access on: Oct. 19, 2021.

CEVOLINI, Alberto; ESPOSITO, Elena. From pool to profile: social consequences of algorithmic prediction in insurance. *Big Data & Society*, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 1-11, July/Dec. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1177/2053951720939228>. Available at: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053951720939228>. Access on: Oct. 19, 2021.

CHANG, Anthony. The role of artificial intelligence in digital health. In: WULFOVICH, Sharon; MEYERS, Arlen (ed.). *Digital health entrepreneurship*. Cham: Springer, 2020. p. 71-81. (Health Informatics).

COTINO HUESO, Lorenzo. *Big data e inteligencia artificial: una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales*. *Dilemata*, [s. l.], año 9, n. 24, p. 131-150, 2017. Available at: <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000104>. Access on: Oct. 19, 2021.

ELS, Andrea Scripa. Artificial intelligence as a digital privacy protector. *Harvard Journal of Law & Technology*, [s. l.], v. 31, n. 1, p. 217-235, 2017. Available at: <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/31HarvJLTech217.pdf>. Access on: Oct. 19, 2021.

EUROPEAN UNION. *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016*. On the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). Brussels: EUR-Lex, 2016. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Access on: Oct. 19, 2021.

GIANNOPOULOU, Alexandra. Algorithmic systems: the consent is in the detail? *Internet Policy Review*, [s. l.], v. 9, n. 1, p. 1-19, Mar. 2020. DOI: <https://doi.org/10.14763/2020.1.1452>. Available at: <https://policyreview.info/articles/analysis/algorithmic-systems-consent-detail>. Access on: Oct. 19, 2021.

HUMERICK, Matthew. Taking AI personally: how the E.U. must learn to balance the interests of personal data privacy & artificial intelligence. *Santa Clara High Technology Law Journal*, [s. l.], v. 34, n. 4, p. 393-418, 2018. Available at: <https://digitalcommons.law.scu.edu/htlj/vol34/iss4/3/>. Access on: Oct. 19, 2021.

ILLADIS, Andrew. Computer guts and swallowed sensors: ingestibles made palatable in an era of embodied computing. In: PEDERSEN, Isabel; ILLADIS, Andrew (ed.). *Embodied computing: wearables, embeddables, ingestibles*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2020. p. 1-20.

ILINCA, Dragos. Applying blockchain and artificial intelligence to digital health. In: WULFOVICH, Sharon; MEYERS, Arlen (ed.). *Digital health entrepreneurship*. Cham: Springer, 2020. p. 83-101. (Health Informatics).

JIN, Ginger Zhe. Artificial intelligence and consumer privacy. In: AGRAWAL, Ajay; GANS, Joshua; GOLDFARB, Avi (ed.). *The economics of artificial intelligence: an agenda*. Chicago: The University of Chicago Press, 2019. p. 439-462. (National Bureau of Economic Research Conference Report).

KATYAL, Sonia K. Private accountability in the age of artificial intelligence. *UCLA Law Review*, [s. l.], v. 66, n. 1, p. 54-141, Jan. 2019. Available at: <https://www.uclalawreview.org/private-accountability-age-algorithm/>. Access on: Oct. 19, 2021.

KAZGAN, Mehmet. Real challenge in digital health entrepreneurship: changing the human behavior. In: WULFOVICH, Sharon; MEYERS, Arlen (ed.). *Digital health entrepreneurship*. Cham: Springer, 2020. p. 7-15. (Health Informatics).

KELLER, Perry. The reconstruction of privacy through law: a strategy of diminishing expectations. *International Data Privacy Law*, [s. l.], v. 9, n. 3, p. 132-152, Aug. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1093/idpl/iphz012>.

LOBERA, Josep; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos J.; TORRES-ALBERO, Cristóbal. Privacy, values and machines: predicting opposition to artificial intelligence. *Communication Studies*, [s. l.], v. 71, n. 3, p. 448-465, Mar. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1080/10510974.2020.1736114>.

LUPTON, Deborah. Wearable devices: sociotechnical imaginaries and agential capacities. In: PEDERSEN, Isabel; ILIADIS, Andrew (ed.). *Embodied computing: wearables, embeddables, ingestibles*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2020. p. 49-69.

PAIVA, Danúbia. A tutela dos dados processuais na era do “big data”. In: ALVES, Isabella Fonseca (org.). *Inteligência artificial e processo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 157-176.

PEDERSEN, Isabel. Will the body become a platform? Body networks, datafied bodies, and AI futures. In: PEDERSEN, Isabel; ILIADIS, Andrew (ed.). *Embodied computing: wearables, embeddables, ingestibles*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2020. p. 21-48.

PELTZ, James; STREET, Anita C. Artificial intelligence and ethical dilemmas involving privacy. In: MASAKOWSKI, Yvonne R. (ed.). *Artificial intelligence and global security: future trends, threats and considerations*. Bingley, UK: Emerald Publishing, 2020. p. 95-120.

ROHRINGER, Taryn J.; BUDHKAR, Akshay; RUDZICZ, Frank. Privacy versus artificial intelligence in medicine. *University of Toronto Medical Journal*, [s. l.], v. 96, n. 1, p. 51-53, Jan. 2019. Available at: <http://utmj.org/index.php/UTMJ/article/view/1158>. Access on: Oct. 19, 2021.

RUBINSTEIN, Ira S.; GOOD, Nathaniel. The trouble with Article 25 (and how to fix it): the future of data protection by design and default. *International Data Privacy Law*, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 37-56, Feb. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1093/idpl/iphz019>.

SOARES, Paulo Vinícius de Carvalho. A diluição das esferas de privacidade e de intimidade diante da era dos dados. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (coord.). *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 555-574. (Coleção Direito e Novas Tecnologias).

STEIN, Amy L. Artificial intelligence and climate change. *Yale Journal on Regulation*, [s. l.], v. 37, n. 3, p. 890-939, 2020. Available at: <https://www.yalejreg.com/print/artificial-intelligence-and-climate-change/>. Access on: Oct. 19, 2021.

TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*: comentada artigo por artigo. Salvador: JusPODIVM, 2019.

TSCHIDER, Charlotte A. The healthcare privacy-artificial intelligence impasse. *Santa Clara High Technology Law Journal*, [s. l.], v. 36, n. 4, p. 439-443, 2020. Available at: <https://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol36/iss4/2>. Access on: Oct. 19, 2021.

TUCKER, Catherine. Privacy, algorithms, and artificial intelligence. In: AGRAWAL, Ajay; GANS, Joshua; GOLDFARB, Avi (ed.). *The economics of artificial intelligence: an agenda*. Chicago: The University of Chicago Press, 2019. p. 423-438. (National Bureau of Economic Research Conference Report).

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI. *Columbia Business Law Review*, [s. l.], v. 2.019, n. 2, p. 494-620, May 2019. DOI: <https://doi.org/10.7916/cblr.v2019i2.3424>. Available at: <https://journals.library.columbia.edu/index.php/CBLR/article/view/3424>. Access on: Oct. 19, 2021.

YANISKY-RAVID, Shlomit; HALLISEY, Sean K. “Equality and privacy by design”: a new model of artificial intelligence data transparency via auditing, certification, and safe harbor regimes. *Fordham Urban Law Journal*, [s. l.], v. 46, n. 2, p. 428-486, 2019. Available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol46/iss2/5>. Access on: Oct. 19, 2021.



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X



9 770034 835008 00233