



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

Revista de Informação Legislativa



volume 61

243

julho a setembro de 2024



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2023 – 2024

Senador Rodrigo Pacheco

PRESIDENTE

Senador Veneziano Vital do Rêgo

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Rodrigo Cunha

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Rogério Carvalho

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Weverton

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Chico Rodrigues

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Styvenson Valentim

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTES DE SECRETÁRIO

Senadora Mara Gabrilli

Senadora Ivete da Silveira

Senador Dr. Hiran

Senador Mecias de Jesus

ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466



Revista de Informação Legislativa

Brasília – DF

volume 61

243

p. 1-278

julho a setembro de 2024

EDIÇÃO DO SENADO FEDERAL

Diretora-Geral: Ilana Trombka

Secretário-Geral da Mesa: Gustavo A. Sabóia Vieira

Secretaria de Editoração e Publicações

Diretor: Rafael A. Chervenski da Silva

Coordenação de Edições Técnicas

Coordenador: Aloysio de Britto Vieira

Editor responsável: Aloysio de Britto Vieira. Editor executivo: Raphael Melleiro. Gestão de submissão: Glaucia Cruz.

Revisão: Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. Editoração: Camila Hott, Gilmar Rodrigues e Rejane Campos.

Missão

A *Revista de Informação Legislativa* (RIL) é uma publicação trimestral, produzida pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Publicada desde 1964, a *Revista* tem divulgado artigos inéditos, predominantemente nas áreas de Direito e de Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, consequentemente, em debate no Congresso Nacional.

Fundadores

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

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

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

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 licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Indexadores

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

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

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

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

ISSN 0034-835X (Impresso)
ISSN 2596-0466 (Online)

1. Direito – Periódico. 2. Ciência Política – Periódico. 3. Relações Internacionais – 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 Sciliar, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

PARECERISTAS

Ma. Adriana de Oliveira Izá, Câmara Municipal de Jacuí, Jacuí, MG, Brasil / Dr. Alejandro Knaesel Arrabal, Fundação Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, SC, Brasil / Dra. Ana Claudia Santana, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André de Souza Dantas Elali, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Andre Vicente Pires Rosa, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antonio Teixeira de Barros, Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Me. Ariel Engel Passos, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Benjamim Brum Neto, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Betânia de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Bruno Camillotto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Bruno da Silva Conceição, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Caio Henrique Lopes Ramiro, Faculdade Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Carlos Alberto da Silva Moura Júnior, Tribunal de Justiça do Piauí, Teresina, PI, Brasil / Me. Carlos Eduardo Ferreira dos Santos, Universidade de Castilla-La Mancha, Espanha / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Cesar Augusto Baldi, Tribunal Regional Federal da 4a Região, Cachoeira do Sul, RS, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Me. Clay Souza e Teles, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Davi Augusto Santana de Lelis, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Modena Lacerda, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Fabio Carvalho de Alvarenga Peixoto, Procuradoria-Geral do Estado do Ceará, Fortaleza, CE, 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 / Me. Felipe Luiz Machado Barros, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Macaíba, RN, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Fernando Nagib Marcos Coelho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Lisboa Rodrigues, Faculdade Terra Nordeste, Caucaia, CE, Brasil / Dr. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro, Centro Universitário de Lavras, Lavras, MG, 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 / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Henrique Fernando de Mello, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, São José do Rio Preto, SP, Brasil / Me. Ícaro Fellipe Alves Ferreira de Brito, Faculdade de Desenvolvimento do Norte, São Francisco, MG, Brasil / Dr. Ielbo Marcus Lobo de Souza, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Jefferson Aparecido Dias, Procuradoria da República de São Paulo, Marília, SP, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Me. João Paulo Medeiros de Araújo, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. José Carlos

Evangelista Araújo, Faculdades de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. Jose Emilio Medauar Ommati, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Serro, MG, Brasil / Dr. José Filomeno de Moraes Filho, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Me. José Luiz de Almeida Simão, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, São José dos Campos, SP, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Ma. Larissa de Moura Guerra Almeida, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Leandro Maciel do Nascimento, Ministério Público de Contas, Teresina, PI, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério da Economia, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juba Bijos, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Lelio Maximino Lellis, Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson, Araras, SP, Brasil / Dr. Leonardo de Araújo Ferraz, Controladoria-Geral do Município de Belo Horizonte, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Letícia Regina Camargo Kreuz, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Lucas Catib de Laurentiis, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. Lucas Fucci Amato, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Luciano Henrique da Silva Oliveira, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Luciano Moreira de Oliveira, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Márcia Carolina Trivellato Perazzo, PhD Mentoría, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marciano Seabra de Godoi, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marco Aurélio Nogueira, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / Ma. Maria Ângélica dos Santos, Universidade Salgado de Oliveira, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Marlene Rodrigues Medeiros Freitas, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil / Dra. Maria Pia dos Santos Lima Guerra, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Maurício Buosi Lemes, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Me. Maurício Sullivan Balhe Guedes, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dra. Patrícia Lichs Cunha Silva de Almeida, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Santa Salete, SP, 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 / Me. Rafael Borges de Souza Bias, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, 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. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Ricardo Silveira Ribeiro, Advocacia-Geral da União, Recife, PE, Brasil / Dr. Ricardo Victor Ferreira Bastos, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dra. Roberta Correa de Araújo, Faculdade de Olinda, Olinda, PE, Brasil / Dra. Roberta Simões Nascimento, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Monteiro Pessoa, Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Rodrigo Nóbrega Farias, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, PB, Brasil / Dr. Rogério Mayer, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecidès Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Sandro Lúcio Dezan, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Saulo Tarso Fernandes Dias, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Stanley Plácido da Rosa Silva, Instituto Legislativo Paulista, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Tarsila Ribeira Marques Fernandes, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Thales Torres Quintão, Instituto Guaicuy, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dr. Valter de Souza Lobato, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Valter Rodrigues de Carvalho, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aiesta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataide Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Victor Carvalho Pinto, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Vinicius de Lara Ribas, Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Ma. Vivian Maria Caxambu Graminho, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Vladimir da Rocha França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Waldir Alves, Ministério Público Federal, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil

AUTORES

Alejandro Knaesel Arrabal é doutor em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil; professor titular e pesquisador dos programas de pós-graduação em Direito e em Administração da Fundação Universidade Regional de Blumenau (Furb), Blumenau, SC, Brasil; professor de Direito da Furb, Blumenau, SC, Brasil. / Aline Albuquerque Sant'Anna de Oliveira é doutora em Ciências da Saúde pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professora do programa de pós-graduação em Bioética da UnB, Brasília, DF, Brasil. / Almir Megali Neto é mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; doutorando em Direito na UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; assessor de conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. / André Luiz Batista Neves é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, BA, Brasil; professor do programa de mestrado em Direito da UFBA, Salvador, BA, Brasil; professor de Ciência Política, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais do programa de graduação em Direito da UFBA, Salvador, BA, Brasil; procurador da República, Salvador, BA, Brasil. / Caroline Viriato Memória é doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; analista do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, Fortaleza, CE, Brasil. / Cesar Rodrigues van der Laan é doutor e mestre em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil, com doutorado-sanduíche na Universidade de Cambridge, Cambridge, Inglaterra; especialista em Direito Legislativo pelo Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil; coordenador de Pesquisa Jurídica do Veredito Projeto de Extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; consultor legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. / Hugo Souto Kalil é mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, DF, Brasil; doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; advogado do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. / Isadora de Oliveira Silva é mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professora de Filosofia do Direito do programa de graduação em Direito da UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; coordenadora de ações sociais do Ministério da Igualdade Racial, Brasília, DF, Brasil. / Leandro Tripodi é doutor e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestrando em Administração Pública pela Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; especialista em Direito Tributário pela Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil; professor do curso de graduação em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, SP, Brasil; analista tributário da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, São Paulo, SP, Brasil. / Milton de Souza Mendonça Sobrinho é doutor em Ciência Política pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; docente permanente do programa de pós-graduação em Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, DF, Brasil; docente colaborador do programa de mestrado profissional em Políticas Públicas e Gestão Governamental do IDP em São Paulo, SP, Brasil. / Petr Muzny é doutor em Direito pela Université de Montpellier, Montpellier, França; professor sênior do Institut des hautes études européennes, Estrasburgo, França; professor titular de Direito na Université Savoie Mont Blanc Annecy, Chambéry, Savoie, França; professor adjunto da Faculdade de Tradução e Interpretação da Universidade de Genebra, Genebra, Suíça; especialista em Direito Internacional, Direitos Humanos e Direito Médico; especialista jurídico e advogado perante cortes internacionais. / Teófilo Márcio de Arruda Barros Junior é mestre em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil; doutorando em Direitos Sociais pela Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil; servidor público no Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil; professor do programa de graduação da Faculdade Invest, Cuiabá, MT, Brasil.

Sumário

- 11 **O Brasil segue os padrões internacionais de respeito ao direito à autodeterminação dos pacientes? O exemplo das testemunhas de Jeová**
Is Brazilian law in harmony with international standards on the right to self-determination of patients? The example of Jehovah's witnesses
Petr Muzny
Aline Albuquerque
- 43 **A geografia dos ambientes institucional e organizacional da inovação: um reforço das desigualdades regionais no Brasil?**
The geography of institutional and organizational innovation environments: a reinforcement of regional inequalities in Brazil?
Caroline Viriato Memória
- 67 **Entidade pública sob regime especial: natureza do Comitê Gestor criado pela Emenda Constitucional nº 132/2023**
Public entity under special regime: nature of the Managing Committee introduced by Constitutional Amendment no. 132 of 2023
Leandro Tripodi
- 101 **Autor-máquina**
Machine-author
Alejandro Knaesel Arrabal
- 123 **Desmembramento constitucional: considerações críticas**
Constitutional dismemberment: critical considerations
Almir Megali Neto
- 141 **A invenção do abuso de poder eleitoral: uma análise do período inicial de formação do conceito**
The invention of the electoral abuse of power: an analysis of its initial formative period
André Luiz Batista Neves
- 177 **A retenção dolosa de salário segundo a Constituição: perfil dogmático e de política criminal**
Wage theft according to the Brazilian Constitution: dogmatic profile and criminal policy
Hugo Souto Kalil

- 197 **A Administração Pública ganha eficiência com a autonomia formal do Banco Central? Uma avaliação sob a óptica do Direito Administrativo**
Does Public Administration become more efficient with the formal autonomy of Central Bank of Brazil? An Administrative Law assessment
Cesar Rodrigues van der Laan
- 223 **Insights teóricos e empíricos sobre controle externo e responsabilização financeira na delegação de competências**
Theoretical and empirical insights about external control and financial accountability in the delegation of competences
Teófilo Márcio de Arruda Barros Junior
Milton de Souza Mendonça Sobrinho
- 255 **Democracia militante: uma crítica à proposta de defesa da democracia contra suas próprias bases**
Militant democracy: a critique to the proposal of defense of democracy against its own bases
Isadora de Oliveira Silva

O Brasil segue os padrões internacionais de respeito ao direito à autodeterminação dos pacientes? O exemplo das testemunhas de Jeová

Is Brazilian law in harmony with international standards on the right to self-determination of patients? The example of Jehovah's witnesses

Petr Muzny¹

Aline Albuquerque²

Resumo

A falta de legislação que proteja o direito dos pacientes cria incertezas para médicos e pacientes no Brasil. Este artigo sugere maneiras para harmonizar a legislação e a jurisprudência com os padrões internacionais e utiliza como exemplos casos envolvendo pacientes testemunhas de Jeová. A metodologia empregada é o exame da jurisprudência de cortes constitucionais e internacionais em casos que os envolvem. O foco é avaliar tanto o reconhecimento do direito à autodeterminação, inclusive em casos de inconsciência e situações de emergência, quanto a objeção de consciência e responsabilidade do médico quando o paciente rejeita certo tratamento. Conclui-se que: a) é absoluto o direito dos pacientes capazes de escolher tratamento médico em harmonia com seus valores pessoais; b) os médicos que respeitam esse direito estão protegidos de responsabilização civil e criminal; e c) é necessária uma legislação que proteja o direito dos pacientes à autodeterminação.

Palavras-chave: direitos do paciente; testemunhas de Jeová; escolha de tratamento; autonomia individual; consentimento informado.

¹ Petr Muzny é doutor em Direito pela Université de Montpellier, Montpellier, França; professor sênior do Institut des hautes études européennes, Estrasburgo, França; professor titular de Direito na Université Savoie Mont Blanc Annecy, Chambéry, Savoie, França; professor adjunto da Faculdade de Tradução e Interpretação da Universidade de Genebra, Genebra, Suíça; especialista em Direito Internacional, Direitos Humanos e Direito Médico; especialista jurídico e advogado perante cortes internacionais. E-mail: petr.muzny@unige.ch

² Aline Albuquerque Sant'Anna de Oliveira é doutora em Ciências da Saúde pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professora do programa de pós-graduação em Bioética da UnB, Brasília, DF, Brasil. E-mail: alineaoliveira@hotmail.com

Abstract

The lack of legislation to protect patients' rights creates uncertainty for physicians and patients in Brazil. This article suggests ways to harmonize legislation and case law with international standards, and uses cases involving Jehovah's witness patients as examples. The methodology used is to examine the case law of constitutional and international courts in cases involving them. The focus is to assess both the recognition of the right to self-determination, including in cases of unconsciousness and emergency situations, and conscientious objection and the physician's responsibility in the face of a patient's therapeutic refusal. It is concluded that: a) the right of capable patients to choose medical treatment in harmony with their personal values is absolute; b) physicians who respect this right are protected from civil and criminal liability; and c) legislation to protect patients' right to self-determination is necessary.

Keywords: patient rights; Jehovah's witnesses; choice of treatment; personal autonomy; informed consent.

Recebido em 4/3/24

Aprovado em 26/6/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p11

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

É inviolável o direito à integridade física. Esse direito fundamental à autonomia é reconhecido em leis civis e códigos penais em todo o mundo, o que evidencia uma clara tendência internacional⁵. Embora seja signatário da *Declaração universal dos direitos humanos* e tenha ratificado a *Convenção americana sobre direitos humanos*, bem como outros

³ MUZNY, Petr; ALBUQUERQUE, Aline. O Brasil segue os padrões internacionais de respeito ao direito à autodeterminação dos pacientes?: o exemplo das testemunhas de Jeová. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 243, p. 11-42, jul./set. 2024. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p11. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/243/ril_v61_n243_p11

⁴ Muzny, P., & Albuquerque, A. (2024). O Brasil segue os padrões internacionais de respeito ao direito à autodeterminação dos pacientes?: o exemplo das testemunhas de Jeová. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(243), 11-42. https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p11

⁵ No Julgamento de Nuremberg (1945-1946) abordou-se a questão da limitação dos poderes do médico, pois o poder descontrolado pode violar a dignidade da pessoa humana; firmou-se que o consentimento é a fonte da legitimidade da ação médica e que a responsabilidade de agir para o bem do paciente não pode em si mesma justificar procedimentos médicos. Ver Lifton (1986).

tratados regionais que garantem o respeito a esses direitos⁶, o Brasil ainda não conta com uma legislação federal específica que proteja os direitos dos pacientes. Para assegurar de forma integral sua autonomia, é preciso usar como referência as normas constitucionais que garantem os direitos humanos em geral.

Resulta dessa deficiência legislativa a única referência constitucional para lidar com casos que tratam dos direitos dos pacientes: as regras do Conselho Federal de Medicina (CFM)⁷, que não são juridicamente vinculantes nem equilibradas, visto que não consideram a posição do paciente. A falta de equilíbrio não surpreende, pois foram elaboradas por médicos para proteger seus próprios interesses, em vez das demandas dos pacientes⁸. Assim, na ausência de uma legislação protetora, ao se depararem com esse complexo tema, vários tribunais têm desconsiderado por completo o direito do paciente à autodeterminação e simplesmente têm seguido as recomendações médicas. Uma análise da situação atual confirma que, apesar de algum progresso, são necessários aprimoramentos para os tribunais se harmonizarem com a jurisprudência internacional de direitos humanos.

A regulamentação deficiente do CFM não responde a diversas questões fundamentais relacionadas ao direito do paciente à autodeterminação. Por exemplo: o médico deve respeitar a recusa de um paciente com câncer a tratamentos de quimioterapia e radioterapia? E se o paciente não aceita a amputação de uma das pernas, intervenção considerada necessária para salvar-lhe a vida? Se um paciente opta pela recusa a uma terapia considerada capaz de salvar-lhe a vida, pode um médico anular aquela decisão? Se um paciente testemunha de Jeová (PTJ) rejeita uma terapia recomendada pelo médico e solicita uma alternativa que evite a transfusão de sangue, o hospital pode negar a internação? Um médico é responsável por violação física sem consentimento, se em sua opinião o tratamento salvou a vida do paciente?

Na ausência de legislação específica para resolver essas questões, médicos e juristas têm-se debruçado detidamente sobre questões existenciais para definir os contornos e os limites da autonomia do paciente. Este artigo não tenta responder a essas questões filosóficas ou morais; porém, com base em decisões internacionais e de tribunais superiores que lidaram com essas questões desafiadoras, descreve uma metodologia para resolvê-las em harmonia com princípios jurídicos, éticos e médicos. A fim de examiná-las, adotou-se a abordagem de estudo de caso; com esteio na análise de casos jurídicos envolvendo um grupo específico, investigou-se como a jurisprudência nacional e a internacional têm enfrentado

⁶ Por exemplo, o *Pacto internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais*, ratificado pelo Decreto nº 591, 6/7/1992 (Brasil, 1992a).

⁷ Uma função do CFM era “votar e alterar o Código de Deontologia Médica” (Lei nº 3.268/1957), hoje conhecido como *Código de ética médica* (Brasil, [2023b]).

⁸ O CFM é uma autarquia responsável por supervisionar a ética profissional médica e fiscalizar o seu exercício. Segundo a jurisprudência, as normas elaboradas por ele não têm caráter de lei, pois o poder de legislar “é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (Brasil, [2023a]). O Superior Tribunal de Justiça já decidiu em diversas ocasiões que as disposições do *Código de ética médica* não se enquadram no conceito de lei (Brasil, 2004, 2009, 2012a).

desafios relacionados à autonomia do paciente, como a rejeição a transfusões de sangue por um PTJ. De fato, os princípios e as conclusões provenientes desses casos podem ser aplicados a todos os pacientes, tal como o reconhece o Supremo Tribunal Federal (STF): “A análise do Direito Comparado pode servir, especialmente para assuntos polêmicos, como um importante meio de se buscarem respostas a questionamentos nacionais” (Brasil, 2011b, p. 168).

Publicações jurídicas e médicas têm admitido que “o estudo das questões relacionadas à recusa de consentimento é inspirado, em grande parte, pela posição adotada pelas testemunhas de Jeová em relação às transfusões de sangue” (Sobolewski, 2019, p. 137, tradução nossa)⁹. Desse modo, ao menos por duas razões é produtivo proceder ao estudo de caso em que um PTJ insiste em tratamento médico e cirúrgico que evite a transfusão de sangue alogênico¹⁰. Primeira: para os médicos e os juízes, tais questões jurídicas frequentemente envolvem direitos fundamentais concorrentes; no caso de um PTJ, ao direito à vida contrapõem-se o direito à autodeterminação e o direito à liberdade religiosa; em outras situações, a escolha do tratamento de um paciente talvez não se firme nesses direitos fundamentais, como no caso de ele rejeitar o tratamento recomendado pelo médico porque deseja manter seu corpo intacto ou queira evitar certos efeitos colaterais de um tratamento. Segunda razão: há discordância quanto ao fato de não se poder resolver a intervenção médica por meio de concessões, pois o PTJ rejeita quaisquer tratamentos envolvendo o sangue total ou seus componentes primários¹¹. Tais casos suscitam questões sensíveis que os juízes devem resolver para fornecer diretrizes sólidas a serem seguidas pelos profissionais da área médica.

Cinco questões balizam o artigo: a) um paciente pode ser forçado a submeter-se a um tratamento contra a sua vontade?; b) se o paciente estiver inconsciente ou numa situação de emergência, é possível usar à força uma terapia sabidamente inaceitável para ele?; c) um médico pode recusar-se a tratar um paciente que rejeita um tratamento que, na opinião do médico, é capaz de lhe salvar a vida?; d) o médico pode ser responsabilizado por respeitar a vontade do paciente, caso este morra?; e e) o médico será responsabilizado se desconsiderar a vontade de um paciente adulto e capaz, e administrar um tratamento à força? Quanto à jurisprudência, este estudo comparativo concentra-se na abordagem judicial estabelecida pelas supremas cortes de países que têm desenvolvido e mantido os mais altos padrões de proteção aos direitos humanos. Procedeu-se a uma busca em nível mundial e encontrou-se mais de uma dúzia de sentenças de cortes supremas que abordam o direito

⁹ No original: “the study of issues related to the refusal of consent is inspired, to a considerable extent, by the position of Jehovah’s Witnesses on blood transfusion”.

¹⁰ Celso Ribeiro Bastos emitiu o seguinte parecer: “[esta é] uma matéria extremamente delicada, que de há muito tempo vem sendo objeto de acirradas discussões no campo médico e jurídico” (Bastos, 2001, p. 494).

¹¹ Os adeptos da religião Testemunhas de Jeová consideram sagrado o sangue, pois seguem a orientação bíblica de “vos abstenhais [...] do sangue” (Atos [...], c2024, cap. 15, vers. 29, cap. 21, vers. 25). Por isso, abstêm-se de transfusões de sangue completo ou de qualquer um dos seus componentes primários (glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma). Testemunhas de Jeová, no entanto, talvez decidam aceitar alguns procedimentos envolvendo o uso de derivados de um dos componentes primários do sangue ou outros procedimentos em que se usa o seu próprio sangue; elas aceitam tratamento médico que não entre em conflito com as suas crenças religiosas e afirmam dar muito valor à vida (Por que [...], c2024). Ver também o documento *Cuidados com a saúde* no site oficial dessa corrente religiosa (Testemunhas de Jeová, c2022).

à autodeterminação do PTJ quando hospitais contestaram as suas decisões médicas. Este trabalho inclui jurisprudência bem estabelecida de cortes americanas em nível federal e estadual, bem como sentenças da Corte Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Em seguida, comparam-se os padrões estabelecidos por essa ampla amostra de jurisprudência com a legislação e a jurisprudência brasileiras, a fim de identificar inconsistências ou lacunas.

2 O paciente adulto competente recusa um tratamento

Os países democráticos reconhecem o direito de um paciente adulto competente à recusa de tratamentos médicos em situações em que não há risco para a vida ou em situações não emergenciais; e o Brasil ratificou leis internacionais que, de modo geral, protegem o direito de alguém decidir sobre o que será feito ou não com o seu próprio corpo¹².

Os princípios que fundamentam os cuidados de saúde exigem que toda intervenção médica seja adaptada às particularidades do paciente e às suas circunstâncias (idade, histórico médico, estado de saúde, preferências). Conforme Vidlička, Zibar, Čizmić e Grđan (2017, p. 93, tradução nossa), é um fato médico que as cirurgias

não podem ser vistas de forma genérica. Cada cirurgia tem suas especificidades relacionadas ao modo como é realizada, de acordo com os padrões da profissão médica. Consequentemente, a maneira como a cirurgia alivia, corrige o dano ou cura o paciente depende de seu estado geral e específico de saúde, do tratamento atual da condição para a qual a cirurgia é indicada, do possível tratamento de outras doenças, de determinados medicamentos que impedem a coagulação, do comportamento do paciente no que diz respeito a sua própria saúde (ou seja, dependência de álcool ou drogas) ou de sua disciplina em relação à saúde etc.¹³

¹² A *Convenção americana sobre direitos humanos* (CADH), ratificada pelo Decreto nº 678/1992 (Brasil, 1992c), estabelece o direito à integridade física, psíquica e moral (art. 5.1), do qual emanam os princípios da autonomia pessoal e do consentimento. A CADH também proíbe a tortura ou o tratamento cruel, desumano ou degradante (art. 5.2); consagra o direito à liberdade (art. 7.1); a proteção da honra e da dignidade (art. 11); a liberdade de religião (art. 12); e o direito a um recurso simples e rápido perante os juízes ou tribunais competentes que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais (art. 25.1). O *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*, ratificado pelo Decreto nº 592/1992 (Brasil, 1992b), declara a garantia de direitos sem discriminação, inclusive o direito à religião (art. 2º); proíbe a tortura ou tratamento degradante (art. 7º); garante o direito à liberdade de religião (art. 18) e a proteção de minorias religiosas (art. 27). De modo similar, o *Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais*, ratificado pelo Decreto nº 591/1992 (Brasil, 1992a), assegura direitos sem discriminação, inclusive o direito à religião (art. 2º).

¹³ No original: "Kirurški zahvati ne mogu se promatrati generalistički. Svaki kirurški zahvat ima svoje specifičnosti vezane uz način njegova izvođenja u skladu sa standardima liječničke struke. Zatim, način na koji će se kirurškim zahvatom ublažiti, popraviti oštećenje ili liječiti pacijent ovisi o njegovu općem i specifičnom zdravstvenom stanju, dosadašnjem liječenju stanja zbog kojega je indiciran kirurški zahvat, eventualnom liječenju drugih bolesti, uzimanju određenih lijekova koji sprječavaju zgrušavanje krvi, pacijentovu ponašanju prema vlastitom zdravlju (npr., ovisnosti o alkoholu ili drogama) ili njegovoj zdravstvenoj disciplini itd".

Tanto os países de direito consuetudinário quanto os de direito civil sustentam que é basilar obter o consentimento informado do paciente para o tratamento médico; sua importância foi explicada pela Corte IDH em *Poblete Vilches e Outros vs. Chile*:

[A] Corte reconheceu a relação [...] entre a obtenção do consentimento informado antes da realização de qualquer ato médico e a autonomia e autodeterminação do indivíduo como parte do respeito e garantia do direito à dignidade de toda pessoa humana, bem como seu direito à liberdade. Portanto, a Corte entende que a necessidade de obter o consentimento informado protege não apenas o direito dos pacientes de decidir livremente se desejam ou não se submeter a um ato médico, mas que é um mecanismo fundamental para alcançar o respeito e a garantia de diversos direitos humanos reconhecidos pela *Convenção americana*, tais como a dignidade, a liberdade pessoal, a integridade pessoal, incluindo a assistência à saúde, a vida privada e familiar. Dessa forma, a existência de uma relação entre o consentimento informado e a autonomia pessoal e a liberdade de tomar decisões sobre o próprio corpo e a própria saúde exige, por um lado, que o Estado assegure e respeite as decisões e escolhas tomadas de forma livre e responsável e, por outro, que seja garantido o acesso às informações relevantes para que a pessoa esteja em condições de tomar decisões informadas sobre o que fazer em relação ao seu corpo e a sua saúde, de acordo com seu próprio projeto de existência (Inter-American Court of Human Rights, 2018, p. 52, tradução nossa)¹⁴.

Os médicos também devem considerar as crenças religiosas, éticas e morais de um paciente ao estabelecerem um plano de tratamento; se o paciente se opõe a uma terapia ou a um procedimento específico, o tratamento médico deve ser modificado de acordo com sua vontade e preferências. De modo similar, o paciente que recusa uma transfusão de sangue deve receber o tratamento ou procedimento apropriado ao que ele consentiu (Vidlička; Zibar; Čizmić; Grđan, 2017).

Em termos práticos, pois, quando se depara com a recusa de um adulto consciente a um tratamento, o médico deve seguir três passos estabelecidos pela CEDH: a) determinar se a recusa ao tratamento médico é válida, verificando se o paciente tem capacidade de tomar decisões (European Court of Human Rights, 2013); b) determinar se ele recebeu informações suficientes quando aceitou ou recusou o tratamento médico e se a equipe

¹⁴ No original: “[T]he Court has recognized the relationship [...] between obtaining informed consent before performing any medical act, and the autonomy and self-determination of the individual, as part of the respect and guarantee of the dignity of every human being, as well as the right to liberty. Therefore the Court understands that the need to obtain informed consent protects not only the right of patients to decide freely whether or not they wish to undergo a medical act, but is also a fundamental mechanism to achieve the respect and guarantee of different human rights recognized by the American Convention, such as dignity, personal liberty, personal integrity, including health care, and private and family life. Thus, the existence of a connection between informed consent and the personal liberty and autonomy to take decisions regarding one's own body and health requires, on the one hand, that the State ensure and respect the decisions and choices made freely and responsibly and, on the other hand, that it ensure access to relevant information so that the individual is able to take informed decisions on the course of action to follow with regard to his body and health in accordance with his personal life plan”.

médica obteve o seu consentimento informado (European Court of Human Rights, 2011); e c) determinar se a decisão do paciente reflete sua verdadeira vontade e preferências e se não foi tomada sob coação ou influência indevida (European Court of Human Rights, 2016).

Esse procedimento analítico de três passos, que reconhece o direito à autodeterminação e ao consentimento informado, é reconhecido pela jurisprudência brasileira. Ao decidir em 2012 sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, o plenário do STF determinou que ao “Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for [...]. Compete ao Supremo assegurar o exercício pleno da liberdade de escolha situada na esfera privada” (Brasil, 2012b, p. 66-68). O direito ao consentimento informado também foi protegido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) numa decisão de 2018 segundo a qual

o princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações (Brasil, 2018, p. 11).

Anos depois, o STJ decidiu que

todo paciente possui, como expressão do princípio da autonomia da vontade (autodeterminação), o direito de saber dos possíveis riscos, benefícios e alternativas de um determinado procedimento médico, possibilitando, assim, manifestar, de forma livre e consciente, o seu interesse ou não na realização da terapêutica envolvida, por meio do consentimento informado (Brasil, 2022, p. 16).

Além disso, esclareceu que

a informação prestada pelo médico ao paciente, acerca dos riscos, benefícios e alternativas ao procedimento indicado, deve ser clara e precisa, não bastando que o profissional de saúde informe, de maneira genérica ou com termos técnicos, as eventuais repercussões no tratamento, o que comprometeria o consentimento informado do paciente, considerando a deficiência no dever de informação. Com efeito, não se admite o chamado *blanket consent*, isto é, o consentimento genérico, em que não há individualização das informações prestadas ao paciente, dificultando, assim, o exercício de seu direito fundamental à autodeterminação (Brasil, 2022, p. 17).

Alguns tribunais de apelação também confirmaram o direito de um PTJ de recusar transfusões de sangue. Em 2007, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) declarou num agravo de instrumento em favor de um PTJ que

a recusa do agravante em submeter-se à transfusão de sangue é providência legítima desde que não esteja inconsciente e possua condições de externar juízo de valor sobre os procedimentos necessários à conservação de sua vida [...]. Aparentemente, a direito à vida não se exaure somente na mera existência biológica, sendo certo que a regra constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada ao aludido preceito fundamental para encontrar-se convivência que pacifique os interesses das partes. Resguardar o direito à vida implica, também, em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que se lhe agregam (Minas Gerais, 2007).

Além do TJMG, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu em 2010 que “não pode o Estado autorizar determinada e específica [...] intervenção médica em uma paciente que expressamente não aceite, por motivo de fé religiosa, o sangue transfundido” (Rio Grande do Sul, 2010). O Tribunal Regional Federal da Primeira Região sustentou o mesmo entendimento em 2016:

É lícito que a pessoa enferma e no pleno exercício de sua capacidade de expressão e manifestação de vontade, de modo claro e indubioso, recuse determinada forma de tratamento que lhe seja dispensado, não se evidenciando nesse caso lesão ao bem maior da vida, constitucionalmente tutelado, mas se configurando, de outro modo, o efetivo exercício de conduta que assegura o também constitucional direito à dignidade e à liberdade pessoal (Brasil, 2016).

Todavia, questiona-se: na falta de legislação clara e específica que reconheça o direito *absoluto* à autodeterminação de um paciente adulto capaz, o que acontece numa situação em que há risco para a vida? Em situações emergenciais, os médicos simplesmente realizam os tratamentos e técnicas mais comuns, sem levar em conta o direito do paciente à autodeterminação? Em suma: os tribunais brasileiros protegem a autonomia dos pacientes? Ou protegem médicos que ignoram a vontade do paciente?

3 Um paciente adulto competente recusa terapia que o médico considera capaz de salvar-lhe a vida

Tribunais em todo o mundo têm aceitado a premissa moral do juiz Benjamin Cardozo (New York, 1912, tradução nossa) de que “todo ser humano adulto e com a mente sã tem

o direito de determinar o que deve ser feito com seu próprio corpo”¹⁵. Contudo, acidentes ou situações de emergência ou com risco para a vida colocam os profissionais da área jurídica e médica diante de dois dilemas: a) as decisões médicas que um paciente tomou antes de se tornar inconsciente devem ser respeitadas se ele não puder mais consentir ou rejeitar algum tratamento médico específico?; e b) o paciente tem o direito de recusar um tratamento que se considera capaz de salvar-lhe a vida? Em relação às duas questões, as leis brasileiras estão aquém dos padrões internacionais pelos motivos expostos a seguir.

3.1 O paciente inconsciente

Muitos países democráticos têm assegurado que a vontade de um paciente inconsciente seja respeitada mediante leis que reconheçam a validade da diretiva médica antecipada (DMA) – documento que permite que uma pessoa expresse antecipadamente suas preferências em relação a tratamentos médicos, caso venha a ficar inconsciente depois. No Brasil, contudo, ainda não há lei que reconheça as DMAs.

Vários casos em outros países abrangeram diretamente a questão da validade de uma DMA recusando transfusões de sangue. O mais notório dentre eles talvez tenha sido o julgado pelo Tribunal de Apelação de Ontário (Canadá) – o caso *Malette vs. Shulman*, envolvendo um PTJ que ficou inconsciente depois de grave acidente automobilístico (Ontario, 1990). Apesar de a equipe médica ter sido avisada de que a vítima carregava na bolsa uma DMA em que recusava transfusões de sangue, ela recebeu uma transfusão no pronto-socorro. O Tribunal de Apelação de Ontário confirmou a decisão de um tribunal de instância inferior de que, embora a paciente estivesse inconsciente quando deu entrada no hospital, sua expressa recusa de sangue devia ter sido respeitada.

Mais recentemente, na decisão do caso *Testemunhas de Jeová de Moscou e outros vs. Rússia*, a CEDH também reconheceu o valor jurídico das DMAs:

139. [...] parece que muitas testemunhas de Jeová fizeram uma escolha deliberada de recusar as transfusões de sangue com antecedência, sem as limitações impostas pelo tempo em uma situação de emergência, o que é confirmado pelo fato de elas se terem

¹⁵ No original: “every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body”. A origem histórica do princípio da autodeterminação remonta ao início do século XX, na jurisprudência norte-americana, tal como o caso *Mohr*, da Suprema Corte de Minnesota (1905), que foi sucedido em 2012 pelo mais conhecido caso *Schloendorff*, do Tribunal de Apelações de Nova Iorque, no qual o juiz Benjamin Cardozo introduziu o critério da autodeterminação: “todo ser humano adulto e capaz tem o direito de decidir o que deve ser feito com seu corpo; um cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento de seu paciente comete uma agressão, pela qual responderá por danos” (New York, 1912, tradução nossa); no original: “every adult and capable human being has the right to determine what should be done with his body; a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault, for which he will answer for damages”.

preparado para emergências preenchendo cartões “Sem sangue” e carregando-os em suas bolsas (European Court of Human Rights, 2010, tradução nossa)¹⁶.

Mesmo na ausência de DMAs, os tribunais também sustentaram que, se um paciente perde a consciência durante uma cirurgia, a equipe médica deve respeitar as decisões pré-operatórias do paciente cuja preferência seja clara e convincente. Por exemplo, no caso *Harvey vs. Strickland*, um cirurgião dos EUA realizou uma operação eletiva num paciente que ele sabia ser testemunha de Jeová e que não teria consentido numa transfusão de sangue (South Carolina, 2002). Ao surgirem complicações após a cirurgia, o médico obteve permissão da mãe do paciente, que não era testemunha de Jeová, para realizar uma transfusão no paciente, que ainda não tornara à consciência. A Suprema Corte da Carolina do Sul decidiu que era legalmente irrelevante o fato de a emergência médica ter surgido no pós-operatório e explicou: “A vontade de um paciente contra tratamento ou intervenção médica, quando comunicada a um médico antes da cirurgia, deve ser respeitada pelo médico responsável” (South Carolina, 2002, p. 5, tradução nossa)¹⁷.

A CEDH também ressaltou essa obrigação no caso *Lambert vs. France*. Nele a questão era se as autoridades francesas estariam violando o direito à vida ao interromper a administração de cuidados paliativos a um paciente em estado neurovegetativo. Concentrando-se na questão mais decisiva desse caso, a CEDH sustentou que “o paciente é a parte principal no processo de tomada de decisão e seu consentimento deve permanecer no centro; isso é verdadeiro mesmo quando o paciente não consegue expressar a sua vontade” (European Court of Human Rights, 2015, tradução nossa)¹⁸. De modo similar, em *Soares de Melo vs. Portugal*, a CEDH sustenta que,

na esfera da assistência médica, a imposição de um tratamento sem o consentimento livre, explícito e esclarecido de uma pessoa adulta no pleno gozo das suas capacidades mentais não estaria em conformidade com o direito à integridade física e, *a fortiori*, com a Convenção [...]. Um modo de proceder semelhante deve ser considerado incompatível com o respeito da liberdade e da dignidade do homem, que constitui um dos princípios fundamentais da Convenção (Corte Europeia de Direitos Humanos, 2016, § 109).

Em concordância com isso, três supremas cortes abordaram esta questão: a vontade e a preferência de um PTJ inconsciente devem ser consideradas e respeitadas numa situação de emergência? As três cortes concordaram tanto em sua abordagem quanto em

¹⁶ No original: “[...] it appears that many Jehovah’s Witnesses have made a deliberate choice to refuse blood transfusions in advance, free from time constraints of an emergency situation, which is borne out by the fact that they had prepared for emergencies by filling out ‘No Blood’ cards and carrying them in their purses”.

¹⁷ No original: “A patient’s wishes against medical treatment or intervention, when made known to a physician prior to surgery, must be followed by the attending physician”.

¹⁸ No original: “it is the patient who is the principal party in the decision-making process and whose consent must remain at its center; this is true even where the patient is unable to express his or her wishes”.

suas conclusões. A Suprema Corte da Polônia decidiu que “a diretiva médica do paciente preparada com antecedência em caso de coma, que consiste no desejo de ser tratado por um médico em situações que podem ser previstas no futuro, é vinculante para um médico se tiver sido feita de forma explícita, clara e inequívoca” (Poland, 2005, p. 1, tradução nossa)¹⁹. A Suprema Corte de Porto Rico destacou a preeminência da vontade do paciente ao estabelecer que “nem o representante do paciente nem seus familiares podem recusar ou consentir na administração de determinado tratamento médico se não apresentarem evidências de que essa teria sido a vontade do paciente naquelas circunstâncias” (Puerto Rico, 2010, tradução nossa)²⁰. Na Argentina, a Corte Suprema de Justicia de la Nación ressaltou que uma

resolução judicial que autorize a submissão de uma pessoa adulta a um tratamento contra sua vontade não seria constitucionalmente justificada quando a decisão do indivíduo tiver sido tomada com pleno discernimento e não afetar diretamente os direitos de terceiros. Portanto, desde que uma pessoa não ofenda a ordem, a moral pública ou os direitos de outros, seu comportamento, mesmo que seja público, pertence a sua esfera privada e deve ser respeitado, ainda que seja preocupante para terceiros ou não esteja de acordo com os padrões de comportamento coletivo (Argentina, 2012, tradução nossa)²¹.

Tribunais superiores estrangeiros têm rejeitado argumentos de que os pacientes podem ter mudado de ideia entre o momento em que assinaram a DMA e o momento em que ficaram inconscientes. Esses tribunais mantiveram as escolhas do paciente expressas nas DMAs; em vez de cogitarem da possibilidade de o paciente ter mudado de ideia numa situação crítica, esses tribunais mantiveram a expressão inequívoca e conhecida da vontade do paciente.

Até o momento, o Brasil não conseguiu estabelecer o reconhecimento legal da DMA de um adulto competente. Por não acompanhar outras jurisprudências democráticas, o sistema jurídico do País deixa um adulto informado e competente sem meios legais de garantir que a sua vontade será respeitada caso fique inconsciente.

¹⁹ No original: “the patient’s medical directive prepared in advance in case of a coma, which consists of one’s wish to be treated by a medical practitioner in situations may be anticipated in the future, is binding for a doctor if it was done explicitly, clearly and without any doubts”.

²⁰ No original: “ni un subrogado, ni un familiar de un paciente pueden rechazar o consentir la administración de cierto tratamiento médico si no presentan prueba de que esa hubiese sido la voluntad del paciente en tales circunstancias”.

²¹ No original: “una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros. Así, mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo”.

3.2 A rejeição de uma terapia que os médicos consideram capaz de salvar a vida

Apesar de reconhecer o direito pessoal à autodeterminação, a maioria dos tribunais superiores tem dificuldades em saber se os interesses do Estado podem sobrepor-se a esse direito na circunstância extrema em que os médicos acreditam que determinada intervenção é necessária para evitar um resultado fatal. Nos EUA, por exemplo, alguns tribunais equilibraram os interesses conflitantes e consideraram que o

direito de recusar tratamento médico [...] não é absoluto. O Estado pode intervir num determinado caso se os interesses do Estado superarem os interesses do paciente em recusar o tratamento médico [...]. De modo geral, os tribunais consideram quatro interesses do Estado – a preservação da vida, a prevenção do suicídio, a proteção de terceiros e a integridade ética da profissão médica – ao decidirem se devem anular decisões competentes sobre tratamento (Florida, 1989, tradução nossa)²².

Embora concordem em que o direito do paciente de recusar tratamento médico não é absoluto, muitos tribunais chegaram ao entendimento de que, em casos envolvendo PTJ, nenhum dos quatro interesses do Estado citados pode sobrepor-se à recusa de transfusões de sangue de um adulto competente; e firmaram que o “direito de um paciente de recusar o tratamento de manutenção da vida foi reconhecido nesses casos, não porque o Estado considerasse suas vidas sem valor, mas porque o Estado valorizava o direito da pessoa de decidir que tipo de tratamento deveria receber em circunstâncias específicas” (New York, 1990, p. 60, tradução nossa)²³. No caso *Pretty vs. Reino Unido*, a CEDH decidiu que

a capacidade de conduzir a vida de acordo com a própria escolha também pode incluir a oportunidade de praticar atividades consideradas física ou moralmente prejudiciais ou perigosas para o indivíduo em questão. [...] No entanto, mesmo quando a conduta representa perigo para a saúde ou quando possivelmente oferece risco de vida, a jurisprudência das instituições da *Convenção* tem considerado a imposição de medidas compulsórias ou criminais pelo Estado como uma violação da vida privada do

²² No original: “The right to refuse medical treatment, [...] is not absolute. The State may intervene in a given case if the State's interests outweigh the interests of the patient in refusing medical treatment. [...] Generally, courts consider four State interests – the preservation of life, the prevention of suicide, the protection of third parties, and the ethical integrity of the medical profession – when deciding whether to override competent treatment decisions”.

²³ No original: “The right of a patient to decline life-sustaining treatment was recognized in these cases, not because the State considered their lives worthless, but because the State valued the right of the individual to decide what type of treatment he or she should receive under particular circumstances”.

requerente no sentido do Artigo 8 § 1, e exigindo justificativa nos termos do segundo parágrafo (European Court of Human Rights, 2002, tradução nossa)²⁴.

Por isso, em casos em que um PTJ recusa transfusões de sangue, os tribunais têm enfatizado a supremacia do direito do paciente à autodeterminação do corpo. Um conceito jurídico recente na área da saúde postula que a pessoa é a verdadeira soberana do seu corpo e somente ela tem o direito de decidir, com a consequência de que o equilíbrio entre o que é ou não correto não pode ser determinado de acordo com uma escala de valores diferente da do paciente. Desse modo, mais que simples objeto de assistência médica, o paciente está no centro do processo de cuidado, em que os médicos explicam as opções de tratamento, seus riscos e benefícios e, em seguida, permitem que os pacientes tomem a decisão final sobre a estratégia terapêutica que melhor responde à sua visão de vida e saúde.

De fato, houve uma mudança nas supremas cortes que tratam da questão da autodeterminação de um PTJ. Em países como Grã-Bretanha, África do Sul, Porto Rico, Canadá, Suécia e Itália, elas têm firmado o direito de um PTJ de escolher tratamento médico que reduz a perda sanguínea e evita a transfusão de sangue alogênico, em harmonia com sua consciência religiosa:

Prima facie, todo adulto tem o direito e a capacidade de decidir se aceitará ou não um tratamento médico, mesmo que a recusa possa causar danos permanentes a sua saúde ou até mesmo levar à morte prematura. Além disso, não importa se os motivos para a recusa foram racionais ou irracionais, desconhecidos ou até mesmo inexistentes. Isso ocorre independentemente do forte interesse público em preservar a vida e a saúde de todos os cidadãos (Great Britain, 1992, tradução nossa)²⁵.

Evidentemente cabe ao paciente, no exercício de seu direito fundamental à autodeterminação, decidir se deseja submeter-se a uma operação e, em princípio, é totalmente irrelevante que a atitude do paciente seja grosseiramente irracional aos olhos da profissão médica: o direito do paciente à integridade corporal e à autonomia moral lhe dá o direito de recusar o tratamento médico (South Africa, 1994, p. 410, tradução nossa)²⁶.

²⁴ No original: “the ability to conduct one’s life in a manner of one’s own choosing may also include the opportunity to pursue activities perceived to be of a physically or morally harmful or dangerous nature for the individual concerned. [...] However, even where the conduct poses a danger to health or, arguably, where it is of a life-threatening nature, the case-law of the Convention institutions has regarded the State’s imposition of compulsory or criminal measures as impinging on the private life of the applicant within the meaning of Article 8 § 1 and requiring justification in terms of the second paragraph”.

²⁵ No original: “Prima facie every adult has the right and capacity to decide whether or not he will accept medical treatment, even if a refusal may risk permanent injury to his health or even lead to premature death. Furthermore, it matters not whether the reasons for the refusal were rational or irrational, unknown or even non-existent. This is so notwithstanding the very strong public interest in preserving the life and health of all citizens”.

²⁶ No original: “It is clearly for the patient, in the exercise of his or her fundamental right to self-determination, to decide whether he or she wishes to undergo an operation, and it is in principle wholly irrelevant that the patient’s attitude is grossly unreasonable in the eyes of the medical profession: the patient’s right to bodily integrity and autonomous moral agency entitles him or her to refuse medical treatment”.

De acordo com o direito à privacidade consagrado em nossa Constituição e com o direito à liberdade do devido processo legal, todo paciente tem o direito de tomar decisões sobre seu tratamento médico. Isso inclui o direito de aceitar ou recusar determinado plano de ação relativo ao seu tratamento de saúde, independentemente de doenças ou diagnósticos específicos, mesmo que essa recusa possa resultar na morte da pessoa (Puerto Rico, 2010, tradução nossa)²⁷.

O direito à autodeterminação médica não é invalidado pelo fato de que riscos ou consequências graves, inclusive a morte, podem decorrer da decisão do paciente. É esse mesmo princípio que está em vigor nos casos que tratam do direito de recusar o consentimento para tratamento médico ou de exigir que o tratamento seja retirado ou interrompido (Canada, 2015, tradução nossa)²⁸.

Desse modo, não se pode dizer que um indivíduo que opte por exercer seu direito de recusar determinado tratamento médico esteja agindo de forma inconsistente com os valores fundamentais da sociedade. Pelo contrário, em nossa sociedade democrática, o respeito à privacidade e à autonomia individual deve permitir que um paciente recuse um tratamento, mesmo que pareça clinicamente necessário e mesmo que sua escolha pareça irracional. O fato de a escolha ser baseada em crenças religiosas ou outros motivos é irrelevante nesse caso (Sweden, 2017, p. 12, tradução nossa)²⁹.

A testemunha de Jeová que invoca o direito à autodeterminação no que diz respeito ao tratamento de saúde, a fim de proteger a liberdade de professar a sua fé religiosa, tem o direito de recusar a transfusão de sangue ainda que tenha consentido num tratamento diferente que posteriormente exigiu uma transfusão – inclusive por meio de uma diretiva feita antes do próprio tratamento, desde que ela demonstre inequivocamente a vontade de impedir a transfusão, mesmo em caso de risco de vida (Italia, 2020, p. 14-15, tradução nossa)³⁰.

²⁷ No original: “A tenor del derecho de intimidad consagrado en nuestra Constitución y del interés libertario protegido por el debido proceso de ley, todo paciente tiene derecho de tomar decisiones sobre su tratamiento médico. Ello incluye el derecho de aceptar o rechazar determinado curso de acción relacionado con su cuidado médico, sin sujeción a diagnósticos particulares o condiciones específicas, aun cuando dicho rechazo pudiese resultar en la muerte de la persona”.

²⁸ No original: “The right of medical self-determination is not vitiated by the fact that serious risks or consequences, including death, may flow from the patient’s decision. It is this same principle that is at work in the cases dealing with the right to refuse consent to medical treatment or to demand that treatment be withdrawn or discontinued”.

²⁹ No original: “Thus, an individual who chooses to exercise his right to refuse a particular medical treatment cannot be said to be acting in a manner inconsistent with the fundamental values of society. On the contrary, in our democratic society, respect for individual privacy and autonomy must allow for a patient to refuse treatment, even if it appears medically necessary and even if his choice may seem irrational. Whether the choice is based on religious beliefs or other reasons is irrelevant in this case”.

³⁰ No original: “il Testimone di Geova, che fa valere il diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario a tutela della libertà di professare la propria fede religiosa, ha il diritto di rifiutare l’emotrasfusione pur avendo prestato il consenso al diverso trattamento che abbia successivamente richiesto la trasfusione, anche con dichiarazione formulata prima del trattamento medesimo, purché dalla stessa emerga in modo inequivoco la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita”.

Dentre os mencionados quatro interesses do Estado, o mais debatido talvez seja o de proteger a terceiros; geralmente envolvem mulheres grávidas ou pais cuja vida está em risco. Todavia, mesmo nesses casos, os tribunais chegaram ao entendimento de que

o direito da mulher de recusar tratamento médico invasivo, derivado dos direitos à privacidade, integridade física e liberdade religiosa, não diminui durante a gravidez. A mulher mantém o mesmo direito de recusar tratamento invasivo que ela pode exercer quando não está grávida, mesmo que seja para salvar vidas ou de outra forma benéfico. O impacto em potencial sobre o feto não é legalmente relevante (Illinois, 1994, tradução nossa)³¹.

Em 2016 a Corte IDH decidiu em *I.V. vs. Bolívia* que uma intervenção médica realizada sem consentimento (nesse caso, uma esterilização) “constituiu um tratamento cruel, desumano e degradante, contrário à dignidade da pessoa humana e, portanto, configurou uma violação dos Artigos 5.1 e 5.2 da *Convenção americana sobre direitos humanos*, em relação ao Artigo 1.1, em detrimento da Sra. I.V”³² (Inter-American Court of Human Rights, 2016, p. 85, tradução nossa)³³. Notavelmente, esse caso explorou com mais profundidade o chamado *consentimento informado*. Vários julgamentos da CEDH foram considerados pela Corte IDH, a qual determinou que, para o consentimento de um paciente ser informado, o médico já lhe deve ter fornecido informações suficientes sobre os tratamentos alternativos disponíveis. Por fim, a sentença declarou por unanimidade que “o Estado é responsável pela violação dos direitos à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à dignidade, à vida privada e familiar, ao acesso à informação e a fundar uma família, reconhecidos nos artigos 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 e 17.2 da *Convenção americana sobre direitos humanos*” (Inter-American Court of Human Rights, 2016, p. 109, tradução nossa)³⁴. Esse raciocínio poderia ser aplicado à obrigação de um médico de informar um PTJ sobre outras abordagens terapêuticas disponíveis que não envolvam transfusão de sangue.

No já citado *Testemunhas de Jeová de Moscou e outros vs. Rússia*, a CEDH examinou a legitimidade da recusa de transfusões de sangue por um PTJ quando o governo russo alegou

³¹ No original: “a woman’s right to refuse invasive medical treatment, derived from her rights to privacy, bodily integrity, and religious liberty, is not diminished during pregnancy. The woman retains the same right to refuse invasive treatment, even of lifesaving or other beneficial nature that she can exercise when she is not pregnant. The potential impact upon the fetus is not legally relevant”.

³² No original: “constituted cruel, inhuman and degrading treatment, contrary to human dignity and, therefore, constituted a violation of Article 5(1) and 5(2) of the American Convention, in relation to Article 1(1) of this instrument, to the detriment of I.V”.

³³ O mesmo princípio foi afirmado no caso *V.C. vs. Eslováquia* da CEDH (European Court of Human Rights, 2011, § 106-120).

³⁴ No original: “The State is responsible for the violation of the rights to personal integrity, to personal liberty, to dignity, to private and family life, of access to information, and to raise a family, recognized in Articles 5(1), 7(1), 11(1), 11(2), 13(1) and 17(2) of the American Convention on Human Rights”.

que essas escolhas médicas eram um motivo válido para proibir as organizações locais das testemunhas de Jeová:

135. A própria essência da Convenção é o respeito à dignidade humana e à liberdade humana, e as noções de autodeterminação e autonomia pessoal são princípios importantes subjacentes à interpretação de suas garantias [...]. A capacidade da pessoa de conduzir sua vida de acordo com sua própria vontade inclui a oportunidade de exercer atividades consideradas de natureza fisicamente prejudicial ou perigosa para o indivíduo em questão.

A liberdade de aceitar ou recusar um tratamento médico específico, ou de escolher uma forma alternativa de tratamento, é vital para os princípios de autodeterminação e autonomia pessoal. Um paciente adulto competente é livre para decidir, por exemplo, se deseja ou não submeter-se a uma cirurgia ou tratamento ou, da mesma forma, receber uma transfusão de sangue. Contudo, para que essa liberdade seja significativa, os pacientes devem ter o direito de fazer escolhas que estejam de acordo com suas próprias opiniões e valores, independentemente de quão irracionais, insensatas ou imprudentes essas escolhas possam parecer aos outros. Muitas jurisdições estabelecidas examinaram os casos de testemunhas de Jeová que recusaram transfusões de sangue e concluíram que, embora o interesse público em preservar a vida ou a saúde de um paciente fosse indubitavelmente legítimo e muito forte, ele tinha que ceder ao interesse mais forte do paciente em dirigir o curso de sua própria vida [...]. Enfatizou-se que a livre escolha e a autodeterminação eram em si mesmas componentes fundamentais da vida e que, na ausência de qualquer indício da necessidade de proteger a terceiros – por exemplo, vacinação obrigatória durante uma epidemia –, o Estado não deve interferir na liberdade de escolha individual na esfera dos cuidados de saúde, pois tal interferência só pode diminuir e não aumentar o valor da vida (European Court of Human Rights, 2010, tradução nossa)³⁵.

Na realidade, os tribunais têm considerado inviolável a autonomia do paciente, e o tratamento forçado por um médico tem sido objeto de responsabilidade civil e até criminal.

³⁵ No original: “135. The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom and the notions of self-determination and personal autonomy are important principles underlying the interpretation of its guarantees [...]. The ability to conduct one’s life in a manner of one’s own choosing includes the opportunity to pursue activities perceived to be of a physically harmful or dangerous nature for the individual concerned. The freedom to accept or refuse specific medical treatment, or to select an alternative form of treatment, is vital to the principles of self-determination and personal autonomy. A competent adult patient is free to decide, for instance, whether or not to undergo surgery or treatment or, by the same token, to have a blood transfusion. However, for this freedom to be meaningful, patients must have the right to make choices that accord with their own views and values, regardless of how irrational, unwise or imprudent such choices may appear to others. Many established jurisdictions have examined the cases of Jehovah’s Witnesses who had refused a blood transfusion and found that, although the public interest in preserving the life or health of a patient was undoubtedly legitimate and very strong, it had to yield to the patient’s stronger interest in directing the course of his or her own life [...]. It was emphasized that free choice and self-determination were themselves fundamental constituents of life and that, absent any indication of the need to protect third parties – for example, mandatory vaccination during an epidemic, the State must abstain from interfering with the individual freedom of choice in the sphere of health care, for such interference can only lessen and not enhance the value of life”.

Depois de explicar como o consentimento é necessário antes de submeter um paciente a tratamento médico, o juiz Cardozo acrescentou que “o cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento do seu paciente comete uma agressão” (New York, 1912, tradução nossa)³⁶. Tribunais em todo o mundo declararam, de forma semelhante à sentença da Suprema Corte da Polônia, que “a objeção a determinado tratamento [...] é legalmente vinculante para um médico” (Poland, 2005, p. 3, tradução nossa)³⁷.

A propósito, são dignos de nota julgamentos recentes no Brasil sobre vacinação. No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6.586 e 6.587, com relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, o STF decidiu que a

obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, afeitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresso consentimento informado das pessoas (Brasil, 2020a, p. 2).

Assim, o Estado só tem permissão para tomar medidas contrárias se a recusa pessoal da vacinação puser em risco a vida de outras pessoas. Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso declarou que,

quando pessoas adultas fazem escolhas para si, sob determinadas circunstâncias, é possível dar prevalência à autonomia individual como expressão da sua dignidade, desde que isso não repercuta ilegitimamente sobre a esfera jurídica de terceiros. Foi exatamente isso que eu observei em um parecer que dei, de longa data, [...] em que defendi o direito de pessoas adultas que professem a religião Testemunha de Jeová de recusarem transfusão de sangue em nome da sua fé, em nome da sua liberdade religiosa. Ali, havia o direito à liberdade religiosa contraposto ao direito à saúde – não há hierarquia entre os direitos, acho que o direito à liberdade religiosa merece uma grande proteção no Direito brasileiro – e considerei legítima a escolha, naquele caso, porque era um ato autorreferente, era uma decisão que repercutia apenas sobre a pessoa que estava tomando a decisão (Brasil, 2020a, p. 62-63).

³⁶ No original: “a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault”.

³⁷ No original: “the objection to a particular treatment (type of treatments) is legally binding for a medical practitioner”.

O ministro Gilmar Mendes sustentou em seu voto que

não há maiores dificuldades em se reconhecer que a exigência de se submeter o indivíduo a tratamento médico compulsório pode de fato representar uma interferência no direito à integridade física e psicológica da pessoa. Há, porém, distintos gradientes em que essa intervenção pode se operar. Nesse particular, embora o STF já tenha discutido outras situações em que as objeções de consciência poderiam se opor ao interesse estatal na área sanitária, qual versado no precedente sobre a proibição de exame de DNA compulsório (HC 71.373-4/RS, Redator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, grifei) ou ainda no tradicional debate sobre a transfusão sanguínea dos testemunhos [sic] de Jeová (RE 1.212.272, Rel. Min. Gilmar Mendes), o caso em tela diferencia-se substancialmente desses (Brasil, 2020a, p. 151-152).

O STF deixou claro, pois, que o Estado só pode intervir contra a vontade de um cidadão quando sua decisão pessoal põe em risco a sociedade. Se o Estado não pode impor à força o tratamento médico previsto em lei para protegê-la, fica claro que ele tem ainda menos justificativa para fazê-lo no caso de um PTJ, cuja decisão pessoal de recusar para si transfusões de sangue não acarreta risco para outrem. Logo, seria abusiva qualquer interferência nesse cenário, uma violação dos direitos humanos do paciente e “flagrantemente inconstitucional”. Ademais, no caso de um PTJ, a coerção é ainda mais abusiva porque, além de violar sua integridade física e intangibilidade corporal, viola seu direito à liberdade religiosa. Nesse sentido, o STF considerou que a coerção à pessoa, constrangendo-a a renunciar à sua fé ou obrigando-a a professar determinada crença, demonstra que a diversidade ideológica e a própria diversidade espiritual devem ser protegidas pelo Estado democrático de Direito (Brasil, 2017).

Apesar dessas asserções definitivas sobre a importância da autonomia do paciente, mesmo em situações de risco para a vida, a legislação brasileira é falha em proteger os direitos dos pacientes no grau exigido pelas normas internacionais de direitos humanos. Até o momento, não há decisão vinculante alguma do STF ou do STJ que determine que um médico seja responsabilizado se ignorar a recusa inequívoca de um paciente adulto competente a uma terapia, por mais que o médico possa considerá-la rotineira ou até mesmo potencialmente salvadora.

O dispositivo legal que trata dessa questão é o art. 31 do *Código de ética médica*: “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte” (Conselho Federal de Medicina, 2019a, p. 27). No entanto, o art. 11 da Resolução nº 2.232 do CFM determina que, em “situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica” (Conselho Federal de Medicina, 2019b). A exceção para o “iminente risco de morte” ou “iminente perigo de

“morte” tem sido interpretada por médicos e muitos tribunais como uma permissão para que os profissionais ignorem o direito do paciente de consentir ou recusar o tratamento se o médico acreditar que a vida do paciente está em risco. Esses casos demonstram que a “exceção de emergência” do Brasil se contrapõe aos padrões internacionais de direitos humanos.

3.3 O direito dos médicos à objeção de consciência

Ironicamente, a lacuna legislativa do Brasil permite que um médico force alguém a uma terapia que viola a consciência do paciente e, por outro lado, a lei admite que um médico se recuse a administrar uma terapia para salvar a vida que viole a consciência do médico. O *Código de ética médica* declara que é “direito do médico: [recusar-se] a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência” (Conselho Federal de Medicina, 2019a, p. 19-20). Além disso, a Resolução nº 2.232 do CFM declara:

Art. 7º É direito do médico a objeção de consciência diante da recusa terapêutica do paciente.

Art. 8º Objeção de consciência é o direito do médico de se abster do atendimento diante da recusa terapêutica do paciente, não realizando atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência (Conselho Federal de Medicina, 2019b).

Assim, se um PTJ recusa transfusões de sangue, mas consente em outros tratamentos e procedimentos em geral aceitos que dispensam a transfusão de sangue, aquela resolução do CFM concede o direito absoluto de recusar-se a tratar um paciente ao médico que alegue que isso violaria sua consciência. No entanto, princípios médicos e jurídicos sólidos submeteriam essa alegação de objeção de consciência a pelo menos quatro requisitos.

Primeiro: a objeção deveria ser genuinamente motivada por objeção de consciência. Para que a objeção do médico seja considerada genuína, sua recusa deve ser consistente do ponto de vista ético e prático. Se, por exemplo, um médico se recusasse a tratar um PTJ porque a recusa do paciente à terapia sanguínea viola a crença do médico na santidade da vida, este não aceitaria tratar um paciente com câncer que recusasse quimioterapia.

Segundo: a objeção deveria basear-se na escolha individual do médico. Em alguns casos, a recusa em tratar um PTJ decorre da política administrativa de um hospital; e uma recusa baseada na política de uma instituição, e não na ética do médico, não pode ser considerada uma expressão pessoal de objeção de consciência.

Terceiro: a objeção deveria ser justificada e proporcional. Por exemplo, alguns médicos recusaram-se a tratar um PTJ mesmo quando o risco de perda sanguínea era próximo de zero (como a inserção de um cateter, uma septoplastia nasal ou uma artroscopia de joelho);

essa recusa não se pode considerar justificada ou proporcional quando é extremamente improvável a base da objeção - o risco de sangramento que põe a vida em risco.

E quarto: mesmo quando os três primeiros requisitos são preenchidos, o médico deve cumprir duas obrigações: a) informar em tempo hábil o paciente e a administração do hospital sobre sua objeção de consciência; por exemplo, seria impróprio o médico recusar-se a tratar um paciente justamente no dia da cirurgia quando, com bastante antecedência, o médico fora informado sobre a vontade do paciente; e b) encaminhar o paciente a outro médico com a mesma especialização que esteja disposto a tratar o paciente de acordo com a vontade deste; essa segunda obrigação atende tanto aos interesses fundamentais de respeito à autonomia do paciente quanto à preservação da vida.

Dispensar um paciente sem ajudá-lo a obter um tratamento alternativo pode implicar mais risco à sua vida que a recusa a uma transfusão de sangue. A esse respeito, o Ministério da Saúde assim difunde seu entendimento para casos de aborto lícito:

Finalmente, lembre-se de que é dever do Estado garantir à mulher a prática do “aborto legal”. Assim, para garantir o direito da mulher a esse abortamento lícito e não criminoso, o Estado deve manter, nos hospitais públicos, profissionais que estejam capacitados, preparados e dispostos a realizar tal ato médico. Caso não seja garantido esse direito da mulher, e venha ela a sofrer qualquer prejuízo moral, físico ou psíquico em decorrência dessa omissão, o Estado poderá ser responsabilizado civilmente pela indenização de tais danos. Aliás, por derradeiro, é bom lembrar que a objeção de consciência é um direito dos médicos, não um direito das instituições. É por isso que todos as instituições, públicas ou privadas, integrantes do sistema de saúde, têm a obrigação de garantir assistência às mulheres que desejam exercer o seu direito ao aborto não criminoso (Brasil, 2011a, p. 42).

A Resolução do CFM não oferece aos pacientes nenhuma dessas garantias legais. Conforme já abordado em outros artigos (Albuquerque, 2019), a Resolução apresenta falhas graves: a) ela se refere erroneamente à objeção de consciência e ao direito do paciente de recusar procedimentos e tratamentos como assuntos relacionados e necessariamente interconectados; b) não oferece proteção ao paciente contra o estresse ou o aumento da vulnerabilidade causado pelo médico ao afirmar a objeção de consciência; c) não aborda o dever do médico de evitar a discriminação contra o paciente por meio da objeção de consciência; ou seja, o médico não pode deixar de tratar um paciente ou grupo de pacientes por causa de suas crenças ou devido a valores pessoais sobre tal paciente ou grupo; d) não prevê mecanismos para verificar a existência da crença ou do valor pessoal genuíno para garantir a conduta profissional do médico; e) não declara explicitamente que a objeção de consciência não significa forçar o paciente a aceitar determinado tratamento ou procedimento; e f) a Resolução não fornece diretrizes para que a objeção de consciência seja

adotada como exceção, uma vez que expressa a predominância da perspectiva do médico sobre a do paciente.

Em resumo, os médicos podem ter o direito de recusar tratamento a um paciente, mas tal direito deveria ser limitado pelos mencionados requisitos estritos, dada a importância do direito à autodeterminação e do compromisso assumido por eles de cuidar de pacientes que talvez discordem dos tratamentos propostos.

O direito dos médicos à objeção de consciência deveria basear-se nos princípios da bioética, incluindo a beneficência e a não maleficência. Por exemplo: as testemunhas de Jeová argumentam que a solicitação de tratamentos com estratégias clínicas que evitam as transfusões de sangue está, na verdade, em harmonia com estes princípios: a) a *beneficência* – o uso de técnicas de conservação do sangue resulta em desfechos iguais ou superiores; e b) a *não maleficência* – o gerenciamento eficiente do sangue do paciente evita os riscos inerentes ao sangue alogênico. E as testemunhas de Jeová apontam vários estudos clínicos que apoiam essa decisão.

De forma mais ampla, os médicos devem considerar parte de seu dever profissional e ético o aprendizado contínuo de novas habilidades e o desenvolvimento de técnicas. O *Código de ética médica* define que compete “ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente e da sociedade” (Conselho Federal de Medicina, 2019a, p. 15); portanto, ele deve estar familiarizado com os conhecimentos médicos mais avançados. No caso de tratamento sem sangue, há um número crescente de médicos realizando procedimentos sem o recurso a transfusões de sangue; esses profissionais destacam os resultados adversos relacionados às transfusões de sangue, bem como as vantagens clínicas e econômicas das terapias e procedimentos sem ele.

Publicado em 2017 na revista *Transfusion*, um estudo de referência descreve os resultados de um programa abrangente de seis anos na Austrália Ocidental com o objetivo de fazer uso mais amplo de terapias e procedimentos geralmente aceitos que evitam transfusões de sangue (Leahy; Hofmann; Towler; Trentino; Burrows; Swain; Hamdorf; Gallagher; Koay; Geelhoed; Farmer, 2017). Os autores examinaram os dados de 605.046 pacientes internados em quatro grandes hospitais para adultos. Durante o período do estudo, as unidades de sangue transfundidas foram reduzidas em 41%. Diminuiu-se em 28% a mortalidade hospitalar, em 15% o tempo médio de internação, em 21% as infecções hospitalares e em 31% a incidência de ataque cardíaco ou derrame.

O acúmulo de evidências clínicas levou a Organização Mundial da Saúde (OMS) a publicar em 2021 um resumo de políticas sobre a urgência de implantar em todo o mundo o chamado *gerenciamento do sangue do paciente* – ou PBM, acrônimo de *patient blood management* – que, de acordo com a OMS,

é uma abordagem sistemática, centrada no paciente e baseada em evidências, que busca melhorar os resultados clínicos do paciente pelo gerenciamento do sangue do próprio paciente, mediante diagnóstico e tratamento específico da anemia, bem como

pela preservação do sangue do próprio paciente por minimizar a perda sanguínea e a hemorragia, ao mesmo tempo em que promove a segurança e autonomia do paciente (World Health Organization, 2021, p. 4, tradução nossa)³⁸.

No resumo de políticas, a OMS menciona o motivo para implantar o PBM:

a literatura sugere que a transfusão por si só, após ajuste do risco, está independentemente associada de forma dose-dependente a resultados adversos, incluindo aumento da morbidade, mortalidade e tempo médio de permanência no hospital e na UTI. Isso inclui pacientes com trauma e sangramentos críticos, como aqueles que estão criticamente enfermos ou na UTI, pacientes de cirurgia cardíaca, e muitos outros pacientes cirúrgicos e clínicos, incluindo pediátricos e queimados (World Health Organization, 2021, p. 3, tradução nossa)³⁹.

Por outro lado, depois de considerar a evidência científica e o argumento econômico a favor da implantação do PBM, acrescenta a OMS que existe “uma obrigação ética de não ignorar e não negar um modelo médico que é benéfico não só para a sociedade em geral, mas também para populações altamente vulneráveis, pacientes individuais e doadores de sangue” (World Health Organization, 2021, p. 8, tradução nossa)⁴⁰.

Há vários estudos sobre tratamentos de PTJ sem transfusão de sangue. Entre eles está o dos pesquisadores da Johns Hopkins University School of Medicine, em Baltimore, EUA, que compararam os resultados clínicos de pacientes que receberam atendimento médico e cirúrgico sem sangue alogênico (grupo sem sangue) com pacientes semelhantes que aceitaram e receberam transfusão de sangue alogênico (grupo controle) durante o tratamento. Após o ajuste de risco, a mortalidade no grupo sem sangue foi bem menor (0,7%) que no grupo de controle (2,7%). Os autores concluíram que o uso de medidas adequadas de conservação de sangue para pacientes que não aceitam a transfusão de sangue alogênico leva a “resultados semelhantes ou melhores” (Frank; Wick; Dezern; Ness; Wasey; Pippa; Dackiw; Resar, 2014, p. 2.668, tradução nossa)⁴¹.

Essas pesquisas e descobertas médicas são relativamente recentes, e os médicos que não se tenham atualizado podem não estar familiarizados com o novo padrão de tratamento.

³⁸ No original: “It is a patient-centred, systematic, evidence-based approach to improve patient outcomes by managing a patient's own blood through diagnosis and etiology-specific treatment of anaemia and preserving the patient's own blood by minimizing blood loss and bleeding, while promoting patient safety and empowerment”.

³⁹ No original: “the literature suggests that transfusion per se, after risk adjustment, is independently associated in a dose-dependent manner with adverse outcomes including increased morbidity, mortality and average hospital and ICU length of stay. This includes patients with trauma and critical bleeding, for example, those who are critically ill or in the ICU, patients who have cardiac surgery, and many other surgical and medical patients, including pediatric and burns patients”.

⁴⁰ No original: “There is an ethical obligation not to ignore and withhold a medical model that is beneficial not only for society at large, but also for highly vulnerable populations, individual patients and blood donors”.

⁴¹ No original: “similar or better outcomes”.

Porém, existem estratégias clínicas para prevenir ou evitar transfusões de sangue que respeitam a vontade do paciente e permitem que os médicos ofereçam cuidados que salvam vidas. Ao analisar uma transfusão de sangue realizada à força num PTJ em 2010, os autores de um artigo publicado na revista *Vox sanguinis* destacaram que, aplicando “as evidências atuais revisadas por pares, teria sido possível respeitar tanto a autodeterminação do paciente em recusar transfusões quanto a autonomia profissional do médico que protege a segurança e a vida do paciente” (Bolcato; Shander; Isbister; Trentino; Russo; Rodriguez; Aprile, 2021, p. 1.023, tradução nossa)⁴². Os autores concluíram que, se “o PBM e o empoderamento legal do paciente tivessem sido o *modus operandi* desde a admissão inicial, [...] um resultado no qual os dois saíram perdendo poderia ter sido um resultado no qual os dois saíram ganhando” (Bolcato; Shander; Isbister; Trentino; Russo; Rodriguez; Aprile, 2021, p. 1.029, tradução nossa)⁴³.

Ao considerar a eficácia do PBM, a OMS assinalou que, “apesar da evidência de melhores resultados para os pacientes, das vantagens econômicas, do imperativo ético a seu favor e do endosso da OMS, a mudança de cultura e comportamento, incluindo os dogmas médicos, são os principais obstáculos à implantação do PBM” (World Health Organization, 2021, p. 15, tradução nossa)⁴⁴. De fato, estratégias alternativas à transfusão de sangue existem e têm ganhado aceitação internacional⁴⁵.

A lei brasileira, pois, deveria sujeitar a um escrutínio minucioso a recusa de um médico em tratar um paciente porque este prefere tratamentos alternativos clinicamente aceitos; deveria também incentivar a capacitação de médicos em vez de conceder-lhes autoridade irrestrita para sobrepor-se à autodeterminação dos pacientes ou simplesmente sua recusa ao tratamento.

3.4 O paciente morre após recusar tratamento considerado capaz de salvar-lhe a vida

Alguns tribunais tiveram que determinar se um médico poderia ser responsabilizado pela morte de um paciente após ter honrado a opção do paciente de recusar um tratamento que o médico considerava potencialmente salvador e concordaram que este não pode ser

⁴² No original: “Respect for the patient’s self-determination in declining transfusions and respect for the professional autonomy of the doctor protecting the safety and life of the patient could be equally satisfied by applying the current peer-reviewed evidence”.

⁴³ No original: “If PBM and the legal empowerment of the patient had been the *modus operandi* from the initial admission, [...] a lose-lose outcome could have been a win-win outcome”.

⁴⁴ No original: “Despite the evidence for improved patient outcomes with PBM, its economic advantages, the ethical imperative in favor of PBM and WHO’s endorsement, culture and behavior including existing medical dogma are the main obstacles to the implementation of PBM”.

⁴⁵ Sobre a autoridade da OMS, o STF já declarou que “os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde” (Brasil, 2020b, p. 2).

responsabilizado por obedecer à lei, pois respeitar a vontade de um paciente é respeitar seu direito fundamental de autonomia e de autodeterminação.

Situação bem diferente seria um médico ajudar alguém a cometer suicídio ou acelerar a morte pela interrupção do tratamento; todavia, segundo a CEDH, em relação a julgamentos domésticos que consideram

a recusa de uma transfusão de sangue [equivalente] a suicídio, [...] essa analogia não se sustenta, pois a situação de um paciente que busca apressar a morte por meio da interrupção do tratamento é diferente daquela de pacientes que – como as testemunhas de Jeová – apenas fazem uma escolha de procedimentos médicos, mas ainda desejam melhorar e não excluem totalmente o tratamento (European Court of Human Rights, 2010, tradução nossa)⁴⁶.

Em harmonia com tal precedente, em 2022 a CEDH novamente abordou a questão da recusa de transfusões de sangue num caso em que se alegava perseguição religiosa das testemunhas de Jeová pelas autoridades russas. Ela declarou que

a liberdade de aceitar ou recusar um tratamento médico específico, ou de escolher uma forma alternativa de tratamento, é vital para os princípios de autodeterminação e autonomia pessoal. Um paciente adulto competente é livre para decidir, por exemplo, se deseja ou não submeter-se a uma cirurgia ou tratamento ou, da mesma forma, receber uma transfusão de sangue. Para que essa liberdade seja significativa, os pacientes devem ter o direito de fazer escolhas que estejam de acordo com suas próprias opiniões e valores, independentemente de quão irracionais, insensatas ou imprudentes essas escolhas possam parecer para os outros. Um paciente adulto competente é livre para decidir, por exemplo, se deseja ou não se submeter a uma cirurgia ou, da mesma forma, receber uma transfusão de sangue humano ou preferir substitutos sintéticos do sangue. A livre escolha e a autodeterminação são componentes fundamentais da vida e que, na ausência de qualquer indício da necessidade de proteger a saúde pública, o Estado não deve interferir na liberdade de escolha individual na esfera dos

⁴⁶ No original: "In so far as the domestic judgments can be understood to consider that the refusal of a blood transfusion is tantamount to suicide, in the Court's view, this analogy does not hold, for the situation of a patient seeking a hastening of death through discontinuation of treatment is different from that of patients who – like Jehovah's Witnesses – just make a choice of medical procedures but still wish to get well and do not exclude treatment altogether".

cuidados de saúde, pois tal interferência só pode diminuir e não aumentar o valor da vida (European Court of Human Rights, 2022, tradução nossa)⁴⁷.

Um tribunal isentaria o médico de qualquer responsabilidade se em circunstâncias excepcionais um PTJ tivesse morrido supostamente por ter rejeitado transfusão de sangue, apesar dos melhores esforços do médico em minimizar a perda sanguínea e utilizar de modo eficiente estratégias para gerenciar e conservar o próprio sangue do paciente. Tribunais em todo o mundo têm manifestado essa posição, conforme se observa nos exemplos a seguir.

O Tribunal de Apelação da Flórida, EUA, explicou que “a equipe médica que acata a vontade do paciente ao recusar assistência médica nessas circunstâncias não pode [...] ser responsabilizada criminal ou civilmente por sua conduta” (Florida, 1987, p. 3, tradução nossa)⁴⁸.

A Suprema Corte da Polônia declarou que o

princípio da autonomia do paciente exige o respeito à sua vontade, independentemente dos motivos (religiosos, ideológicos, médicos etc.). Portanto, a objeção a determinado tratamento (tipo de tratamento) é juridicamente vinculante para um médico e isenta-o de responsabilidade criminal ou civil, mas no caso de administrá-lo, torna-o ilegal (Poland, 2005, p. 3, tradução nossa)⁴⁹.

Ao julgar um caso específico, a Suprema Corte da Coreia do Sul também decidiu que, mesmo se um paciente venha a morrer, o médico não deve ser responsabilizado por negligência de seu dever porque “antes da cirurgia, [ele] informou o paciente detalhadamente sobre como a cirurgia sem sangue é realizada e os riscos que podem acarretar, bem como sobre a idade e a família da falecida” e “tentou verificar novamente a vontade da família

⁴⁷ No original: “the freedom to accept or refuse specific medical treatment or to select the alternative form of treatment is vital to the principles of self-determination and personal autonomy. For this freedom to be meaningful, patients must have the right to make choices that accord with their own views and values, regardless of how irrational, unwise or imprudent such choices may appear to others. A competent adult patient is free to decide, for instance, whether or not to undergo surgery or, by the same token, to have a live blood transfusion or to prefer artificial blood substitutes. Free choice and self-determination are fundamental constituents of life and that, absent any indication of the need to protect public health, the State must abstain from interfering with the individual freedom of choice in the sphere of health care, for such interference can only lessen and not enhance the value of life”.

⁴⁸ No original: “It goes without saying, however, that the medical personnel who accede to the patient’s wishes in refusing medical assistance in these circumstances, cannot [...] be held criminally or civilly liable for their conduct”.

⁴⁹ No original: “The principle of patient’s autonomy requires respecting his will, regardless the motives (religious, ideological, medical etc.). Therefore, the objection to a particular treatment (type of treatments) is legally binding for a medical practitioner and relieves him of the criminal or civil responsibility, whereas in the case of administering it – makes it illegal”.

dela quando se deparou com a necessidade de transfusão de sangue etc.” (Korea, 2014, tradução nossa)⁵⁰.

O Tribunal Constitucional tcheco determinou que, no

campo da prestação de assistência médica, é necessário respeitar plenamente o princípio da liberdade e da autonomia da vontade e a possibilidade de o paciente recusar o atendimento, mesmo que isso seja considerado crucial para a preservação de sua vida. Os médicos e outros profissionais de saúde talvez possam convencer essas pessoas ou tentar mudar a abordagem delas caso ela lhes seja visivelmente prejudicial, mas, em última análise, não podem impedi-las de tomar a decisão de recusar o tratamento, decisão feita com base na vontade livre e inequívoca de uma pessoa adulta plenamente competente, apenas pelo fato de acreditarem que a decisão prejudica a pessoa em questão. Por esse motivo, se uma pessoa agir de acordo com essas regras e não prestar os cuidados necessários com relação à recusa de um paciente adulto totalmente competente, ela não cometerá um crime de omissão de socorro, pois isso não atenderia a uma das características necessárias para um crime, ou seja, a ilegalidade da conduta mencionada acima (Czech Republic, 2017, p. 8, tradução nossa)⁵¹.

Os médicos não são responsabilizados por respeitarem as escolhas médicas informadas de um paciente adulto competente.

4 Conclusão

Tanto os tribunais superiores das democracias estabelecidas como os tribunais internacionais têm sustentado que, para preservar a dignidade humana, se deve garantir o direito do paciente à autodeterminação, mesmo quando a vida biológica esteja em risco. A vida, em seu conceito amplo, é mais que simplesmente respirar: abrange todas as funções vitais – as dimensões física, emocional, moral e espiritual. Um médico não está tratando uma perna infeccionada, um fígado lesionado ou um coração doente, mas um ser humano integral, o que abarca a vida, os sentimentos, a dignidade e a liberdade da pessoa.

⁵⁰ No original: “prior to the surgery, [he] fully informed the patient of how the bloodless surgery is conducted and the risks that may follow, along with the age and the family of the deceased”; “tried to double check the wishes of her family when facing a need of blood transfusion, etc.”

⁵¹ No original: “In the field of provided health care, it is necessary to fully respect the principle of freedom and autonomy of the will and the patient’s possibility to refuse care even though it would be deemed crucial for preserving their life. Physicians and other healthcare professionals may convince such persons, or they may attempt to change their approach if it is manifestly harmful to them, but ultimately, they cannot prevent them from taking a decision on refusing care, made on the basis of the free and serious will of a fully competent adult person, solely due to the fact that they believe that the decision harms the person concerned. For this reason, if any person acts in accordance with these rules and does not provide the necessary care with respect to the disapproval of a fully competent adult patient, they cannot commit a criminal offence of failure to provide assistance, as it would not fulfil one of the necessary characteristics of a criminal offence, i.e., the aforementioned illegality of the conduct”.

Por conseguinte, a vontade bem estabelecida de um paciente deve ser respeitada não apenas quando ele estiver inconsciente mas também quando os médicos acharem que outra terapia poderia ter um resultado melhor. Os médicos que ignorem a escolha de um paciente adulto competente podem ser responsabilizados civil ou criminalmente. Por outro lado, um médico que respeita a escolha de tratamento médico de um paciente está protegido de responsabilidade civil e criminal.

Como a legislação e a jurisprudência do Brasil estão desatualizadas em relação à proteção do direito à autodeterminação dos pacientes, a situação jurídica hoje é incerta e insatisfatória para pacientes e médicos. Espera-se que as decisões dos tribunais superiores e os princípios legais que as sustentam, tal como analisados neste artigo, ajudem a abrir caminho para a jurisprudência de acordo com as convenções internacionais de que o País é signatário. Ademais, elas podem servir de diretriz para os tribunais enquanto aguardam o advento de uma legislação que proteja o direito dos pacientes à autodeterminação. De acordo com a jurisprudência, o respeito à escolha de um PTJ de recusar transfusões de sangue deve ser considerado uma expressão da liberdade religiosa garantida no mais alto grau, bem como do direito inviolável à saúde e à autodeterminação; são direitos que encontram um ponto de convergência no direito mais amplo e fundamental à liberdade pessoal.

Proteger os direitos dos pacientes, inclusive dos pacientes testemunhas de Jeová, é proteger os direitos à autodeterminação e à liberdade religiosa de todos⁵².

Referências

ALBUQUERQUE, Aline. Objecão de consciência do médico e a Res. CFM nº 2.232/19. In: _____. CVMed. [S. l.], 17 set. 2019. Disponível em: <http://cvmmed.com.br/2019/09/17/objecao-de-consciencia-do-medico-e-a-res-cfm-no-2-232-19/>. Acesso em: 3 jul. 2024.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias: A. 523. XLVIII. Jueces: Elena Highton de Nolasco et al., 1^o de junio de 2012. Disponível em: <http://www.sajg.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federalciudad-autonoma-buenos-aires-albarracini-nieves-jorgewashington-medidas-precautorias-fa12000076-2012-06-01/123456789-670-0002-lots-eupmocsollaf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

ATOS 1 – João Ferreira de Almeida, atualizada. In: A BÍBLIA on-line. [S. l.]: Bibliatodo, c2024. Disponível em: <https://www.bibliatodo.com/pt/a-biblia/Joao-ferreira-de-almeida-atualizada/atos-1>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas (parecer). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 787, p. 493-507, maio 2001.

⁵² Em 25/9/2024, no julgamento coletivo do RE nº 979.742, relatado por Luís Roberto Barroso, e do RE nº 1.212.272, relatado por Gilmar Mendes, o plenário do STF por unanimidade decidiu: a) que, em respeito aos princípios da dignidade humana e da liberdade de consciência e crença, o PTJ adulto e capaz tem o direito de recusar transfusões de sangue em seu tratamento médico, e essa recusa pode ser expressa verbalmente ou por meio de diretivas antecipadas; e b) que, em respeito ao direito à vida e à saúde desses pacientes, o Estado deve oferecer procedimentos alternativos às transfusões de sangue disponíveis no Sistema Único de Saúde (SUS), mesmo que seja necessário transferir o paciente para receber tratamento em instituições hospitalares localizadas numa cidade diferente da de sua residência. Essa decisão histórica alinha o País com a jurisprudência internacional examinada neste artigo e representa um avanço significativo para os direitos humanos dos pacientes no Brasil.

BOLCATO, Matteo; SHANDER, Aryeh; ISBISTER, James P.; TRENTINO, Kevin M.; RUSSO, Marianna; RODRIGUEZ, Daniele; APRILE, Anna. Physician autonomy and patient rights: lessons from an enforced blood transfusion and the role of patient blood management. *Vox Sanguinis*, [s. l.], v. 116, n. 10, p. 1.023-1.030, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1111/vox.13106>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/vox.13106>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. *Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957*. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2023b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. Ministério da Saúde. *Aspectos jurídicos do atendimento às vítimas de violência sexual: perguntas e respostas para profissionais de saúde*. 2. ed. Brasília, DF: Ed. Ministério da Saúde, 2011a. (Série Direitos sexuais e direitos reprodutivos – Caderno n. 7. Série F. Comunicação e educação em saúde). Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/aspectos_juridicos_atendimento_vitimas_violencia_2ed.pdf. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.104.611/SP*. Administrativo. Conselho Regional de Farmácia. Cooperativa médica sem fins lucrativos. Fornecimento de medicamentos a preço de custo aos associados. Registro e inscrição. Inaplicabilidade do artigo 16, alínea “g”, do Decreto nº 20.931/32 [...]. Agravante: Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo – CRF/SP. Agravada: Unimed São Carlos Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Min. Castro Meira, 9 de junho de 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802269900&dt_publicacao=23/06/2009. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 188.890/SP*. Processual civil. Ação de reparação de danos morais. Produção de prova. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Alegação de ofensa ao Código de ética médica. Impossibilidade. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravante: Sueli Soraia da Silva Gonçalves. Agravado: Município de Diadema. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 14 de agosto de 2012a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201194758&dt_publicacao=21/08/2012. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 354.510/MG*. Processual civil – Agravos regimentais – Recursos especiais – Seguimento negado – Arts. 37, da Lei nº 5.250/57, 165 e 458 do CPC, 2º e 15 da Lei nº 3.268/57 – Prequestionamento inexistente – Correta aplicação das Súmulas 282/STF e 211/STJ [...]. Agravantes: Conselho Federal de Medicina; Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais – Cremeng. Agravado: Etelvino Teixeira Coelho. Relatora: Min. Denise Arruda, 27 de abril de 2004. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101280290&dt_publicacao=24/05/2004. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.540.580/DF*. Recurso especial. Violão ao art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Responsabilidade civil do médico por inadimplemento do dever de informação. Necessidade de especialização da informação e de consentimento específico. Ofensa ao direito à autodeterminação [...]. Recorrentes: Dimas Pereira e Abrahão; Lindalva Gonçalves Abrahão; Tiago Barboza Abrahão. Recorridos: Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês; Clínica Paulista de Neurologia e Neurocirurgia Ltda - EPP; Manoel Jacobsen Teixeira. Relator: Min. Lázaro Guimarães (desembargador convocado do TRF 5ª Região). Relator para o acórdão: Min. Luis Felipe Salomão, 2 de agosto de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501551749&dt_publicacao=04/09/2018. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.848.862/RN*. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Procedimento cirúrgico realizado para resolver síndrome da apneia obstrutiva do sono (Saso). Falecimento do paciente. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Falha no dever de informação acerca dos riscos da cirurgia [...]. Recorrentes: Anna Maria da Trindade dos Reis; Geraldo José Macedo da Trindade. Recorridos: José Delfino da Silva Neto; Pedro de Oliveira Cavalcanti Filho; Clínica Pedro Cavalcanti Ltda. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 5 de abril de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802689219&dt_publicacao=08/04/2022. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/DF*. Ensino religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio laicidade do Estado/liberdade religiosa. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB. Relator: Min. Roberto Barroso. Redator do Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 27 de setembro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586/DF*. Ações diretas de inconstitucionalidade. Vacinação compulsória contra a Covid-19 prevista na Lei 13.979/2020. Pretensão de alcançar a imunidade de rebanho. Proteção da coletividade, em especial dos mais vulneráveis [...]. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 de dezembro de 2020a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF*. Estado - Laicidade. O Brasil é uma República laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ*. 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto [...]. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Interessados: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Tribunais de Justiça dos Estados; Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF*. Referendo em medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional. Direito à saúde. Emergência sanitária internacional. Lei 13.979 de 2020 [...]. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 15 de abril de 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6. Turma). *Agravo de Instrumento* nº 0017343-82.2016.4.01.0000/MG. Civil e constitucional. Agravo de instrumento. Paciente internado. Tratamento aplicado pela instituição de saúde. Determinação judicial. Transfusão de sangue compulsória. Recusa da pessoa enferma. Opção por modalidade diversa de tratamento. Possibilidade. Observância do direito fundamental à dignidade da pessoa humana e à liberdade [...]. Agravante: Maria Mylena Silva Teixeira. Agravada: Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH). Relator: Des. Federal Kassio Nunes Marques, 16 de maio de 2016. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>. Acesso em: 3 jul. 2024.

CANADA. Supreme Court. *Carter vs. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 SCR 331. Appellants: Lee Carter et al. Respondent: Attorney General of Canada. Judges: McLachlin, Beverley et al., February 6, 2015. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do>. Acesso em: 3 jul. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). *Código de ética médica*: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, DF: CFM, 2019a. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. *Resolução nº 2.232, de 17 de julho de 2019*. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Brasília, DF: ABMES, 2019b. Disponível em: <https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Resolucao-CFM-2232-2019-07-17.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (4. Seção). *Caso Soares de Melo c. Portugal*: (Queixa nº 72850/14). Requerente: Sra. Liliane Sallete Soares de Melo. Estado requerido: Portugal. Juízes: András Sajó, Presidente, et al., 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162118>. Acesso em: 3 jul. 2024.

CZECH REPUBLIC. Constitutional Court. *IÚS 2078/16*. Failure to provide medical assistance to an adult and legally competent person is not a criminal offence with respect to the person's disagreement. Judges: Kateřina Šimáčková, Presiding judge, et al., 2 February 2017. Disponível em: https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud/www/Decisions/pdf/1-2078-16_2_.pdf. Acesso em: 3 jul. 2024.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (5. Section). *Case of Arskaya v. Ukraine*: (Application no. 45076/05). Applicant: Ms Lyubov Nikolayevna Arskaya. Respondent State: Ukraine. Judges: Mark Villiger, President, et al., 5 December 2013. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138590>. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. (1. Section). *Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia*: (Application no. 302/02). Applicants: Jehovah's Witnesses of Moscow. Respondent State: Russia. Judges: Christos Rozakis, President, et al., 10 June 2010. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-99221>. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. (Grand Chamber). *Case of Lambert and others v. France*: (Application no. 46043/14). Applicants: Mr Pierre Lambert et al. Respondent State: France. Judges: Dean Spielmann, President, et al., 5 June 2015. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-155352>. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. (4. Section). *Case of Pretty v. the United Kingdom*: (Application no. 2346/02). Applicant: Mrs Diane Pretty. Respondent State: United Kingdom. Judges: M. Pellonpää, President, et al., 29 April 2002. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-60448>. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. (3. Section). *Case of Taganrog LRO and others v. Russia*: (Applications nos. 32401/10 and 19 others). Applicants: Taganrog Organisation et al. Respondent State: Russia. Judges: Georges Ravarani, President, et al., 7 June 2022. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-217535>. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. (4. Section). *Case of V.C. v. Slovakia*: (Application no. 18968/07). Applicant: Ms V.C. Respondent State: Slovakia. Judges: Nicolas Bratza, President, et al., 8 November 2011. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-107364>. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. (5. Section). *Case of Viktoriya Pavlivna Yizhachenko v. Ukraine*: (Application no. 65567/13). Applicant: Ms Viktoriya Pavlivna Yizhachenko. Respondent State: Ukraine. Judges: Angelika Nußberger, President, et al., 18 October 2016. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168833>. Acesso em: 3 jul. 2024.

FLORIDA. District Court of Appeal (3. District). *Norma Wons v. the Public Health Trust of Dade County*, 500 So. 2d 679: No. 86-985. January 6, 1987.

_____. Supreme Court. *The Public Health Trust of Dade County, Florida v. Norma Wons*, 541 So. 2d (1996): No. 69970. March 16, 1989.

FRANK, Steve M.; WICK, Elizabeth C.; DEZERN, Amy E.; NESS, Paul M.; WASEY, Jack O.; PIPPA, Andrew C.; DACKIW, Elizabeth; RESAR, Linda M. S. Risk-adjusted clinical outcomes in patients enrolled in a bloodless program. *Transfusion*, [s. l.], v. 54, n. 10, pt. 2, p. 2.668-2.677, June 2014. DOI: <https://doi.org/10.1111/trf.12752>.

GREAT BRITAIN. Court of Appeal (Civil Division). *Re T (adult: refusal of medical treatment)*: [1992] 4 All ER 649. Judges: Lord Donaldson et al., 30 July 1992. Disponível em: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/03/EWCA-1992-In-re-T-adult-refusal-of-medical-treatment.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

ILLINOIS. Appellate Court. *In re Baby Boy Doe*, 260 Ill. App. 3d 392, 632 N.E.2d 326 (Ill. App. Ct. 1994). Judges: DiVito, Presiding judge, et al., April 5, 1994. Disponível em: <https://casetext.com/case/in-re-baby-boy-doe>. Acesso em: 3 jul. 2024.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of I.V. v. Bolivia*. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judges: Roberto F. Caldas, President, et al., November 30, 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_ing.pdf. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. *Case of Poblete Vilches et al. v. Chile*. Merits, reparations and costs. Judges: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, President, et al., March 8, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_ing.pdf. Acesso em: 3 jul. 2024.

ITALIA. Corte Suprema di Cassazione (3. Sezione Civile). *Sentenza 29469/20*. Magistrati: Dott. Giacomo Travaglino, Presidente, et al., 4 dicembre 2020. Disponível em: <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-di-Cassazione-sez.-III-civ.-sent.-29469-2020-emotrasfusioni-a-Testimoni-di-Geova-e-consenso-informato>. Acesso em: 3 jul. 2024.

KOREA. Supreme Court (2. Division). 2009Doh14407. June 26, 2014.

LEAHY, Michael F.; HOFMANN, Axel; TOWLER, Simon; TRENTINO, Kevin M.; BURROWS, Sally A.; SWAIN, Stuart G.; HAMDORF, Jeffrey; GALLAGHER, Trudi; KOAY, Audrey; GEELHOED, Gary C.; FARMER, Shannon L. Improved outcomes and reduced costs associated with a health-system-wide patient blood management program: a retrospective observational study in four major adult tertiary-care hospitals. *Transfusion*, [s. l.], v. 57, n. 6, p. 1.347-1.358, Feb. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1111/trf.14006>.

LIFTON, Robert Jay. *The Nazi doctors: medical killing and the psychology of genocide*. New York: Basic Books, 1986.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (1. Câmara Cível). *Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001*. Processo civil. Constitucional. Ação civil pública. Tutela antecipada. Caso das testemunhas de Jeová. Paciente em tratamento quimioterápico. Transfusão de sangue. Direito à vida. Dignidade da pessoa humana. Liberdade de consciência e de crença [...]. Agravante: Alan Laió Cardoso dos Santos. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Alberto Vilas Boas, 14 de agosto de 2007. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 3 jul. 2024.

MINNESOTA. Supreme Court. *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261 (1905), 104 N.W. 12. June 23, 1905. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/minnesota/supreme-court/1905/95-minn-261-104-n-w-12-1905.html>. Acesso em: 3 jul. 2024.

NEW YORK (State). Court of Appeals. *Matter of Fosmire v. Nicoleau*, 75 N.Y.2d 218, 551 N.Y.S.2d 876, 551 N.E.2d 77 (N.Y. 1990). Judges: Wachtler, Chief judge, et al., January 18, 1990. Disponível em: <https://casetext.com/case/matter-of-fosmire-v-nicoleau>. Acesso em: 3 jul. 2024.

_____. Supreme Court (Appellate Division). *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 149 A.D. 915, 133 N.Y.S. 1143. February 23, 1912.

ONTARIO. Court of Appeal. *Malette v. Shulman* (Ont. C.A.), 72 O.R. (2d) 417, [1990] O.J. No. 450, Action No. 29/88. Professions – Physicians and surgeons – Consent to treatment – Unconscious patient carrying card declaring her to be Jehovah's Witness and refusing consent to blood transfusions – Physician administering blood liable for damages for battery [...]. March 30, 1990. Disponível em: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2016/05/MalettevShulman.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

POLAND. Supreme Court. *Case of Re Boguslawa L. N. III CK 155/05*. October 27, 2005.

POR QUE as testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue? In: TESTEMUNHAS de Jeová. [S. l.]: Watch Tower Bible: Tract Society of Pennsylvania, c2024. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/>. Acesso em: 3 jul. 2024.

PUERTO RICO. Tribunal Supremo. *Lozada Tirado v. Tirado Flecha*: CC-2006-94. Recurridos: Luz E. Lozada Tirado; Andrea Hernández Lozada y otros. Peticionarios: Roberto Tirado Flecha y la Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová de Puerto Rico. Juez ponente: Hon. Carlos Rivera Martínez, 27 de enero de 2010. Disponível em: <https://www.lexjuris.com/lexjuris/tspr2010/lexj2010009.htm>. Acesso em: 3 jul. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (12. Câmara Cível). *Agravo de Instrumento* nº 70032799041. Agravo de instrumento. Direito privado não especificado. Testemunha de Jeová. Transfusão de sangue. Direitos fundamentais. Liberdade de crença e dignidade da pessoa humana. Prevalência. Opção por tratamento médico que preserva a dignidade da recorrente [...]. Agravante: Heliny Cristina Lucas Alho. Agravada: Fundação Universidade de Caxias do Sul. Relator: Des. Cláudio Baldino Maciel, 11 de março de 2010. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 3 jul. 2024.

SOBOLEWSKI, Przemysław. Consent to a medical procedure. In: BOSEK, Leszek (ed.). *Medical law*. Warszawa: C.H. Beck, 2019. p. 119-158.

SOUTH AFRICA. Supreme Court (Cape Provincial Division). *Castell v. De Greef* 1994 (4) SA 408 (C): No. A976/92. Medicine – Medical practitioner – Negligence of – Duty of practitioner to warn patient of risks inherent in proposed treatment – Nature and extent of such duty [...]. February 17, 1994. Disponível em: <https://ethiqal.co.za/wp-content/uploads/2019/08/CASTELLvDE-GREEF-1994-Disclosure-of-Risk-Reasonableness.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

SOUTH CAROLINA. Supreme Court. *Harvey v. Strickland*, 350 S.C. 303, 566 S.E.2d 529 (S.C. 2002). Appellant: Charles Harvey. Respondents: Dr. Glen Strickland and Surgical Associates. Judges: Waller et al., July 1, 2002. Disponível em: <https://casetext.com/case/harvey-v-strickland>. Acesso em: 3 jul. 2024.

SWEDEN. Supreme Administrative Court. *Case of Religious Community of Jehovah's Witnesses v. Sweden (Ministry of Health and Social Affairs)*: No. 2310-16. February 20, 2017.

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. *Cuidados com a saúde*. [S. l.]: Watch Tower Bible: Tract Society of Pennsylvania, c2022. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/informacoes-autoridades/documentos-informacoes-globais/documento-testemunhas-de-jeova-cuidados-com-a-saude/>. Acesso em: 3 jul. 2024.

VIDLIČKA, Sunčana Roksandić; ZIBAR, Lada; ČIZMIĆ, Jozo; GRĐAN, Kristijan. Pravo Jehovinih Svjedoka na ostvarivanje kirurške zdravstvene zaštite u Republici Hrvatskoj – prema vrijedećim zakonima (*de lege lata*). *Liječ Vjesn*, [s. l.], v. 139, n. 3-4, p. 91-98, 2017. Disponível em: <https://repositorij.kbco.hr/islandora/object/kbco:15/datastream/FILE0/view>. Acesso em: 3 jul. 2024.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The urgent need to implement patient blood management: policy brief*. Geneva: WHO, 2021. Disponível em: <https://iris.who.int/handle/10665/346655>. Acesso em: 3 jul. 2024.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

A geografia dos ambientes institucional e organizacional da inovação: um reforço das desigualdades regionais no Brasil?

The geography of institutional and organizational innovation environments: a reinforcement of regional inequalities in Brazil?

Caroline Viriato Memória¹

Resumo

Este estudo analisa a geografia dos ambientes organizacional e institucional da inovação no Brasil. A hipótese é que ela reforça a concentração geográfica da inovação e as desigualdades regionais. O método utilizado é o hipotético-indutivo, ancorado em análise crítica e propositiva de conteúdo, com pesquisa em fontes bibliográficas, documentais e dados secundários desagregados regionalmente obtidos em fontes oficiais, como o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Quanto à abordagem, a metodologia é quali-quantitativa; quanto à natureza, é teórica e empírica; e quanto aos objetivos, é descritiva e explicativa. A investigação constata a necessidade de incentivos mais bem distribuídos destinados à redução das desigualdades regionais, por meio de melhorias na configuração geográfica dos ambientes institucional e organizacional da inovação.

Palavras-chave: desenvolvimento; inovação; concentração geográfica; papel do Estado; desigualdades regionais.

Abstract

This study analyzes the geography of the organizational and institutional environments of innovation in Brazil. The hypothesis is that it reinforces the geographic concentration of innovation and regional inequalities. The method used is hypothetical-inductive, anchored in content, critical and propositional analysis, with research in bibliographic and documentary sources and regionally disaggregated secondary data obtained from

¹ Caroline Viriato Memória é doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; analista do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, Fortaleza, CE, Brasil. E-mail: caroline.memoria@inpe.br

official sources, such as the Ministry of Science, Technology and Innovation. As for the approach, the methodology is qualitative-quantitative; as for its nature, it is theoretical and empirical; and regarding the objectives, it is descriptive and explanatory. The research finds the need for better distributed incentives aimed at reducing regional inequalities, through improvements in the geographic configuration of the institutional and organizational innovation environments.

Keywords: development; innovation; geographic concentration; role of the State; regional inequalities.

Recebido em 27/2/24

Aprovado em 28/5/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p43

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

Com base no valor do PIB, o Brasil figura entre as 13 maiores economias do planeta no ranking de 2022 do Fundo Monetário Internacional, mas ocupa a 87^a posição na classificação do Índice de Desenvolvimento Humano, segundo dados de 2021-2022 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Em 2022, aparecia na 54^a posição no ranking do Índice Global de Inovação.

A inovação tecnológica favorece a competitividade e a sobrevivência das empresas em ambientes marcados por elevado dinamismo. Na definição de uma política econômica orientada para o desenvolvimento é preciso levar em conta os laços estreitos entre a política macroeconômica e as políticas industrial e de inovação. A Lei nº 11.196/2005 (*Lei do bem*)⁴,

² MEMÓRIA, Caroline Viriato. A geografia dos ambientes institucional e organizacional da inovação: um reforço das desigualdades regionais no Brasil? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 243, p. 43-65, jul./set. 2024. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p43. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/243/ril_v61_n243_p43

³ Memória, C. V. (2024). A geografia dos ambientes institucional e organizacional da inovação: um reforço das desigualdades regionais no Brasil? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(243), 43-65. https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p43

⁴ A Lei nº 11.196/2005 (Brasil, [2023b]) é conhecida como *Lei do bem*, e neste trabalho a temática restringe-se ao seu Capítulo III, arts. 17 a 26, que tratam exclusivamente dos incentivos à inovação tecnológica na forma de renúncia fiscal. No entanto, a *Lei do bem* transcende o conteúdo do Capítulo III, que cria incentivos fiscais para a inovação tecnológica, e institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação (Repes), o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras (Recap) e o Programa de Inclusão Digital.

regulamentada pelo Decreto nº 5.798/2006⁵, é um dos instrumentos de fomento que passou a integrar o ordenamento jurídico para regular a política pública destinada a empresas produtoras de inovação tecnológica baseada em pesquisa e desenvolvimento (P&D). Os incentivos tributários à inovação são justificados à luz da teoria econômica formulada no século XX pelo economista austríaco Joseph Schumpeter, a qual confere centralidade à inovação no processo de desenvolvimento econômico.

No Brasil, na África do Sul, na Índia e na Rússia, o Estado responde de forma significativa pelos gastos com o processo de inovação, diferentemente do que acontece com a China, a Coreia do Sul e os EUA, países líderes da inovação. No entanto, os investimentos em inovação envolvem risco e incerteza, seus resultados são pouco previsíveis, e as distintas etapas do processo de inovação requerem comprometimentos financeiros diversos em razão da incerteza e dos recursos necessários. Logo, o suporte do Estado é relevante, principalmente nas fases iniciais, quando é alta a incerteza de um projeto de P&D.

O Decreto nº 9.810/2019 (Brasil, [2024]) regulamenta a Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR) e considera o Norte, o Nordeste e o Centro-Oeste regiões que apresentam baixos indicadores socioeconômicos; os investimentos em ciência, tecnologia e inovação (CTI) buscam contribuir para o desenvolvimento regional, econômico e social, inclusive para a redução das desigualdades.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) define a redução das desigualdades sociais e regionais como um de seus objetivos fundamentais (art. 3º) e um dos princípios da atividade econômica (Brasil, [2023a], art. 170). Uma forma de concretizar esse direcionamento constitucional e amenizar a trajetória histórica dessas desigualdades é orientar o comportamento estatal para a desconcentração geográfica do ambiente organizacional e institucional da inovação. Com a premissa constitucional de que todo o poder emana do povo, o Brasil é um Estado democrático de Direito; por isso, deve pautar-se num equilíbrio entre medidas econômicas intervencionistas e liberais. Desse modo, sem perder de vista o desenvolvimento nacional, as políticas de CTI devem adaptar-se às características econômicas e às potencialidades regionais.

Este trabalho contém quatro seções além desta introdução. Na primeira procede à revisão bibliográfica para contextualizar a intervenção do Estado no fomento à inovação nas empresas; na segunda realiza um levantamento bibliográfico do estado da arte da geografia da inovação no Brasil; a terceira apresenta discussões teóricas e análises dos dados sobre os ambientes institucionais e organizacionais propícios à inovação nas regiões, acompanhadas dos resultados da pesquisa e da discussão; e a quarta seção conclui o artigo.

⁵ O art. 2º do Decreto nº 5.798/2006 apresenta os conceitos da *Lei do bem* para a inovação tecnológica, a pesquisa básica dirigida, a pesquisa aplicada, o desenvolvimento experimental, a tecnologia industrial básica, os serviços de apoio técnico e o pesquisador contratado (Brasil, [2019a]).

2 Contextualização da intervenção do Estado no fomento à inovação

Esta seção trata da relação entre o capital e o Estado quanto ao incremento da inovação e analisa seu marco legal no Brasil; examina os papéis constitucionais do Estado, sobretudo o normativo e o regulador da atividade econômica, com ênfase na análise da política pública constitucional de estímulo à formação e ao fortalecimento da inovação nas empresas.

Furtado (1967) considera que o aumento do fluxo de renda por unidade de trabalho utilizada é o melhor indicador de desenvolvimento, que se relaciona ao aumento da produtividade (*renda per capita*) determinado pelo crescimento econômico. Conforme Vieira e Santos (2012, p. 357), o “aumento da produtividade do trabalho só é possível com [uma] melhor utilização dos recursos, o que implica acumulação de capital, inovação tecnológica e realocação dos recursos que acompanham o aumento do fluxo de renda”.

Uma Constituição tem força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado; contudo, ela é limitada, pois uma norma constitucional não tem existência autônoma: a situação por ela regulada deve concretizar-se na realidade. Apesar de nada poder realizar por si só, ela pode impor tarefas. Nas palavras de Hesse (1991, p. 19), uma

Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

Segundo Born e Talocchi (2002, p. 29), exemplos de incentivos a determinadas práticas empresariais são as transferências diretas de recursos financeiros, a isenção de taxas e impostos, o favorecimento na obtenção de crédito, o fornecimento preferencial de serviços públicos, a aplicação (alocação) de receitas de impostos em programas especiais, a disponibilização de tecnologia e capacitação técnica, subsídios a produtos e à inovação tecnológica, garantia de acesso a mercados ou programas especiais.

Matesco e Tafner (1996, p. 5) enumeram três razões por que os incentivos fiscais seriam preferíveis a outras modalidades de apoio: a) economicidade, pois trata-se de medida que “não incorre nos custos administrativos de arrecadação e de repasse (caso fosse sob a forma de empréstimo)”; b) em geral anticíclica, pois “amortece os efeitos da recessão sobre os investimentos em P&D”; e c) flexibilidade, dado que permite ao empresário “direcionar seus gastos em P&D no ritmo e na intensidade que julgar necessário e facilita a associação com universidades, centros de pesquisa ou outras empresas”.

As ações ou políticas públicas normalmente são executadas mediante gastos públicos, e o sistema tributário destina-se a fornecer as receitas necessárias para financiá-los. Entretanto, as ações podem ser implantadas também pelo próprio sistema tributário; nesse caso, “o governo concede desoneração tributária ao setor privado [...] por meio de isenções, anistias, reduções de alíquotas, presunções creditícias, deduções, abatimentos e

diferimentos de obrigações tributárias". Entre os objetivos perseguidos "estão a equalização da renda entre regiões [e] o incentivo a setores econômicos" (Pellegrini, 2018). Em países como o Brasil não há grande tradição na economia do conhecimento, pois nem sempre se estabelece um ambiente sinérgico e favorável à proliferação de inovações (Tunes, 2015, p. 334); em virtude disso, a participação do Estado é essencial para a inovação (Castells, 1999). Para estimular esse desenvolvimento econômico e social, o legislador constituinte de 1988 atribuiu competência ao Estado de planejar e fomentar a inovação por meio de políticas públicas de CTI.

Segundo Laks (2016, p. 242), "a inovação é resultado de um amplo espectro de fatores, não puramente econômicos, mas também institucionais e sociais, sobre o qual o Direito exerce um papel fundamental"; por isso é decisiva a formulação de políticas extrafiscais com foco na redução das desigualdades regionais por meio de inovações. A esse respeito, Bresser-Pereira (2009) posiciona-se a favor de políticas públicas para promover desenvolvimento econômico, pois se trata do exercício de um papel típico de Estado. Kempfer e Oliveira (2014) reforçam a ideia com o argumento de que a própria CRFB registra a opção do Estado por políticas públicas no setor de CTI. Para Tura, Harmaakorpi e Pekkola (2008), as políticas e estratégias devem concentrar-se na promoção de processos de inovação não lineares, mas interativos em redes de inovação *multiator*. De acordo com Archibugi, Denni e Filippetti (2009), qualquer sistema de inovação exige tanto conhecimento quanto bens de capital para funcionar efetivamente e precisa de um equilíbrio apropriado entre os dois componentes para prosperar.

Para Diniz (1993), a incerteza quanto aos resultados de qualquer pesquisa e o caráter público inerente ao conhecimento científico acabam por desestimular o investimento privado em ciência básica. Para uma empresa, é significativo o aporte financeiro exigido no processo de inovação, e é grande a incerteza quanto ao sucesso da estratégia inovadora - daí a importância do estabelecimento de redes entre as empresas e entre estas e os agentes do Estado. No Brasil, "as relações estabelecidas entre Estado e capital inovador revelam uma alta dependência do capital em relação a atuação e promoção do Estado nos processos de aprendizagem e inovação" (Tunes, 2015, p. 126). Casali, Silva e Carvalho (2010, p. 527) lembram que "cada país desenvolve seu próprio caminho tecnológico ou trajetória, o qual é determinado pelos padrões de acumulação passado e presente e pelos fatores institucionais específicos do país".

Tunes (2015, p. 416) enfatiza que o Estado brasileiro tem sido "responsável por parte significativa do financiamento e investimento na inovação e nos processos de aprendizagem, sobretudo com a produção dos recursos necessários à inovação, sejam eles imateriais (conhecimento e crédito) ou materiais (infraestrutura de circulação e comunicação)". Contudo, para superar essa diferença em relação aos países desenvolvidos, é necessário maior investimento nos dispêndios privados em P&D. Num cenário menos otimista quanto à inovação, Kannebley Júnior, Shimada e Negri (2016, p. 116) advertem que "o primeiro efeito de uma política de incentivo fiscal à P&D é a diminuição de recursos disponíveis pelo

governo, o que, no longo prazo, pode criar uma demanda por aumento de impostos”. E aduzem que a menor disponibilidade desses recursos pode gerar uma queda no bem-estar social.

Com a Emenda Constitucional (EC) nº 85 (Brasil, 2015), a CRFB passou a dispor que também compete ao Estado dar tratamento prioritário à pesquisa científica básica e tecnológica e estimular a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas em função do bem público e do progresso da CTI. Entre outros motivos, a EC nº 85 é um marco relevante por significar a constitucionalização da CTI. Conforme Czelusniak, Dergint e Stankowitz (2017, p. 1-2), o respaldo constitucional para a inovação com a entrada em vigor dessa EC firmou-se com a inserção na CRFB do sistema de ciência, tecnologia e inovação (SNI), marcado por um ambiente cooperativo de inovação para a “maximização do compartilhamento de conhecimento entre os atores mercadológicos” – isto é, a interação dos “agentes econômicos para a maximização do desenvolvimento tecnológico” e da inovação.

O conceito de *sistema de inovação* tem raízes no pensamento evolucionista; seu ponto principal tem sido a “importância central da inovação como fonte do crescimento da produtividade e do bem-estar material” (Casali; Silva; Carvalho, 2010, p. 525). Tunes (2015, p. 385) define o SNI como um conjunto de instituições e instrumentos jurídico-normativos em prol do crescimento das atividades intensivas em conhecimento. Segundo a autora, o SNI é

o resultado da ação articulada entre o “Estado”, no provimento de infraestrutura e no estabelecimento de políticas públicas de incentivo à inovação, do “capital”, por meio das estratégias e ações visando a inovação e se relacionando externamente com outros capitais e empresas, e a “sociedade” que, ao mesmo tempo em que incorpora a cultura da inovação e a consome enquanto mercadoria, também se envolve com as pesquisas científicas e tecnológicas, as quais se relacionam, em alguns casos, com o processo inovador.

Conforme essa abordagem, atribui-se “ao Estado uma função primordial no processo de inovação, seja direcionando os investimentos para a área científica e/ou tecnológica, seja como investidor direto na inovação através das empresas estatais” (Tunes, 2015, p. 386).

A interatividade dos agentes no SNI é importante e natural. As patentes podem ser mais lucrativas para as organizações se forem comercializadas e negociadas em vez de serem instrumentos apenas de proteção (Czelusniak; Dergint; Stankowitz, 2017, p. 13-14). No entanto, “a quantidade de patentes não indica diretamente a proporção da atividade inovadora do País, já que a patente em si se refere a uma invenção que não necessariamente possui valor mercadológico ou viabilidade de se efetivar como produto no mercado” (Tunes, 2015, p. 292). Somente com a geração própria de tecnologia em lugar da simples utilização de tecnologias existentes, o País conseguirá superar o *gargalo* mencionado por Perez e Soete (1988) para produzir bens de capital, e não apenas insumos e bens de consumo industrializados.

De acordo com Dagnino (2003 *apud* Tunes, 2015, p. 113), a “abordagem que procura estabelecer uma relação entre a universidade e a empresa a partir de fatores ligados a competitividade e a importância econômica do conhecimento forma uma das concepções teórico-metodológicas mais difundidas entre os pesquisadores que tratam dessa relação”. O autor afirma que essa abordagem pode ser denominada *segunda revolução acadêmica* e faz referência à forte sinergia entre instituições acadêmicas e empresas no contexto norte-americano das décadas de 1980 e 1990. Malerba (2002) afirma que atores não empresariais como universidades e governo apoiam de várias formas a inovação mediante a difusão de novas tecnologias, mas seu papel é muito diferente em cada setor. Ao abordar os sistemas de inovação, salienta a diversidade de conhecimentos e capacidades dos agentes, a relevância da confiança e a gama de suas interações e relações informais; enfatiza que as relações entre as empresas e organizações não empresariais, tais como universidades e centros de pesquisa públicos, são fontes significativas de inovação em setores como o farmacêutico, o de biotecnologia, o de tecnologia da informação e o de telecomunicações. Assim, as relações entre distintos agentes podem integrar complementaridades em conhecimento, capacidades e especialização.

Para Fagerberg e Srholec (2008), estão bem economicamente os países exitosos em dar suporte à inovação, ao passo que na parte mais pobre do globo os Estados encontram dificuldade para desenvolver suas capacidades. Um sistema de inovação com bom funcionamento é condição necessária para ingressar em dinâmicas virtuosas. Nesse cenário, a política de inovação pode ser ferramenta poderosa para transformar a economia, e os incentivos públicos para despesas de P&D são considerados centrais nesse tipo de política (Edler; Fagerberg, 2017).

3 A geografia da inovação no Brasil

Definidas as bases teóricas dos incentivos à CTI, procede-se à descrição e à análise da relação desse tema com as desigualdades regionais. O recorte temporal inclui dados públicos atuais e sistematizados nos repositórios das instituições pesquisadas.

É recorrente o tema das desigualdades regionais e territoriais na geografia da inovação, cujo desenvolvimento, no entender de Gama (2001, p. 50), está centrado na complexa rede de relações entre os diferentes atores envolvidos na inovação e deve considerar aspectos territoriais, econômicos, sociais, institucionais e políticos. Sobre o tema, Tunes (2015, p. 59) comenta que a evidência mais forte da geografia da inovação é “a desigual distribuição da produção inovadora, levando à formação de territórios que concentram os processos de [...] inovação”. Como a primeira Constituição brasileira a conter o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais é a CRFB (Grau, 2018), nesta seção investiga-se a distribuição geográfica da inovação no País com fundamento nos objetivos constitucionais

de redução das desigualdades regionais. Mencionam-se autores que relacionam a concentração das atividades de inovação com o território.

Nas primeiras décadas do século XX, “o Brasil desenvolveu sua indústria e economia como uma resposta à crise da economia cafeeira”. No pós-guerra, a industrialização foi a estratégia de desenvolvimento econômico planejada pelo Estado. Essa “nova fase da economia brasileira foi acompanhada de um movimento de urbanização”, mas também gerou “elevado grau de heterogeneidade econômica, regional, social e setorial” (Casali; Silva; Carvalho, 2010, p. 522). Segundo Diniz (2002, p. 248), as regiões Centro-Oeste e Norte permaneceram praticamente vazias até há poucas décadas; sua ocupação foi dificultada: a) pela falta de infraestrutura; b) pela grande distância geográfica dos mercados nacionais e dos portos; e c) pela difícil adaptação da CTI às terras dos cerrados e da região amazônica. Em virtude disso, o autor sustenta que, para essas regiões se tornarem opção locacional de empresas inovadoras, deve haver incentivos que gerem interações produtivas capazes de induzir à criação de grandes e diversificadas aglomerações industriais e impactar localmente a geração de empregos de alta qualificação (Diniz, 2002, p. 257). Segundo ele, as regiões Sul e Sudeste dispõem de uma base econômica melhor, especialmente na estrutura industrial, na oferta de serviços e na infraestrutura de conhecimento – rede acadêmico-universitária, instituições públicas e privadas de pesquisa e qualidade dos recursos humanos (Diniz, 2002, p. 265). Com efeito, ele recomenda a adaptação das políticas de CTI às características econômicas e às potencialidades regionais.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal (STF) já declarou a constitucionalidade de alguns incentivos fiscais para reduzir as desigualdades entre as regiões. Tal foi o caso do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (AI-AgR) 630.997/MG, relatado pelo ministro Eros Grau; nele se questionava o estabelecimento de alíquotas regionalizadas do imposto sobre produtos industrializados (IPI). Com base em seus próprios precedentes, o STF decidiu pela constitucionalidade da concessão de alíquotas regionalizadas de IPI incidentes sobre açúcar, com fundamento no art. 3º da CRFB, relacionado ao objetivo de desenvolvimento nacional e da redução das desigualdades regionais (Brasil, 2007).

Segundo Tunes (2015, p. 86), a inovação no Brasil caracteriza-se como incremental⁶, informal⁷ e utiliza a interação e a cooperação como “estratégia fundamental para o desenvolvimento dos processos de aprendizagem”. Na visão da autora, “é a partir da definição desses elementos fundantes do processo de inovação que o debate sobre a importância da concentração e da territorialização” da inovação ganham ainda mais sentido (Tunes, 2015, p. 75).

⁶ Nesse tipo de inovação, as atividades inovadoras da indústria e dos serviços no Brasil caracterizam-se por pequenas mudanças no produto ou no processo de produção; eles permitem tanto a melhoria na qualidade do produto quanto a diminuição dos custos e o aumento da produtividade.

⁷ Em geral, as atividades inovadoras não se desenvolvem no campo da ciência e em laboratórios de pesquisa, “mas sim, em muitos casos, no contato direto da empresa com o mercado, na relação com os fornecedores e clientes” (Tunes, 2015, p. 65).

Considerando a imensa diversidade cultural, ambiental, econômica e social que caracteriza o País, também é necessário rever a eficácia das políticas que se utilizam dos mesmos instrumentos para todas as suas regiões. Casali, Silva e Carvalho (2010) justificam a constituição do sistema regional de inovação (SRI) com o fato de as regiões terem características históricas, culturais, políticas e econômicas próprias; diferenciam-se umas das outras e constituem seus próprios sistemas de inovação. Silva, Milani e Antunes (2019, p. 109) afirmam que a teoria dos SRIs buscou superar uma limitação da teoria do SNI ao considerar as peculiaridades regionais, pois não se pode gerar tecnologia que facilmente se dissemine em qualquer localidade. Para Specie (2017), o desafio do desenvolvimento nacional necessariamente supõe a superação das desigualdades regionais, conforme a determinação constitucional. No entender de Silva, Milani e Antunes (2019, p. 114), o Brasil tem SRIs, o que se comprova pela existência de empresas inovadoras nas cinco regiões, bem como de ambiente institucional e organizacional propícios à inovação.

Segundo Casali, Silva e Carvalho (2010, p. 538-539), para estimular o desenvolvimento das regiões, as menos desenvolvidas devem investir “tanto na imitação de tecnologias externas, que elevem a produtividade do trabalho, quanto no desenvolvimento de novas tecnologias, patentes, a uma taxa relativamente maior que as regiões mais desenvolvidas”; e os autores ponderam que o contrário também é verdadeiro. No caso de “investirem a uma taxa relativamente maior na imitação e na criação interna, as regiões mais desenvolvidas apresentarão maiores taxas de crescimento do produto, e, portanto, o *gap* entre as regiões tenderá a elevar-se”. Em outras palavras, o desenvolvimento econômico ocorre em função do desenvolvimento tecnológico, e isso “faz com que seja crucial, em primeiro lugar, estimular o desenvolvimento tecnológico de cada região [...], seja na geração interna de novas tecnologias, pela imitação de tecnologias geradas externamente, ou ainda pela sua apropriação e difusão pelo setor produtivo” (Casali; Silva; Carvalho, 2010, p. 546).

Theis, Strelow e Lasta (2017, p. 50-52) posicionam-se contra o que chamam *discurso oficial e hegemônico*, que credita à inovação tecnológica a prerrogativa da diminuição das desigualdades. Os autores não creem na premissa da cadeia linear de inovação, ou seja, “que a pesquisa básica leva à pesquisa aplicada, que impulsiona o desenvolvimento da indústria por meio de inovações e resulta naturalmente em desenvolvimento econômico e social”:

Nesse contexto, nota-se a distância entre ciência, tecnologia e inovação, a despeito dos objetivos de acelerar a passagem da pesquisa básica para a pesquisa aplicada, perseguidos pela Política Científica e Tecnológica adotada no Brasil desde a década de 1990. O descompasso pode ser explicado pela forma assumida pelo desenvolvimento científico e tecnológico em países subdesenvolvidos em comparação com a experimentada pelos países desenvolvidos. No caso desses últimos, os investimentos em CT&I permitiram que o desenvolvimento tecnológico acompanhasse o desenvolvimento científico, enquanto, no caso dos países periféricos, o desenvolvimento científico se sobreponha ao desenvolvimento tecnológico (Theis; Strelow; Lasta, 2017, p. 52).

Desse modo, para Theis, Strelow e Lasta (2017, p. 44-49), a “dinâmica desigual revelada pela distribuição [desses] investimentos é influenciada, por um lado, pelas características do desenvolvimento científico e tecnológico e, por outro, pelas características estruturais do [desenvolvimento] brasileiro”, que é geograficamente desigual, com algumas regiões crescendo “a altas taxas (porque concentram investimentos, universidades, ciência e tecnologia, indicadores sociais elevados e demais facilidades), [ao passo que] outras experimentam estagnação (recebem poucos investimentos, concentram pobreza etc.)”. De certa maneira, os autores atribuem ao Estado a responsabilidade pelas heterogeneidades devidas a políticas dissociadas das particularidades de cada região.

Cavalcante (2011, p. 7) aborda a importância dos aspectos regionais associados à alocação de recursos destinados às atividades de CTI, com o fim de subsidiar a formulação de políticas que contribuam para estimular o desenvolvimento e reduzir as heterogeneidades regionais. Considerando as características espaciais regionais, a atuação governamental é decisiva para aumentar o equilíbrio geográfico entre as regiões. Daí a relevância das políticas públicas com foco no desenvolvimento nacional, como preconiza a CRFB, para promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação⁸, orientadas pelo princípio da eficiência econômica e social, consagrado no art. 37 da CRFB.

Diniz (2002, p. 257) afirma que existem incentivos fiscais para o desenvolvimento das regiões Norte e Nordeste; esse é o caso da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene), da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) e da Superintendência de Desenvolvimento da Zona Franca de Manaus (Suframa). Contudo, tais regiões não têm demonstrado capacidade de sustentar um crescimento que se traduza em substantiva alteração macroespacial. Tunes (2015, p. 303) corrobora esse argumento ao observar que desigualdades são geradas com esteio na seleção pelo capital inovador dos territórios capazes de servir como bases para o processo de acumulação e reprodução desse capital. A autora entende que “esses territórios têm relação significativa com as atividades relacionadas [à] ciência e [ao] conhecimento com bases para o processo de aprendizagem e inovação”; ela afirma que a territorialização da inovação é “um agente do desenvolvimento geográfico desigual na escala nacional, reforçando a dinâmica geral da acumulação de capital [...] que leva a um fortalecimento das disparidades regionais no Brasil” (Tunes, 2015, p. 501). Tunes (2015, p. 123) explica que a maior parte das pesquisas de geografia da inovação atribui “pouca importância à atuação do Estado no processo de aprendizagem e inovação, sobretudo as pesquisas originadas nos países europeus e nos EUA”, e credita essa situação à dinâmica econômica diferenciada desses países em relação à do Brasil. Segundo ela, “a atuação do Estado é fundamental para compreender a dinâmica econômica contemporânea, pois há uma forte centralização dos direcionamentos da economia nacional no Estado”.

⁸ Art. 174, § 1º, da CRFB (Brasil, [2023a]).

A ciência, a tecnologia e a inovação são eixos preferenciais das ações da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR), instituída pelo Decreto nº 9.810/2019. Sua finalidade é “reduzir as desigualdades econômicas e sociais, intra e inter-regionais, com a criação de oportunidades de desenvolvimento que resultem em crescimento econômico, geração de renda e melhoria da qualidade de vida da população”. Segundo a PNDR, os programas e investimentos da União devem estimular e apoiar processos de desenvolvimento regional. Essa política tem como princípios o “reconhecimento e a valorização da diversidade ambiental, social, cultural e econômica das regiões” e a “competitividade e equidade no desenvolvimento produtivo”. Um dos objetivos dessa política é “promover a convergência dos níveis de desenvolvimento e de qualidade de vida inter e intra regiões brasileiras e a equidade no acesso a oportunidades de desenvolvimento em regiões que apresentem baixos indicadores socioeconômicos” (Brasil, [2024]).

A PNDR, em consonância com a CRFB, reconhece que as regiões têm dinâmicas próprias e que isso deve ser considerado na elaboração de políticas públicas com estratégias de redução das desigualdades regionais e com o propósito do desenvolvimento nacional. Segundo o decreto criador da PNDR (Brasil, [2024]), a execução dos planos regionais de desenvolvimento, dos programas e das ações da PNDR é promovida por “incentivos e benefícios de natureza financeira, tributária ou creditícia”. O decreto também orienta que o emprego desses instrumentos de fomento deve ocorrer em favor de eixos preferenciais das ações da PNDR, dentre eles o da CTI. Essa política está em conformidade com o que defende Storper (1994): a inclusão da inovação na agenda de desenvolvimento regional.

A distribuição das empresas inovadoras pelo território nacional supõe a noção de equidade: deve-se atender desigualmente aos desiguais com base nas especificidades de cada região. Audretsch e Feldman (1996, p. 638-639) estudam a distribuição da atividade inovativa pelos EUA e concluem que a atividade inovadora tende a concentrar-se mais espacialmente, nas indústrias em que o transbordamento de conhecimento é mais forte – com empresas que se valem mais de mão de obra altamente qualificada, P&D interno e pesquisas de universidades. Isso se atribui mais à influência do transbordamento do conhecimento que à mera concentração geográfica da inovação. Jung-Hoon (2001) e Frenkel (2001) concordam com esse entendimento ao afirmarem que setores intensivos em tecnologia tendem a concentrar-se mais facilmente no espaço.

Segundo Diniz e Gonçalves (2005, p. 166), as cinco regiões podem ser classificadas de acordo com as possibilidades de desenvolvimento de produtos e processos intensivos em conhecimento técnico-científico e informação, de modo que existiria a região *dinâmica*, que inclui metrópoles e cidades médias das regiões Sudeste e Sul; a região *atrasada*, que abarca grandes cidades do Nordeste, caracterizadas por terem desvantagens em relação às cidades do Centro-Sul para atrair e desenvolver empresas intensivas em conhecimento; e a região *vazia* ou *estagnada*, com o Centro-Oeste e o Norte especializados na produção de commodities.

Os estudos que tratam da relação entre território e inovação observam que as condições materiais e imateriais para o processo de inovação não estão homogeneamente distribuídas no território. Tunes (2015, p. 377) menciona as regiões *ganhadoras*, detentoras de recursos territoriais necessários à produção da inovação, e as regiões *perdedoras*, que carecem das mesmas condições. Ela considera que o território é protagonista do processo de produção inovativo. Tunes (2015, p. 498) conclui que a inovação é uma atividade que ocorre fortemente nas metrópoles, dadas as condições gerais mais propícias ao capital inovador. Isso justifica o fato de a inovação apresentar uma distribuição extremamente concentrada e desigual em praticamente qualquer escala geográfica considerada. Para a autora, o marco institucional regulatório e a formação da força de trabalho são essenciais para compreender a relação da inovação com o território. Tunes (2015, p. 501) acredita que parte do entendimento do desenvolvimento geográfico desigual se deve à relação entre a ciência, o conhecimento e a inovação; afirma que há uma concentração significativa das atividades relacionadas à inovação no Sudeste e no Sul, mais fortemente no estado de São Paulo, “devido ao adensamento das condições gerais de produção inovadora nessa região, que permitem maior fluidez ao capital inovador”.

É possível, pois, afirmar que relacionar a localização apenas a fatores locais é insuficiente para compreender a relevância da localização na relação entre espaço e inovação. Diferentemente, alguns autores consideram que ocorre concentração geográfica da inovação onde existe melhor infraestrutura material e imaterial para o desenvolvimento dos processos de inovação.

4 Os ambientes institucional e organizacional propícios à inovação nas regiões

A análise da geografia da inovação implica o estudo e a identificação dos agentes dos ecossistemas de inovação, tais como os ambientes institucional e organizacional. Em regra, os instrumentos compõem um arcabouço institucional de apoio ao sistema de CTI e foram criados para contribuir para a desconcentração da inovação no território nacional.

O ambiente institucional é o conjunto de normativas econômicas, políticas, sociais, morais e legais que estabelecem as bases da produção e da distribuição na economia. Casali, Silva e Carvalho (2010, p. 518) destacam que são fundamentais no processo de desenvolvimento sustentável tanto a criação de um ambiente institucional que estimule a capacitação técnica, inovação, difusão e incorporação de novas tecnologias, quanto o estímulo das características qualitativas e quantitativas de todo o ambiente e o relacionamento entre pesquisa básica e aplicada, pesquisadores e empresários, inovação, difusão e incorporação de novas tecnologias.

Por sua vez, o ambiente organizacional é constituído pelas estruturas criadas para dar suporte ao sistema de inovação, como empresas inovadoras, universidades, instituições de

pesquisa públicas e privadas, investidores-anjo, incubadoras de empresas, startups, empresas de base tecnológica, parques tecnológicos. Como parte significativa do marco legal para inovação⁹, as normas estaduais de inovação são desdobramento da Lei nº 10.973/2004 (*Lei de inovação*), que criou medidas de incentivo à inovação e à pesquisa em CTI no ambiente produtivo para estimular a autonomia tecnológica e o desenvolvimento industrial.

O art. 27 da *Lei de inovação* determina que “ações que visem a dotar a pesquisa e o sistema produtivo regional de maiores recursos humanos e capacitação tecnológica” devem ser priorizadas nas regiões menos desenvolvidas, como a Amazônia (Brasil, [2016a]). No entanto, Specie (2017, p. 18) verifica que “as normas editadas após o início da vigência da Lei de Inovação, que instituíram incentivos ao desenvolvimento tecnológico com base naquela lei, foram omissas em garantir a preferência de ações às regiões menos desenvolvidas do país”. Ao discutir o papel do sistema jurídico e sua contribuição para o desenvolvimento, Gico Júnior (2017, p. 114) afirma que a

estrutura jurídica de um país, não apenas aquela constante dos livros e das leis, mas a efetivamente praticada, possui uma enorme importância para a forma como investimentos gerarão ou não riqueza para um povo. A existência de instituições (regras) ruins pode não apenas impedir o investimento, como pode distorcê-lo de forma a canalizá-lo para empresas menos eficientes ou para finalidades socialmente indesejáveis, distorcendo o mercado. Tais distorções são capazes de limitar a inovação e o crescimento.

O autor pondera sobre a necessidade de um arcabouço institucional adequado e explica que, sem os incentivos certos para os agentes, o sistema social pode gerar resultados indesejáveis, mesmo que outras variáveis estejam presentes.

A edição de leis estaduais de inovação é também um dos pontos centrais da expansão e consolidação do SNI, pois fortalecem a interação dos atores nesse sistema, que inclui governos federal e estaduais, agências de financiamento, como a Financiadora de Estudos e Projetos (Finep) e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), universidades e empresas. No Quadro, as normas estaduais de inovação estão organizadas por região.

⁹ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) afirma que a efetividade dos incentivos fiscais à P&D depende em grande parte do marco regulatório e da sua estabilidade no tempo (OECD, 2013).

Quadro – Normas de CTI por região

	Estado	Lei
Norte	Amazonas	Lei nº 3.095, de 17/11/2006
	Acre	Lei nº 3.387, de 21/6/2018
	Amapá	Lei nº 2.333, de 25/4/2018
	Pará	Lei nº 8.426, de 18/11/2016
	Tocantins	Lei nº 2.458, de 6/7/2011
Nordeste	Alagoas	Lei nº 7.117, de 12/11/2009
	Bahia	Lei nº 11.174, de 9/12/2008
	Ceará	Lei nº 14.220, de 16/10/2008
	Pernambuco	Lei nº 13.690, de 16/12/2008
	Piauí	Lei nº 13.243, de 11/1/2016
	Rio Grande do Norte	Lei Complementar nº 478, de 27/12/2012
Centro-Oeste	Sergipe	Lei nº 6.794, de 2/12/2009
	Distrito Federal	Lei distrital nº 6.140, de 3/5/2018
	Goiás	Lei nº 16.922, de 8/2/2010
	Mato Grosso	Lei Complementar nº 297, de 7/1/2008
Sul	Mato Grosso do Sul	Decreto nº 15.116, de 13/12/2018
	Paraná	Lei nº 17.314, de 24/9/2012
	Rio Grande do Sul	Lei nº 13.196, de 13/7/2009
Sudeste	Santa Catarina	Lei nº 14.348, de 15/1/2008
	Espírito Santo	Lei Complementar nº 642, de 16/10/2012
	Minas Gerais	Lei nº 17.348, de 17/1/2008
	Rio de Janeiro	Lei nº 5.361, de 29/12/2008
	São Paulo	Lei Complementar nº 1.049, de 19/6/2008

Fonte: elaborado pela autora.

Todos os estados dispõem de leis de inovação, exceto Maranhão, Paraíba, Roraima e Rondônia. Esse aspecto do ambiente institucional, em que apenas estados das regiões Norte e Nordeste ainda não têm leis locais de inovação, é mais um reforço ao argumento de que é real a desigualdade geográfica da inovação. Uma legislação específica sobre o tema pode facilitar a atuação do Estado no estímulo aos negócios inovadores, “seja pela possibilidade de adoção de instrumentos mais flexíveis para o relacionamento com os empreendedores privados, seja pela definição de regras que conferem maior liberdade e segurança para a interação entre institutos públicos de pesquisa e empresas” (Brasil, 2016c, p. 65).

A consolidação de um ambiente favorável à inovação tem sido estimulada por iniciativas como a da *Lei da inovação* (Brasil, [2016a]), modificada pela Lei nº 13.243/2016 (Brasil, 2016b), que busca estimular a P&D nas empresas, integrando esforços de universidades, instituições de pesquisa e empresas de base tecnológica. A *Lei de inovação* estrutura-se em três vertentes: a) a constituição de um ambiente especializado e cooperativo de inovação entre as universidades, institutos tecnológicos e empresas; b) o estímulo à participação de instituições de ciência e tecnologia no processo de inovação; e c) o incentivo direto à inovação na empresa. A partir de 2016, a *Lei de inovação* (Brasil, [2016a]) passou a prever

que as medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo devem observar, entre outros princípios, a redução das desigualdades regionais.

Ocorreram avanços também no arcabouço legal e regulatório das políticas de inovação, especialmente com a promulgação da EC nº 85, de 26/2/2015 (Brasil, 2015), que reforçou a atuação do Estado no campo da CTI, ao inserir na CRFB o dever estatal de promover a inovação e ao determinar ao Estado a adoção de políticas públicas destinadas a promover e incentivar também o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica. Depois dessa modificação constitucional, é possível falar em constitucionalização da inovação.

Outra norma relevante é a Lei nº 13.243/2016 (Brasil, 2016b), também conhecida como *Marco legal da ciência, tecnologia e inovação, Marco legal da inovação ou Código nacional de ciência, tecnologia e inovação*. Entre outros pontos, essa lei incentiva as atividades de pesquisa científica, prevê isenção e redução de impostos para importação de insumos nas empresas, facilita processos licitatórios e amplia o tempo máximo que os professores universitários poderão dedicar a projetos de pesquisa e extensão. Como desdobramento do ambiente institucional, para fins da *Lei de Inovação*, uma instituição científica e de inovação tecnológica (ICT) é considerada órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de Direito privado sem finalidade lucrativa constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País. Deve incluir – seja em sua missão institucional, seja em seu objetivo social ou estatutário – a pesquisa de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de produtos, serviços ou processos (Brasil, [2016a]).

O art. 17 da *Lei de Inovação* (Brasil, [2016a]) estabelece que as ICTs públicas e privadas beneficiadas pelo Poder Público devem enviar informações anuais ao MCTI, que criou o Formict, um formulário para informações sobre a política de propriedade intelectual das instituições científicas, tecnológicas e de inovação do Brasil. A Tabela 1 apresenta a distribuição por região das ICTs públicas e privadas que preencheram o Formict em 2018 e evidencia a sua concentração na região Sudeste.

Tabela 1 – Distribuição das ICTs públicas e privadas que preencheram o Formict no ano-base 2018

Regiões	Quantidade de ICTs públicas e privadas
Norte	31
Nordeste	63
Centro-Oeste	34
Sul	56
Sudeste	121

Fonte: elaborada pela autora com base em relatório do Formict (Brasil, 2019c, p. 14).

Conforme estabelece o art. 16 da *Lei de inovação* (Brasil, [2016a]), a ICT deve dispor de um núcleo de inovação tecnológica (NIT), “próprio ou em associação com outras ICTs, com a finalidade de gerir sua política de inovação”. Dentre outras funções, essas estruturas são responsáveis por: a) zelar pela manutenção da política institucional de inovação e de estímulo à proteção das criações; b) “avaliar e classificar os resultados decorrentes de atividades e projetos de pesquisa”; c) “acompanhar o processamento dos pedidos e a manutenção dos títulos de propriedade intelectual”; e d) realizar prospecções tecnológicas.

Quanto aos ambientes organizacionais propícios à inovação, o Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE) (2021) mapeou o percentual de cursos de mestrado por região. Em 2017, as regiões Norte e Centro-Oeste apresentaram valores distantes da realidade das demais regiões, e desde 1996 esse cenário se mantém. Em relação aos programas de doutorado, no cotejamento dos cenários de 1996 e 2017, o CGEE constatou que a região Nordeste foi a que mais criou cursos de doutorado e que desde 1996 as regiões Norte e Centro-Oeste apresentam participação distante da realidade das outras.

Existem diversas estratégias e políticas de apoio voltadas à inovação tecnológica. Entretanto, para que as iniciativas sejam consideradas ecossistemas de inovação, nos termos do art. 2º, II, a, do Decreto nº 9.283/2018 (Brasil, 2018), devem ser “espaços que agreguem infraestrutura e arranjos institucionais e culturais, que atraem empreendedores e recursos financeiros [...], que potencializam o desenvolvimento da sociedade do conhecimento”. Dentre os ecossistemas de inovação, o Regulamento da *Lei de inovação* menciona os “parques científicos e tecnológicos [PCTs], cidades inteligentes, distritos de inovação e polos tecnológicos”.

A propósito dos PCTs, o MCTI (Brasil, 2019b, p. 13) define que “os habitats de inovação são parte de um ecossistema que se torna cada vez mais relevante para o fortalecimento do empreendedorismo de base tecnológica nos territórios”; eles “constituem ambientes voltados à inovação e comumente possuem sede física, mantendo administração centralizada, com o objetivo de fomentar o desenvolvimento de empresas, por meio da aglomeração de conhecimento e do compartilhamento de recursos” (Phan; Siegel; Wright, 2005 *apud* Brasil, 2019b, p. 25). Os PCTs são “organizações cujo papel envolve proporcionar um ambiente favorável à inovação de novos produtos, serviços e processos por intermédio de uma relação sinérgica entre três agentes principais: indústria, universidade e governo”, com base no conceito de *triple helix* (tripla-hélice) (Etzkowitz; Zhou, 2017 *apud* Brasil, 2019b, p. 26). Segundo o MCTI (Brasil, 2019b), a distribuição dos PCTs no território nacional é bastante heterogênea e reflete as diferenças econômicas e sociais das cinco regiões, conforme demonstra a Tabela 2.

Tabela 2 – Distribuição por região dos PCTs em 2019 no Brasil

Regiões	Número de PCTs
Norte	6
Nordeste	9
Centro-Oeste	10
Sul	37
Sudeste	41

Fonte: elaborada pela autora com base em Brasil (2019b, p. 69).

O Capítulo III da *Lei do bem* permite o uso dos incentivos fiscais pelas empresas que operam no regime de lucro real e que realizem atividades de pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica. Na Tabela 3, a distribuição de empresas beneficiárias dos incentivos da *Lei do bem* reitera o comportamento dos anos anteriores: as regiões Sudeste e Sul apresentam a maior quantidade de empresas beneficiárias, ao passo que a região Nordeste aparece com as demandas reduzidas; no caso das regiões Norte e Centro-Oeste, as demandas são consideradas baixas.

Tabela 3 – Distribuição por região das empresas beneficiárias da *Lei do bem* no ano-base 2022

Regiões	Número de empresas beneficiárias
Norte	79
Nordeste	167
Centro-Oeste	164
Sul	1.997
Sudeste	1.086

Fonte: elaborada pela autora com base em Brasil (2022).

Com fundamento nos dados da Tabela 2, é possível identificar a desigualdade no número de grandes empresas entre as regiões. O Norte, o Nordeste e o Centro-Oeste podem tornar-se mais inovadoras mediante investimento público e privado em infraestrutura, educação e fomento do empreendedorismo e da inovação tecnológica, além de parcerias entre governo, empresas e instituições que se unam para superar desafios tecnológicos.

O cenário apresentado nesta seção “deve ser explorado por meio de ações de incentivo à criação e consolidação de empresas de base tecnológica, bem como de ações que visem ampliar a cooperação entre empresas e ICTs para o desenvolvimento de novos produtos, processos e serviços com alto conteúdo tecnológico” (Brasil, 2016c, p. 81); visa-se, sobretudo, à redistribuição da inovação no território nacional. A configuração atual da distribuição dos ambientes organizacional e institucional favoráveis à inovação deixa evidentes as disparidades regionais, em que são fortalecidas regiões já dinâmicas. Isso confirma os

estudos de Tunes (2015, p. 59), para quem a evidência mais forte da *geografia da inovação* é “a desigual distribuição da produção inovadora, levando à formação de territórios que concentram os processos de [...] inovação”.

5 Conclusão

A *Lei de inovação* e a *Lei do bem* são um marco evolutivo na consolidação do SNI e contribuem para o processo de disseminação de iniciativas públicas e privadas para a inovação. A primeira década do século XXI caracteriza-se por avanços na política industrial, mas essa situação ainda não resultou em aperfeiçoamento significativo da inovação tecnológica pelo território brasileiro. Em 2015, a EC nº 85 promoveu a constitucionalização da inovação do sistema nacional de CTI.

Destinado à CTI, o Capítulo IV da CRFB estabeleceu que, ao promover e incentivar “o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”, o Estado “estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo” (Brasil, [2023a]). Assim, com esteio nos direcionamentos da CRFB relativamente à necessidade de atuação estatal para o fomento do desenvolvimento econômico e da inovação, as ações dos governos passam a desenvolver-se com o propósito de associar o desenvolvimento econômico ao tecnológico. Sob essa óptica, mediante a inovação o País pode elevar o estágio de desenvolvimento econômico e tecnológico em favor da qualidade de vida dos seus habitantes.

Como o Estado brasileiro é parceiro e executor de políticas públicas de fomento à inovação, optou-se por analisar como ele atua no estabelecimento dessas políticas. A intervenção estatal nesse caso justifica-se pela possibilidade de incrementar vantagens competitivas, capacidade inovativa das empresas, geração de emprego, competitividade, bem-estar social e desenvolvimento tecnológico. A análise tratou da distribuição dos ambientes institucional e organizacional destinados a promover a inovação. Para isso, foram desagregados os dados no nível regional; e, com base neles, procurou-se investigar a geografia da inovação sob o ângulo da distribuição territorial de ICTs, PCTs, leis estaduais de incentivo à inovação e programas de mestres e de doutores.

Os resultados confirmaram a hipótese da pesquisa: os ambientes organizacional e institucional de incentivo à inovação reforçam a concentração geográfica da inovação nas regiões historicamente já bem desenvolvidas e assim reforçam as desigualdades regionais, e os dados analisados demonstram a preponderância da concentração espacial da inovação nas regiões Sul e Sudeste. Diante disso, propõe-se uma redefinição das políticas públicas destinadas a criar ambientes organizacionais e institucionais de apoio à inovação com o fim de diminuir os desequilíbrios regionais. Devido ao papel da CTI na geração e manutenção da competitividade dos negócios empresariais, a consequência esperada é um crescimento

econômico sustentável de longo prazo e a geração contínua de emprego e renda. Para isso, o Estado precisa promover transformações institucionais, científicas e regulatórias.

É possível afirmar que a onda mundial pró-inovação ainda não chegou ao Brasil com a força necessária para transformar o panorama de baixa taxa de inovação. Para tornar-se mais inovador e com menos desigualdades regionais, o País precisará ampliar a exploração de todas as suas potencialidades.

Referências

- ARCHIBUGI, Daniele; DENNI, Mario; FILIPPETTI, Andrea. The technological capabilities of nations: the state of the art of synthetic indicators. *Technological Forecasting & Social Change*, [s. l.], v. 76, n. 7, p. 917-931, Sept. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2009.01.002>.
- AUDRETSCH, David B.; FELDMAN, Maryann P. R&D spillovers and the geography of innovation and production. *The American Economic Review*, [s. l.], v. 86, n. 3, p. 630-640, June 1996. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2118216>. Acesso em: 28 maio 2024.
- BORN, Rubens Harry; TALOCCHI, Sergio. Compensações por serviços ambientais: sustentabilidade ambiental com inclusão social. In: _____ (coord.). *Proteção do capital social e ecológico por meio de compensações por serviços ambientais (CSA)*. São Paulo: Vitae Civilis, 2002. p. 27-46.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 maio 2024.
- _____. *Decreto nº 5.798, de 7 de junho de 2006*. Regulamenta os incentivos fiscais às atividades de pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica, de que tratam os arts. 17 a 26 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5798.htm. Acesso em: 28 maio 2024.
- _____. *Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018*. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9283.htm. Acesso em: 28 maio 2024.
- _____. *Decreto nº 9.810, de 30 de maio de 2019*. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Regional. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Revogado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9810.htm. Acesso em: 28 maio 2024.
- _____. *Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015*. Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc85.htm. Acesso em: 28 maio 2024.
- _____. *Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm. Acesso em: 28 maio 2024.
- _____. *Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005*. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação – REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras – RECAP e o Programa de Inclusão Digital [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2023b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm. Acesso em: 28 maio 2024.

_____. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm. Acesso em: 28 maio 2024.

_____. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. *Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação: 2016/2022: ciência, tecnologia e inovação para o desenvolvimento econômico e social*. Brasília, DF: MCTIC, 2016c. Disponível em: http://www.finep.gov.br/images/a-finep/Politica/16_03_2018_Estrategia_Nacional_de_Ciencia_Tecnologia_e_Inovacao_2016_2022.pdf. Acesso em: 28 maio 2024.

_____. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. *Indicadores de Parques Tecnológicos - Fase 2: estudo de projetos de alta complexidade*. Brasília, DF: UnB, Centro de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico: MCTIC, 2019b. Disponível em: <https://anprotec.org.br/site/wp-content/uploads/2021/08/MCTIC-UnB-ParquesTecnologicos-Portugues-final.pdf>. Acesso em: 28 maio 2024.

_____. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. *Política de propriedade intelectual das instituições científicas e tecnológicas e de inovação do Brasil: relatório FORMICT: ano-base 2018*. Brasília, DF: MCTIC, 2019c. Disponível em: <https://sict.rs.gov.br/upload/arquivos/202006/16181556-relatorio-formict-2019.pdf>. Acesso em: 28 maio 2024.

_____. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Informações estatísticas*. [Brasília, DF]: MCTI, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/lei-do-bem/noticias/informacoes-estatisticas>. Acesso em: 10 jul. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 630.997/MG*. Agravo regimental no agravo de instrumento. Decreto n. 420/92. Lei n. 8.393/91. IPI. Alíquota regionalizada incidente sobre o açúcar. Alegada ofensa ao disposto nos arts. 150, I, II e § 3º, e 151, I, da Constituição do Brasil. Constitucionalidade [...]. Agravante: Usina Monte Alegre Ltda. Agravada: União. Relator: Min. Eros Grau, 24 de abril de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=457916>. Acesso em: 28 maio 2024.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. São Paulo: Ed. FGV, 2009.

CASALI, Giovana F. Rossi; SILVA, Orlando Monteiro da; CARVALHO, Fátima M. A. Sistema regional de inovação: estudo das regiões brasileiras. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 515-550, set./dez. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1415-9848201000030004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rec/a/3MXmJCGFTGVRbhNCjGVdWvm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 maio 2024.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer com a colaboração de Klaus Brandini Gerhardt. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1).

CAVALCANTE, Luiz Ricardo. Desigualdades regionais em ciência, tecnologia e inovação (CT&I) no Brasil: uma análise de sua evolução recente. Ipea: texto para discussão, Rio de Janeiro, n. 1.574, p. 1-29, fev. 2011. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1470>. Acesso em: 28 maio 2024.

CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS. *Brasil: mestres e doutores 2019*. Brasília, DF: CGEE, 2021. Disponível em: <https://mestresdoutores2019.cgee.org.br>. Acesso em: 28 maio 2024.

CZELUSNIAK, Vivian Amaro; DERGINT, Dario Eduardo Amaral; STANKOWITZ, Rosângela F. Considerações sobre o sistema constitucional brasileiro de ciência, tecnologia e inovação sob o enfoque da inovação aberta. In: CONGRESO LATINO-IBEROAMERICANO DE GESTIÓN TECNOLÓGICA, 17., 2017, Ciudad de México, DF. *Gestión de la innovación para la competitividad: sectores estratégicos, tecnologías emergentes y emprendimientos*. Ciudad de México, DF: Altec, 2017. p. 1-15. Disponível em: <https://repositorio.altecasacion.org/handle/20.500.13048/1538>. Acesso em: 28 maio 2024.

DAGNINO, Renato. A relação universidade-empresa no Brasil e o “argumento da Hélice Tripla”. *Revista Brasileira de Inovação*, Campinas, v. 2, n. 2, p. 267-307, jul./dez. 2003. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rbi/article/view/8648874>. Acesso em: 28 maio 2024.

DINIZ, Clélio Campolina. Desenvolvimento poligonal no Brasil: nem desconcentração nem contínua polarização. *Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 35-64, set. 1993. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaecaonomia/article/view/2306>. Acesso em: 28 maio 2024.

_____. Repensando a questão regional brasileira: tendências, desafios e caminhos. In: SEMINÁRIO PAINÉIS SOBRE O DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO, 2002, Rio de Janeiro. Painel "Distribuição de Renda - Redução das Disparidades Regionais". Rio de Janeiro: BNDES, 2002. p. 239-274. Disponível em: https://web.bnDES.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/13900/1/Repensando%20a%20questão%20regional%20brasileira.%20Tendências,%20desafios%20e%20caminhos_P.pdf. Acesso em: 28 maio 2024.

DINIZ, Clélio Campolina; GONÇALVES, Eduardo. Economia do conhecimento e desenvolvimento regional no Brasil. In: DINIZ, Clélio Campolina; LEMOS, Mauro Borges (org.). *Economia e território*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2005. p. 131-170. (População & economia).

EDLER, Jakob; FAGERBERG, Jan. Innovation policy: what, why, and how. *Oxford Review of Economic Policy*, [s. l.], v. 33, n. 1, p. 2-23, Jan. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxrep/grx001>.

ETZKOWITZ, Henry; ZHOU, Chunyan. Innovation incommensurability and the science park. *R&D Management*, [s. l.], v. 48, n. 1, p. 73-87, Apr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1111/radm.12266>.

FAGERBERG, Jan; SRHOLEC, Martin. National innovation systems, capabilities and economic development. *Research Policy*, [s. l.], v. 37, n. 9, p. 1.417-1.435, Oct. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.respol.2008.06.003>.

FRENKEL, Amnon. Why high-technology firms choose to locate in or near metropolitan areas. *Urban Studies*, [s. l.], v. 38, n. 7, p. 1.083-1.101, June 2001. DOI: <https://doi.org/10.1080/00420980120051666>.

FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967. (Biblioteca universitária. Série 2. Ciências sociais, 24).

GAMA, Rui. Notas para uma geografia da inovação: localização, conhecimento e território. In: CAFTANO, Lucília (coord.). *Território, inovação e trajectórias de desenvolvimento*. Coimbra: Centro de Estudos Geográficos, 2001.

GICOJÚNIOR, Ivo Teixeira. Direito & desenvolvimento: o papel do direito no desenvolvimento econômico. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 8, n. 2, p. 110-127, 2017. DOI: <https://doi.org/10.2524/direitoedesarrollomento.v8i2.370>. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesarrollomento/article/view/370>. Acesso em: 28 maio 2024.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

JUNG-HOON, Ki. The role of two agglomeration economies in the production of innovation: a comparison between localization economies and urbanization economies. *Enterprise and Innovation Management Studies*, [s. l.], v. 2, n. 2, p. 103-117, 2001. DOI: <https://doi.org/10.1080/14632440110083373>.

KANNEBLEY JÚNIOR, Sérgio; SHIMADA, Edson; NEGRI, Fernanda de. Efetividade da Lei do Bem no estímulo aos dispêndios em P&D: uma análise com dados em painel. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, [s. l.], v. 46, n. 3, p. 111-145, dez. 2016. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7504/1/PPE_v46_n03_Efetividade.pdf. Acesso em: 28 maio 2024.

KEMPFER, Marlene; OLIVEIRA, Eduardo Ayres Diniz de. Desenvolvimento tecnológico e a indução jurídica em face da Constituição do Brasil de 1988. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 18, n. 2, p. 145-170, dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.5433/2178-8189.2014v18n2p145>. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/19973>. Acesso em: 28 maio 2024.

LAKS, Larissa Rodrigues. Extrafiscalidade e incentivos à inovação tecnológica. *Revista do Direito Públíco*, Londrina, v. 11, n. 2, p. 230-259, ago. 2016. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2016v11n2p230>. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/24340>. Acesso em: 28 maio 2024.

MALERBA, Franco. Sectoral systems of innovation and production. *Research Policy*, [s. l.], v. 31, n. 2, p. 247-264, Feb. 2002. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0048-7333\(01\)00139-1](https://doi.org/10.1016/S0048-7333(01)00139-1).

MATESCO, Virene Roxo; TAFNER, Paulo. O estímulo aos investimentos tecnológicos: o impacto sobre as empresas brasileiras. *Ipea: texto para discussão*, Rio de Janeiro, n. 429, p. 1-38, jul. 1996. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1821>. Acesso em: 28 maio 2024.

OECD. *Maximising the benefits of R&D tax incentives for innovation*. [Paris]: OECD, Oct. 2013. Disponível em: <https://web-archive.oecd.org/2013-10-09/251988-rd-tax-incentives-for-innovation.pdf>. Acesso em: 28 maio 2024.

PELLEGRINI, Josué Alfredo. Gastos (benefícios) tributários. *Instituto Fiscal Independente*: nota técnica, [s. l.], n. 17, 8 jun. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ifi/pdf/nota-tecnica-no-17-gastos-beneficios-tributarios-jun-2018>. Acesso em: 28 maio 2024.

PEREZ, Carlota; SOETE, Luc. Catching up in technology: entry barriers and windows of opportunity. In: DOSI, Giovanni; FREEMAN, Christopher; NELSON, Richard; SILVERBERG, Gerald; SOETE, Luc (ed.). *Technical change and economic theory*. London: Pinter Publishers, 1988. p. 458-479. (IFIAS research series, n. 6).

PHAN, Phillip H.; SIEGEL, Donald S.; WRIGHT, Mike. Science parks and incubators: observations, synthesis and future research. *Journal of Business Venturing*, [s. l.], v. 20, n. 2, p. 165-182, Mar. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jbusvent.2003.12.001>.

SILVA, Tissiana de Sousa; MILANI, Ana Maria Rita; ANTUNES, Verônica Nascimento Brito. Análise regional das políticas de apoio à CT&I: um estudo preliminar da estrutura científica e tecnológica do Nordeste. *Revista Econômica do Nordeste*: REN, Fortaleza, v. 50, n. 3, p. 107-123, jul./set. 2019. DOI: <https://doi.org/10.61673/ren.2019.923>. Disponível em: <https://www.bnb.gov.br/revista/ren/article/view/923>. Acesso em: 28 maio 2024.

SPECIE, José Henrique. *Direito da inovação e desenvolvimento regional na federação brasileira*. 2017. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/23120>. Acesso em: 28 maio 2024.

STORPER, Michael. Territorialização numa economia global: possibilidades de desenvolvimento tecnológico, comercial e regional em economias subdesenvolvidas. In: LAVINAS, Lena; CARLEIAL, Liana Maria da Frotá; NABUCO, Maria Regina (org.). *Integração, região e regionalismo*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994. p. 13-26.

THEIS, Ivo Marcos; STRELOW, Daniel Rodrigo; LASTA, Tatiane Thaís. CT&I e desenvolvimento desigual no Brasil: é possível outro “modelo de desenvolvimento”? *Revista Tecnologia e Sociedade*, Curitiba, v. 13, n. 27, p. 43-61, jan./abr. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.3895/rts.v13n27.3637>. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/3637>. Acesso em: 28 maio 2024.

TUNES, Regina Helena. *Geografia da inovação: território e inovação no Brasil no século XXI*. 2015. Tese (Doutorado em Geografia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-16032016-135145/pt-br.php>. Acesso em: 28 maio 2024.

TURA, Tomi; HARMAAKORPI, Vesa; PEKKOLA, Sanna. Breaking inside the black box: towards a dynamic evaluation framework for regional innovative capability. *Science and Public Policy*, [s. l.], v. 35, n. 10, p. 733-744, Dec. 2008. DOI: <https://doi.org/10.3152/030234208X363169>.

VIEIRA, Edson Trajano; SANTOS, Moacir José dos. Desenvolvimento econômico regional – uma revisão histórica e teórica. *Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional*: RBGDR, Taubaté, v. 8, n. 2, p. 344-369, maio/ago. 2012. Disponível em: <https://www.rbgdr.net/revista/index.php/rbgdr/article/view/679>. Acesso em: 28 maio 2024.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Entidade pública sob regime especial: natureza do Comitê Gestor criado pela Emenda Constitucional nº 132/2023

Public entity under special regime: nature
of the Managing Committee introduced by
Constitutional Amendment no. 132 of 2023

Leandro Tripodi¹

Resumo

A Emenda Constitucional nº 132/2023 promoveu, a um só tempo, uma reforma tributária e um redesenho do pacto federativo. A criação do Imposto sobre Bens e Serviços, tributo de competência compartilhada entre estados, Distrito Federal e municípios, importou verdadeira refundação do federalismo fiscal brasileiro. Para superar definitivamente as causas da chamada “guerra fiscal”, criou-se uma entidade de alcada constitucional incumbida de arrecadar e distribuir as receitas do imposto aos seus titulares: o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços. Criada pelo legislador constituinte derivado, essa entidade segue o exemplo de outras já presentes na Constituição. Contudo, no texto da reforma não parece clara a natureza jurídica do Comitê, ao qual se atribuiu o epíteto *entidade pública sob regime especial*. Com base no texto constitucional e no raciocínio hermenêutico-dedutivo, este estudo pretende contribuir para elucidar o regime jurídico aplicável a essa entidade seja para o sucesso da reforma tributária, seja para o bom funcionamento do remodelado federalismo fiscal brasileiro.

Palavras-chave: reforma tributária; IBS; comitê gestor; natureza jurídica; regime jurídico.

¹ Leandro Tripodi é doutor e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Administração Pública pela Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; especialista em Direito Tributário pela Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil; professor do curso de graduação em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, SP, Brasil; analista tributário da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: leandro.tripodi@fmu.br

Abstract

The 132nd Amendment to the Brazilian Constitution simultaneously promoted tax reform and a redesign of the federative pact. The creation of the Tax on Goods and Services, a tax under shared jurisdiction between states, the Federal District, and municipalities, brought about a true “refounding” of Brazilian fiscal federalism. In order to definitively overcome the causes of the so-called “tax war,” a constitutional entity was created to collect and distribute tax revenues to its holders: the Goods and Services Tax Management Committee. This entity created by the constituent legislator follows the example of others already present in the Constitution. However, the text of the reform does not seem clear about the legal nature of the Committee, which was given the epithet of a *public entity under a special regime*. Based on the constitutional text itself and on hermeneutic-deductive reasoning, this study aims to contribute to the elucidation of the legal regime applicable to this entity, both for the success of the tax reform and for the proper functioning of the remodeled Brazilian fiscal federalism.

Keywords: tax reform; GST; managing committee; legal nature; legal regime.

Recebido em 18/3/24

Aprovado em 26/6/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p67

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

A Emenda Constitucional (EC) nº 132, de 20/12/2023, criou o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), tributo de caráter fusional. Nele fundem-se os atuais (e moribundos) ICMS e ISS – impostos cujas competências constitucionais estão atreladas, quanto ao ICMS, aos estados e ao Distrito Federal (DF); quanto ao ISS, aos municípios e ao DF, por força do art. 147, *in fine*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (Brasil, [2023a]).

² TRIPODI, Leandro. Entidade pública sob regime especial: natureza do Comitê Gestor criado pela Emenda Constitucional nº 132/2023. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 243, p. 67-99, jul./set. 2024. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p67. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/243/ril_v61_n243_p67

³ Tripodi, L. (2024). Entidade pública sob regime especial: natureza do Comitê Gestor criado pela Emenda Constitucional nº 132/2023. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(243), 67-99. https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p67

Por trás desse novo tributo está a adoção do modelo de imposto sobre o valor adicionado ou agregado (IVA) e a transição para uma tributação polifederativa, que em mais de um nível envolve diversos entes da federação. Em linha com a proposta de um IVA dual, fracionado numa exação federal e noutra estadual e municipal, o tributo tem como características principais a incidência tributária no destino, a não cumulatividade plena e a unificação da base econômica de incidência (Brasil, 2019a).

Como se trata de um tributo de competência compartilhada e dada a previsível resistência de estados⁴ e municípios à perda do controle sobre a própria arrecadação, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 45/2019 (da qual se originou a EC nº 132) tratou de criar uma entidade para arrecadar e distribuir as receitas do IBS na esteira de um marco normativo aceitável para os entes federados: o Comitê Gestor do IBS (CG-IBS), denominada *Conselho Federativo* no texto original daquela PEC.

Diferentemente do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), alicerçado na Lei Complementar (LC) nº 24, de 7/1/1975 (Brasil, 1975), e do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), esteado na LC nº 123, de 14/12/2006 (Brasil, [2021a]), o CG-IBS foi criado pelo legislador constituinte por meio de reforma constitucional. A EC nº 132 descreve o CG-IBS como uma “entidade pública sob regime especial” (Brasil, 2023b) – expressão estreante no Direito positivo brasileiro e carente, portanto, de escrutínio e averiguação doutrinários. O Confaz e o CGSN dispõem de competências que dizem respeito à gestão da conflituosidade interfederativa no âmbito, respectivamente, do ICMS e do Simples Nacional – o qual constitui regime de arrecadação tributária, e não tributo. Certamente, a experiência histórica com ambos os órgãos foi decisiva para comprovar a viabilidade do funcionamento de uma entidade como o CG-IBS.

Entretanto, há marcante dessemelhança entre o CG-IBS e seus precursores, porque o rol de competências daquele, além de mais relevante, tem envergadura constitucional; sua função é crucial para o federalismo fiscal, e seu regime jurídico funda-se na CRFB, e não apenas em lei complementar – à qual, no caso do CG-IBS, o constituinte derivado atribuiu tão somente o estabelecimento da respectiva “estrutura” e “gestão” (Brasil, 2023b).

Este artigo analisa as disposições da EC nº 132 a fim de perquirir a verdadeira natureza jurídica do CG-IBS como braço da atividade estatal, com base nos parâmetros adotados pelo constituinte derivado quando da criação dessa entidade – sem que se conheça a configuração a ser adotada pelo legislador infraconstitucional para concretizar as disposições constitucionais relativas ao Comitê. A importância desta investigação está no aprofundamento da compreensão de uma entidade de suma importância para o federalismo fiscal, inovado a partir do marco histórico da reforma tributária de 2023, a ser aplicada nos próximos anos ou décadas. O método utilizado é o hermenêutico-dedutivo, calcado na interpretação lógico-sistêmática da CRFB.

⁴ Neste texto, a menção a estados inclui o DF, salvo se do contexto resultar o contrário.

Para isso, será preciso revisitar brevemente o histórico dos problemas da tributação sobre o consumo no Brasil (em especial no que diz respeito à “guerra fiscal”), os quais a EC nº 132 pretendeu solucionar, pois somente assim será possível compreender tanto o porquê da criação do CG-IBS quanto a sua função no contexto da federação – e, *a fortiori*, desvendar sua natureza e as bases do seu regime jurídico.

2 A Emenda Constitucional nº 132/2023: o marco de um novo federalismo fiscal

O federalismo fiscal brasileiro é historicamente marcado pelas dificuldades inerentes à tributação do consumo num Estado de organização federal.

Por serem várias as unidades federadas autônomas dotadas de competência para tributar operações de produção (fabrico) e venda de bens e de prestação de serviços (no atacado e no varejo) – as quais competem por fatos geradores com pontos de contato com mais de uma unidade federada –, a arrecadação sobre as operações intermunicipais, interestaduais e de importação/exportação acaba tornando-se o pomo da discórdia. Como nenhuma dessas unidades desfruta da faculdade legal de emitir moeda (constitucionalmente reservada à União), a alocação de recursos entre elas é um jogo de soma zero, o que leva à competição por receitas.

Quando a arrecadação do antigo Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC) passou a ser imprescindível ao orçamento dos estados, iniciou-se um conflito entre eles pela arrecadação. Há mais de oito décadas, o governo federal julgara ter solucionado o problema ao estabelecer, com o Decreto-lei nº 915, de 1º/12/1938 (Brasil, [1963]), que a tributação das operações de venda e consignação, sujeitas ao IVC, ficaria a cargo do Estado de origem. No ano seguinte, porém, foi necessário reformar essa norma (Decreto-lei nº 1.061, de 20/1/1939), donde se infere que num curto intervalo de tempo já se evidenciavam as adversidades oriundas dessa escolha do legislador.

A tributação de operações de venda de mercadorias na origem – o chamado *princípio da origem* – está no cerne da “guerra fiscal”. No entanto, foi essa a opção do legislador quando houve por bem disciplinar a repartição de competências entre os estados quanto às operações sujeitas ao IVC que transcendessem fronteiras estaduais – opção que já era fruto de embates entre os estados que ainda hoje, isolada ou conjuntamente, manejam parcelas muito discrepantes de poder no quadro da federação.

Contudo, devido ao caráter cumulativo, o IVC não oferecia maior complexidade, a despeito de sua incidência percorrer múltiplas etapas do processo produtivo e apresentar desvantagens em termos de distorções econômicas resultantes da falta de neutralidade fiscal. Sob o pretexto de superar o problema da incidência em cascata do IVC, a EC nº 18, de 1º/12/1965 (Brasil, 1965), introduziu o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias (ICM), partilhado por estados e municípios – inicialmente na cobrança

e, a partir de 1967, apenas na repartição das receitas. No entanto, o intuito de introduzir uma tributação não cumulativa sobre o valor agregado viria a chocar-se com o caráter assimétrico da federação e com a própria autonomia dos entes federados.

Pouco tempo antes da criação do ICM, Costa (1963, p. 68) advertia: “o imposto de vendas do tipo do valor acrescido é inaplicável no Brasil pela impossibilidade prática de um estado fiscalizar com eficiência o desconto relativo ao imposto pago em outros estados”. Nessas palavras já é possível identificar o germe da futura (embora, naquela época, ainda muito distante) e definitiva superação do ICM pela EC nº 132, o qual seria introduzido no ordenamento jurídico-tributário poucos anos após esse alerta.

Não se trata especificamente de uma dificuldade operacional dos estados de fiscalizar e controlar créditos tomados em operações interestaduais, pois esse é apenas um aspecto do problema mais amplo de administrar um imposto plurifásico estadual, quando as cadeias produtivas se espalham por mais de um estado, as legislações estaduais não são harmonizadas e suas peculiaridades refletem contradições entre unidades da federação com interesses contrapostos e em disputa por arrecadação tributária. O problema são as assimetrias federativas, resultantes das desigualdades regionais, que desequilibram a competição pela alocação de capitais produtivos (e, em consequência, de postos de trabalho), aliadas à combinação entre fragmentação legislativa e descentralização arrecadatória do ICMS.

Durante a vigência do Decreto-lei nº 915/1938 (Brasil, [1963])⁵, ainda que houvesse atritos, a opção do legislador pela incidência, definitiva em cada etapa, no local onde se realiza a operação (isto é, sem concessão de crédito), não poderia ter levado ao surgimento da “guerra fiscal”. Todavia, com a criação do ICM, que herdou o princípio da origem antes aplicável ao IVC, o estado de destino da operação ficou obrigado a reconhecer um crédito do imposto, impactando a sua própria arrecadação, mesmo que a saída, ocorrida no estado de origem, houvesse sido desonerada direta ou indiretamente por este último. Surgia, assim, a moderna “guerra fiscal” do ICMS, consubstanciada na concessão – generalizada, competitiva e essencialmente irregular – de incentivos fiscais para a atração de capital e a consequente competição entre empresas para a obtenção, a manutenção e a equiparação desses incentivos (Piancastelli; Perobelli, 1996, p. 23-24).

Depois disso, o legislador constituinte jamais abandonou a obrigatoriedade de reconhecimento do crédito de ICMS nas operações originadas em outros estados. Ela foi prevista no art. 12, § 2º, da EC nº 18/1965 (Brasil, 1965); no art. 24, § 5º, da Constituição de 1967 (Brasil, [1985]); no art. 23, II, da EC nº 1, de 1969 (Brasil, [1988]); e no art. 155, § 2º, I, da CRFB (Brasil, [2023a]).

A EC nº 1, de 1969 (Brasil, [1988], tít. I, cap. V, art. 23, § 6º), procurou refrear a trivialização da concessão de incentivos fiscais pelas unidades da federação ao estabelecer como requisito a conclusão de acordos (denominados *convênios*), celebrados e ratificados pelos

⁵ Mesmo após a Lei nº 4.299, de 23/12/1963, que não alterou a essência do sistema.

estados, dos quais dependeria a validade daqueles⁶. O assunto veio a ser regulado pela LC nº 24/1975 e redundou na criação do Confaz. Contudo, as concessões continuaram a ocorrer à revelia desse mecanismo balizador, e muitas vezes convalidadas *a posteriori*.

Além de consagrar no art. 155, § 2º, XII, “g”, o modelo do Confaz (mas sem dispor sobre a criação do órgão, como o fez a EC nº 132 com o CG-IBS), a CRFB procurou diminuir as brechas para a prática da “guerra fiscal” ao intentar uma “quebra de cadeia” de créditos do ICMS nos casos em que alguma etapa venha a ser objeto de isenção ou não incidência do imposto (Brasil, [2023a], art. 155, § 2º, II). O problema é que, além da isenção e da não incidência, foram desenvolvidas outras técnicas para a concessão de incentivos fiscais: o crédito presumido (ou outorgado), a redução da alíquota (inclusive a zero), a redução da base de cálculo, a suspensão/diferimento ou restituição do imposto, o financiamento, o parcelamento, a remissão total ou parcial, entre outras. Logo, a medida foi ineficaz para eliminar a “guerra fiscal”.

Conquanto possa transmitir a equivocada impressão de ter consagrado o chamado princípio do destino (ou, pelo menos, entabulado a denominada *transição ao destino*), a EC nº 87/2015 (Brasil, 2015) nada mais fez que permitir aos estados onde estejam os consumidores finais de mercadorias oriundas de outros estados arrecadar uma parcela antes não realizada do ICMS, conhecida como *diferencial de alíquota* (Difal). Essa medida equalizou a carga tributária tanto entre as operações de fora para dentro do estado quanto as realizadas totalmente dentro do estado; isso eliminou sobretudo o desincentivo à instalação de estabelecimentos intermediários em estados contemplados com a alíquota interestadual de 7% pela Resolução nº 22/1989 do Senado Federal (Brasil, 1989). Tal medida foi importante no contexto do crescimento do comércio eletrônico, por reverter a perda de arrecadação de estados menos desenvolvidos, mas não representou sequer o início do fim da “guerra fiscal”.

No terreno da tributação dos serviços – que apenas excepcionalmente se realiza pelo ICMS, e sim preponderantemente pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN ou ISS), de competência municipal –, também grava a “guerra fiscal”, e muito do que se considerou até aqui sobre o ICMS pode ser transposto para o campo de incidência desse imposto. A competição por fatos geradores tributáveis a título de prestação de serviços tem lugar entre municípios, entre municípios e estados, ou apenas entre estados (neste último caso, envolvendo apenas o ICMS). Esse é o quadro caótico e desastroso que desemboca na reforma tributária de 2023. Como sintetiza Varsano (1997, p. 16), o problema do antigo modelo de tributação do consumo é que “os estímulos econômicos prevalecem sobre as disposições legais que coibem a guerra fiscal”.

Com o intuito de solucionar esse velho problema, a EC nº 132 não apenas agrupou o ICMS e o ISS num único imposto – de competência compartilhada entre estados e municípios, que incide sobre bens, serviços e direitos – como também incorporou em definitivo o princípio do destino; impôs a adoção de uma legislação única e uniforme em todo o território

⁶ Os primeiros convênios relativos ao ICMS são anteriores à Constituição de 1967.

nacional, e uma alíquota única, em cada ente federativo, para o IBS (art. 155-A, IV a VI, com um número limitado de exceções). Além dessas inovações, criou uma *entidade pública sob regime especial*, à qual compete arrecadar e distribuir as receitas do IBS entre estados, municípios e o Distrito Federal: o CG-IBS.

3 Criação do Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços pela EC nº 132

Em 2023 a EC nº 132 inseriu na CRFB cerca de duas dúzias de referências ao CG-IBS importantes para investigar sua natureza jurídica constitucional e administrativa. Dentre elas a mais basilar é a que cria o Comitê e estipula suas funções e prerrogativas, na forma de garantias institucionais:

Art. 156-B. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão de forma integrada, exclusivamente por meio do Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, nos termos e limites estabelecidos nesta Constituição e em lei complementar, as seguintes competências administrativas relativas ao imposto de que trata o art. 156-A:

I – editar regulamento único e uniformizar a interpretação e a aplicação da legislação do imposto;

II – arrecadar o imposto, efetuar as compensações e distribuir o produto da arrecadação entre Estados, Distrito Federal e Municípios;

III – decidir o contencioso administrativo.

§ 1º O Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, entidade pública sob regime especial, terá independência técnica, administrativa, orçamentária e financeira (Brasil, 2023b).

Embora a EC nº 132 afirme que os entes federados “exercerão” suas competências “exclusivamente por meio” do CG-IBS, é preciso reconhecer que tais competências são efetivamente do Comitê, pois não há discricionariedade dos entes federados com relação a eventual avocação, num sistema constitucional rígido como o brasileiro.

De uma leitura breve daquela disposição depreende-se que o CG-IBS é uma entidade pública (o nome *entidade* indica pertencimento à Administração Pública indireta), instituída sob regime jurídico especial – portanto, não se confunde com o de outros órgãos, entes e entidades já contemplados no texto da CRFB – que dispõe de *autonomia* (embora o texto mencione *independência*, o que configura imprecisão terminológica) tanto para sua gestão orçamentária quanto administrativa e técnica. Ao CG-IBS compete contribuir para o fluxo normativo da hipótese de incidência do IBS por meio da edição de atos normativos infralegais que visem, inclusive, a uniformizar a interpretação da respectiva legislação,

além de julgar os processos administrativos fiscais de determinação e exigência de créditos tributários do IBS (advindos, ao que parece, de lançamentos de ofício efetuados pelos órgãos competentes dos entes federados); gerir a arrecadação dos valores recolhidos aos cofres públicos a título de IBS descontando o necessário para sua manutenção; efetuar cálculos que tenham por objeto os ajustes constitucionalmente previstos; e destinar as receitas sobrantes – partilhadas de acordo com regras de repartição também instituídas pela EC nº 132 e a serem detalhadas por lei complementar – aos entes federados titulares dos recursos arrecadados, os quais serão incorporados aos respectivos orçamentos.

Em resumo, trata-se de uma entidade autogerida (mas não autodeterminada ou auto-governada), submetida a regime jurídico *sui generis*, decorrente da própria CRFB. Nela chama à atenção a autonomia *orçamentária*, prerrogativa não estendida a instituições como o Ministério Público ou a Defensoria Pública, embora não lhe tenha sido atribuída autonomia funcional, da qual dispõem estes últimos. No lugar dela, surge a autonomia “técnica”, cujo alcance parece referir-se à possibilidade de feitura – quando cabível – e aplicação da legislação tributária naquilo que for pertinente ao IBS e à esfera de atribuições do Comitê⁷.

Lida à luz do histórico traçado na seção anterior, a disposição constitucional criadora do CG-IBS ganha contornos de evidente razoabilidade. Primeiro, porque a EC nº 132 não mereceria o nome *reforma tributária* (da tributação sobre o consumo) a menos que adotasse o princípio do destino – foi o que fez por meio da inserção das seguintes disposições na CRFB: a) art. 156-A, VII (relativo ao destino como critério material da hipótese de incidência); b) § 4º, II (referente ao destino como parâmetro para repartição de receitas do IBS); e c) § 5º, IV (relacionado aos critérios para a fixação do destino da operação por lei complementar) (Brasil, 2023b).

Contudo, isso não seria capaz por si só de acarretar o fim da “guerra fiscal”, pois: a) haverá conflitos em torno da fixação do destino, tanto para fins de incidência (entre sujeitos passivos e entes federativos) quanto para fins de repartição de receitas (entre entes federativos); e b) isoladamente essa opção legislativa não garantiria o fim da concessão de benefícios fiscais irregulares na forma de renúncias de receitas⁸.

Era necessário superar o método dos “convênios”. Em funcionamento há quase cinquenta anos, o Confaz jamais conseguiu pacificar a “guerra fiscal”, embora se possa argumentar (dificilmente com base em dados empíricos, no entanto) que a tenha amainado ou reduzido o seu impacto deletério na coesão federativa. Além disso, era imperativo enfrentar a fragmentação normativa decorrente da multiplicidade de sujeitos ativos aptos a tributar

⁷ Diga-se de passagem, apenas para prevenir equívocos, que uma hipotética atribuição de autonomia funcional ao CG-IBS teria configurado lapso do legislador constituinte derivado, a revelar incompREENSÃO sobre a função do Comitê como órgão de administração de tributos, não aquinhado com atribuições (como aquelas do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública) que requeiram tal sorte de prerrogativa.

⁸ O mesmo se pode dizer da proibição da concessão de benefícios fiscais, não permitida a não ser nas hipóteses previstas na CRFB. Mesmo antes da Emenda, não era permitida a concessão de benefícios fiscais em desacordo com as prescrições do texto constitucional.

operações com bens e serviços e da bifurcação ICM/ISS instituída pela EC nº 18/1965 e mantida – ou melhor, agravada – com a transformação do ICM em ICMS pela CRFB.

Esse passo dependia não apenas da concentração da competência legislativa para instituição do IBS na União como também da concentração do poder regulamentar e da competência de julgamento. No enfrentamento da “guerra fiscal”, seria inócuo federalizar a competência legislativa, mas deixar a regulamentação a cargo dos entes federados. Também seria inútil federalizar a competência legislativa e centralizar a regulamentação, mas deixar ao talante de estados e municípios dirimir os litígios administrativos, dado o caráter definitivo dos julgamentos administrativos desfavoráveis ao fisco.

Nada disso teria sido suficiente se não houvesse a centralização da arrecadação. Mesmo com integral uniformização da legislação e dos entendimentos manifestados nos casos concretos, estados e municípios poderiam engendrar subterfúgios que conduzissem à renúncia de receitas de uma forma ou de outra. Ainda haverá brechas para isso nas etapas de cobrança administrativa e judicial e de fiscalização, em virtude da autonomia do ente federado para a eleição de prioridades dessas atividades. Mesmo com a EC nº 132, as atribuições de fiscalização e cobrança permanecem na esfera de competência dos entes federados por força do art. 156-B, § 2º, V, inserido pela Emenda (Brasil, 2023b). O CG-IBS foi incumbido de “coordenar” essas atividades com o fim de “integrar” os entes subnacionais, poder que certamente será utilizado como contrapeso à autonomia federativa; contudo, é preciso aguardar para saber como essa coordenação será na prática.

As regras introduzidas pela EC nº 132 não impedem a concessão de incentivos ao investimento produtivo; apenas estimulam que o incentivo seja realizado por meio da despesa pública, e não do gasto tributário, o que tende a torná-lo mais transparente e favorecer a chamada *accountability* (responsabilização ou responsividade). Isso ocorre porque o incentivo concedido pelo lado do gasto precisa ser quantificado *a priori* e entrar na previsão e na execução orçamentárias, além de sujeitar-se a acompanhamento pelos instrumentos de transparência orçamentária e governamental da Lei Complementar nº 101/2000 (*Lei de responsabilidade fiscal (LRF)*) (Brasil, [2024a]), bem como da Lei nº 12.527/2011 (*Lei de acesso à informação*) (Brasil, [2022b]).

Ao proceder a uma centralização tributária, o legislador constituinte derivado não incorreu em constitucionalidade. A crítica ao caráter centralizado do Estado brasileiro é antiga. Ferreira Filho (2017, p. 333-334), por exemplo, nega até mesmo um *pacto* na origem do Estado federal, pois “a federação foi imposta de cima para baixo”, e os estados tiveram de adaptar-se às regras ditadas pelo Poder central. Seja ou não procedente a crítica, no geral seria ingênuo tentar estendê-la à EC nº 132, particularmente em virtude da criação do CG-IBS, pois esta foi precedida de longo e minucioso consenso entre os entes federados.

Os críticos da reforma precisam definir: ou o Estado sempre foi uma federação com alto grau de centralização, ou a Emenda promoveu a centralização. O fato é que nem a centralização é inédita, nem o Estado deixa de ser uma federação somente por ter um viés menos descentrado em comparação a outros Estados federais. Por isso, alegações de

inconstitucionalidade da EC nº 132 por suposta violação à cláusula pétreia estabelecida no art. 60, § 4º, I, da CRFB (Brasil, [2023a]) carecem de fundamento, pois esta configura proteção contra a abolição arbitrária da federação (o que requereria a retirada da prerrogativa de autogoverno ou de auto-organização dos entes federados), e não contra qualquer ato de concentração ou centralização político-administrativa, mesmo que no plano orçamentário – em especial quando não visar a depauperar os entes subnacionais, senão a beneficiá-los em longo prazo, devido ao estímulo sistêmico à economia nacional, decorrente da racionalização da tributação sobre o consumo, a qual tende a ganhar em simplicidade e praticabilidade.

4 Cotejamento do CG-IBS com o Confaz e o CGSN

Passo importante na continuidade desta investigação é a comparação do CG-IBS a órgãos preexistentes similares.

A primeira distinção entre o CG-IBS, de um lado, e o Confaz e o CGSN, de outro, é que estes não foram criados pela CRFB, apesar de sua criação decorrer, embora implicitamente, de disposições constitucionais – no caso específico do CGSN das alterações introduzidas pela EC nº 42, de 19/12/2003 (Brasil, 2003). Assim, à diferença do CG-IBS, seu caráter constitucional é meramente oblíquo ou reflexo.

Além disso, mesmo que se possa falar numa natureza jurídica constitucional do Confaz ou do CGSN, é preciso resistir à tentação de analisá-la à luz das leis complementares que fundamentam a respectiva criação. Do contrário, incorrer-se-á no vício hermenêutico de interpretar a Constituição à luz da lei em vez do oposto, já que o fundamento de existência e validade desta repousa naquela. Quando se fala em órgãos, em vez de entidades, subentende-se que tanto o Confaz quanto o CGSN são estruturas insertas na Administração direta da União. Cumpre, então, indagar sobre a natureza jurídica constitucional e administrativa do Confaz e, paralelamente, sobre a do CGSN.

O Confaz encontra abrigo constitucional no citado art. 155, § 2º, XII, “g”, da CRFB (Brasil, [2023a]), segundo o qual cabe à lei complementar “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”, em referência ao ICMS. É o foro em que essas deliberações são discutidas, adotadas, modificadas e revogadas pelas autoridades delegadas (secretários de Fazenda) dos estados e do DF. Trata-se de um órgão facilitador, tanto do ponto de vista logístico, técnico, orçamentário, funcional e operacional quanto do jurídico e político-institucional, para que as negociações entre estados e as correspondentes decisões se tornem viáveis na prática. Com base somente no texto constitucional, nada mais se pode acrescentar acerca da natureza do Confaz: é um órgão *funcionalmente constitucional*, mas de regime jurídico essencialmente *infraconstitucional*.

A rigor, as disposições da LC nº 24/1975 não criam órgão algum, apenas tratam do modo como os convênios (instrumentos das “deliberações” a que alude a CRFB) serão

celebrados – “em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal” (Brasil, 1975, art. 2º). Na verdade, o Confaz é criado, de modo perlocutório, pelo seu próprio Regimento Interno, o qual é veiculado atualmente pelo Convênio ICMS nº 133/1997 (Conselho Nacional de Política Fazendária, [2021]), embora sua cláusula primeira mencione que o colegiado foi “estabelecido” pela LC nº 24/1975.

Quanto ao CGSN, trata-se de órgão vinculado a um *regime* tributário, e não a um ou mais tributos. O Simples Nacional é o regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos estados, do DF e dos municípios a que faz menção o § 1º (antigo parágrafo único, renumerado pela EC nº 132) do art. 146 da CRFB – regime que se insere no universo de “regimes especiais ou simplificados” referido na alínea “d”, III, do mesmo artigo (Brasil, [2023a]). O inciso IV do parágrafo único do art. 146 estabelece que os entes federados podem compartilhar a arrecadação dos tributos abrangidos pelo Simples Nacional. Contudo, essa é uma faculdade dependente de consenso entre eles, aos quais a CRFB subordinou a escolha. Logo, constitucionalmente não se pode dizer que o CGSN tenha função de centro arrecadador de tributos, conquanto o impulso do legislador constituinte derivado, ao criar o regime, tenha sido centrípeto, e não centrífugo. Essa seria uma opção à mão dos entes federados, mas que, sujeita a inúmeras contingências, acabou frustrada pelo legislador complementar federal, como se verá.

Nos termos da LC nº 123/2006 (Brasil, [2021a]), o CGSN ressai como órgão federal (pois se vincula ao Ministério da Fazenda) e, com as alterações da LC nº 188, de 31/12/2021 (Brasil, 2021c), também aberto à participação dos contribuintes. Ao lado do CGSN, a mesma Lei criou também o Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM), vinculado ao Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (Drei), cuja atuação não se desenrola na órbita tributária, mas do registro do comércio.

Quanto às competências estabelecidas pela LC nº 123/2006, o CGSN é um órgão *regulamentador*, com autoridade delegada do legislador complementar, conforme se depreende do § 6º, c/c o inciso I do art. 2º dessa Lei. Ou seja, sua função é normatizadora, e não operacional, o que situa o órgão na órbita do exercício atípico da função legislativa pelo Poder Executivo. A lei esvaziou a possibilidade de arrecadação compartilhada pelos entes federados, prevista na CRFB, ao atribuir à Secretaria da Receita Federal do Brasil a gestão das obrigações principais e acessórias incorridas pelos sujeitos passivos optantes do Simples Nacional.

É possível, portanto, afirmar que o CGSN pode ser considerado um protótipo do CG-IBS, mas de regência infraconstitucional e não dotado de qualquer autonomia ou poder de julgamento, quer previstos em lei, quer diretamente derivados da CRFB. Nesse sentido, o próprio relator da PEC nº 45/2019 no Senado Federal, senador Eduardo Braga, admitiu que a criação do CG-IBS deveria obedecer aos “moldes do Comitê Gestor do Simples Nacional” (Senadores [...], 2023).

5 O CG-IBS e a federação

Permaneceu inalterado o art. 18, *caput*, da CRFB (Brasil, [2023a]), relativo à divisão político-administrativa do Estado: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Disso facilmente se deduz que o CG-IBS não é um *ente* do mesmo tipo dos inscritos na divisão política fundamental do Estado, o qual mantém integralmente a sua tripartição básica vertical (os três níveis federativos) e horizontal (os três Poderes da República), mesmo após a EC nº 132, que, embora tenha deflagrado um redesenho do pacto federativo no âmbito da fiscalidade, promoveu sua alteração formal, e não material. No art. 156-B, § 1º (Brasil, 2023b), a EC nº 132 descreve o CG-IBS como *entidade* (por oposição a *ente*). Em virtude disso, o CG-IBS não possui território (ou mesmo área), governo ou população – nem toma de empréstimo a essência constitucional dos entes federados, como se fosse a eles equiparada.

Em consequência disso, o CG-IBS não detém a autonomia típica (isto é, político-legislativa) que a CRFB reserva aos entes da federação, os quais se notabilizam por ostentar “órgãos governamentais próprios” (Silva, 2015, p. 102), e não meras estruturas internas de governança, por mais que sejam complexas e envolvam a gestão de interesses federativos. Tampouco goza da independência constitucionalmente assegurada aos Poderes, pois o Comitê não foi arrolado no art. 2º da CRFB. Até aqui, segue irresoluto o questionamento quanto à sua natureza jurídica.

Indaga-se: teria o constituinte derivado concebido uma entidade desgarrada de qualquer ente da federação, apenas difusamente “nacional” ou provida de um vínculo federativo tão somente *pro forma*, incapaz de significar uma relação, senão de subordinação, pelo menos de controle político, com algum ou vários deles? Não se acredita que tenha sido intuito do legislador instituir tamanho favor em benefício de uma entidade pública que resultasse na desnecessidade de submetê-la a uma supervisão política, quer da União, quer de estados e municípios – aspecto que continua sendo necessário esclarecer devido às aparentes antinomias da EC nº 132. Assim, a despeito da alargada autonomia que lhe confere a CRFB, não se trata de entidade desvinculada dos entes federativos, como se pairasse num vácuo de poder ou num vazio constitucional. Tal concepção a colocaria a salvo não apenas de ingerências (resultado desejável), mas de responsabilização política (resultado indesejável). A CRFB caracterizou o CG-IBS como *entidade*, em vez de *instituição* – designação que reservou ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia-Geral da União.

Com efeito, não pode haver subdivisão do poder público que esteja imune ao controle parlamentar, minimamente quanto a aspectos do seu orçamento – uma total ausência de responsividade (*accountability*) com relação ao uso do dinheiro público, situação irregular que configuraria, por hipótese, um “Estado dentro do Estado”, dotado de um orçamento “por fora dos livros”. A consequência mais imediata dessa conclusão é que, embora tenha autonomia orçamentária e receita própria nos termos do art. 156-B, §§ 1º e 2º, III, da CRFB,

com a redação dada pela EC nº 132 (Brasil, 2023b), o CG-IBS não tem competência para decidir sobre o seu próprio orçamento, que depende da aprovação do Poder Legislativo de um ou mais entes federativos. À luz da CRFB é inconcebível a despesa pública sem previsão orçamentária, bem como o orçamento público dispensado de aprovação parlamentar.

A aprovação parlamentar é essencial à dogmática do orçamento público nas sociedades contemporâneas e está na origem do processo de constitucionalização da matéria orçamentária, conforme narra Abraham (2023, p. 284):

no ano de 1706 a Câmara dos Comuns da Inglaterra determinou, através da Resolução nº 66, que caberia ao Executivo a responsabilidade pelas finanças do governo, coordenando a proposta de receitas e de despesas, ficando a cargo do Parlamento aprová-la, inclusive exercendo o controle da execução orçamentária.

Segundo o autor, entre 1824 e 1988 as Constituições brasileiras adotaram, com distintas conformações, o modelo de freios e contrapesos orçamentários. Com a promulgação da CRFB, impôs-se a exigência de *leis* – conquanto entendidas apenas no sentido formal – para a disciplina dos orçamentos públicos. Os atos executivos de elaboração orçamentária são meramente preparatórios da aprovação legislativa e desprovidos de eficácia própria. A respeito disso, Bastos (2002, p. 135) sustenta que é

insubstituível o papel do Legislativo, na medida em que é prerrogativa sua, indelegável, o manifestar-se sobre as leis orçamentárias – assertiva esta corroborada pelo fato de que não pode haver delegação legislativa nessa matéria [...]. É propósito constitucional o de que seja o Congresso a manifestar-se de forma insubstituível sobre os projetos orçamentários.

Aliomar Baleeiro e Arnaldo Deodato corroboram esse ponto de vista. Diz Baleeiro (1998, p. 33) que a competência para a aprovação da despesa pública é “plataforma do controle do Poder Legislativo sobre o Executivo” e que “se exercita sempre sob a forma de lei”; para Deodato (1987, p. 305), “[s]e é o Executivo que elabora a proposta orçamentária, compete ao Legislativo discuti-la e votá-la. Em todos os Estados democráticos é assim”. Desse modo, seria insustentável o posicionamento segundo o qual o CG-IBS estaria isento do escrutínio do Congresso no que diz respeito ao seu orçamento. A “independência orçamentária” do Comitê, prevista na EC nº 132, deve ser interpretada de modo a se tornar compatível com as premissas basilares – e originárias – da CRFB.

Entretanto, falta saber a qual Poder Legislativo competiria tal controle. Se o CG-IBS não é uma entidade desvinculada de quaisquer entes federativos, a qual ou quais deles estaria vinculada? Restam três alternativas: a) aos estados e municípios; b) à União e,

simultaneamente, aos estados e municípios⁹; e c) somente à União. Na primeira, o CG-IBS seria entidade integrante da Administração indireta de todos os estados e municípios; na segunda, da Administração indireta de todos os entes da federação; e na terceira, apenas da União. Examinemos as disposições que a EC nº 132 inseriu na CRFB a fim de investigar qual das alternativas é a mais consentânea com a vontade do legislador constituinte, tanto originário quanto derivado.

De início, considere-se o art. 130, § 10, incluído no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) pela EC nº 132 e os arts. 9º, § 5º, I, e 14 (disposições de natureza transitória), do corpo da própria Emenda. Atente-se neste segmento: “o Poder Executivo da União e o Comitê Gestor do Imposto de Bens e Serviços” (Brasil, 2023b, grifo nosso). Dele se depreende que o CG-IBS não integra o Poder Executivo da União – no sentido da Administração direta, que abrange a estrutura da Presidência da República, dos ministérios e respectivos órgãos – nem com este se confunde; ou não teria sido utilizado o conectivo e entre ambas as expressões. Contudo, não se trata de inferência nova, dado que a ampla autonomia do CG-IBS concedida pela EC nº 132 e o uso do termo *entidade* já indicavam tratar-se de uma subdivisão da Administração indireta, e não direta, como já se mencionou. Aqui se tem uma confirmação, portanto.

Reforço adicional a essa conclusão vem do último dispositivo citado, segundo o qual a instalação do CG-IBS será custeada pela União com “posterior ressarcimento” pelo Comitê. Se o Comitê ressarcirá a União, infere-se que são pessoas jurídicas distintas, com patrimônios distintos – mais que isso, com orçamentos distintos, pois do contrário o constituinte não teria falado em *ressarcimento*. É desconhecido o uso desse termo no pano de fundo de uma só realidade orçamentária, a não ser informalmente (e, mesmo nesses casos, usa-se mais frequentemente *reembolso*). Contudo, é conhecido no contexto de *realidades orçamentárias diversas*, como é o caso do “ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo”, previsto na Lei nº 8.080/1990 (*Lei do SUS*) (Brasil, [2024b], tít. V, cap. II, art. 35, VII).

Entretanto, não se pode interpretar a independência (*rectius: autonomia*) orçamentária conferida ao CG-IBS pela EC nº 132 como desnecessidade de sujeição da sua peça orçamentária seja à aprovação parlamentar, seja ao controle externo. Defender o oposto equivaleria a postular que o constituinte derivado teria criado uma entidade pública “intocável”, que elabora, aprova, executa e supervisiona a execução do próprio orçamento, o que se choca com o art. 60, § 4º, III, da CRFB (Brasil, [2023a]), o qual tutela de maneira peremptória a separação dos Poderes. Logo, é imperativo desabonar tal hipótese interpretativa, sob pena de se advogar leitura desconforme à Constituição; a dita *independência orçamentária* deve ter outro significado, a ser elaborado.

⁹ Essa hipótese equivale à ideia de uma “autarquia nacional”, que não poderia ser considerada “unicamente da União, dos estados ou dos municípios” (Yamamoto; Fratini, 2021).

Outro dispositivo fundamental para elucidar a posição ocupada pelo CG-IBS no contexto da federação é a nova alínea “j” do inciso I do art. 105 da CRFB, incluída pela EC nº 132. De acordo com o texto, é de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em caráter originário, dirimir os conflitos “entre entes federativos, ou entre estes e o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, relacionados aos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V” (Brasil, 2023b)¹⁰. Essa afirmação, porém, demanda um desdobramento analítico.

Os conflitos a que se refere o art. 105, I, “j”, podem ser demandas judiciais – ver Silva (2006, p. 549) – opondo: a) o conjunto dos estados e municípios, de um lado, e a União, de outro, relativamente à CBS; b) estado(s) e estado(s), município(s) e município(s) ou estado(s) e município(s), relativamente ao IBS; c) estado(s) e município(s) ou estado(s) e municípios(s), de um lado, e o CG-IBS, de outro, relativamente à arrecadação e partilha do IBS. Estes últimos são conflitos *propriamente federativos* que, numa análise perfunctória, parecem coadunar-se com a *mens legis* do constituinte derivado que promulgou a EC nº 132, com respeito à atribuição dessa nova competência originária ao STJ.

As lides entre a União e os estados ou o DF, ou de estados entre si, ainda que envolvam entidades da Administração indireta dessas unidades da federação, são da competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF), e não do STJ, de acordo com o art. 102, I, “f”, da CRFB (Brasil, [2023a]). Contudo, a EC nº 132 preferiu inserir os conflitos interfederativos relacionados com o IBS e a CBS entre as competências da Corte inferior porque eles também dizem respeito aos municípios, e não apenas aos estados e ao DF (além da União, é claro).

Trata-se de escolha polêmica do legislador constituinte, já que não é difícil imaginar a possibilidade de o STJ ver-se atulhado com ações movidas sobretudo por municípios, em vista de sua prodigiosa quantidade no quadro da organização político-administrativa estatal. Será interessante acompanhar como a jurisprudência há de interpretar a palavra *conflitos*, presente naquele dispositivo. Numa primeira análise, deve-se seguir, por analogia, a interpretação dada pelo STF ao art. 102, I, “f”, a qual reconhece a “absoluta excepcionalidade” de tal competência, restringindo-a aos litígios “cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar [...] o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação” (Brasil, 1993, p. 34).

O que esse dispositivo revela sobre a natureza jurídica do CG-IBS? O texto aponta para a relação potencialmente conflituosa (ou mesmo litigiosa) entre os estados e os municípios, isoladamente ou em seu conjunto, e o CG-IBS. Todavia, essa relação litigiosa não é característica da relação entre um ente federativo (como pessoa jurídica de Direito público) e as entidades pertencentes à sua Administração indireta, pois o conjunto das Administrações direta e indireta de um ente federativo dá origem a pessoa política que se submete a apenas um governo, cuja figura mais proeminente é o chefe do Poder Executivo. Desse modo, prevê-se harmonia na espécie, e não conflito de interesses.

¹⁰ O tributo previsto no art. 195, V, é a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), de competência da União por força do disposto no art. 149 da CRFB.

Contudo, essa litigiosidade – que pode vir a substituir aquela, maior e mais deletéria, da “guerra fiscal” – confirma a conveniência política de instituir-se uma entidade neutra, situada no plano federal, para que os entes subnacionais possam colaborar com ela e dela participar, com o fito de prover ao interesse comum de bem arrecadar o tributo, que constitui o arrimo principal de suas receitas. O legislador constituinte derivado identificou essa conveniência ao aprovar e promulgar a EC nº 132 com a previsão do CG-IBS. Dessa forma, a criação do Comitê está em sintonia com as experiências pretéritas do Confaz e do CGSN, embora vá muito além delas.

A conclusão de que se trata de uma entidade *federal* é corroborada pelo § 2º do novo art. 156-B (Brasil, 2023b), o qual determina que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios serão representados, de forma paritária, na instância máxima de deliberação do Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços”. Seria inusitado um ente da federação ser “representado” no âmbito de uma entidade de sua própria Administração indireta; ressalte-se que os entes federativos não são *representados* sequer nas respectivas sociedades de economia mista, como às vezes impropriamente se afirma, pois na verdade eles as *controlam*.

6 Natureza autárquica do CG-IBS

O art. 156-B, § 1º, da EC nº 132 define o CG-IBS como “entidade pública sob regime especial” (Brasil, 2023b). Afirmar isso não significa que essa entidade não tenha natureza definida ou que não se encaixe em forma alguma do sistema jurídico nacional. Entretanto, comprehende-se o espanto com a novidade, simbolizado pela expressão utilizada por Scuff (2023a) ao se referir ao novo conceito de entidade pública sob regime especial: “o que quer que seja isso”.

Se o CG-IBS é uma subdivisão do Estado, mas não é um ente federativo, então está vinculado a algum ente federativo, pois uma entidade, por mais especial que seja o seu regime jurídico, não pode estar ao mesmo tempo fora do Estado e dentro do Estado (nem dentro do Estado e fora da federação, naturalmente), fugindo ao controle político direto de ao menos um nível federativo. Em virtude da sua autonomia, sabe-se que o Comitê não pertence à Administração direta de qualquer ente da federação, pois tal pertencimento implicaria subordinação; então, só pode pertencer à Administração indireta de pelo menos um deles, entendido como pessoa política. A esse respeito Carvalho Filho (2023, p. 374) sustenta que “a atuação do Estado só se faz de duas maneiras: de forma direta ou de forma indireta; [...] não havendo *tertium genus*”.

Di Pietro (2022, p. 645) é igualmente peremptória, ao afirmar que “[t]odos os entes criados pelo Poder Público para o desempenho de funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública Direta (se o ente for instituído como órgão sem personalidade jurídica) ou Indireta (se for instituído com personalidade jurídica própria)”. É

claro que o CG-IBS pertence à segunda categoria por ser dotado de personalidade jurídica própria, o que se deduz do art. 14 da EC nº 132 (Brasil, 2023b).

Assim, o CG-IBS necessariamente detém natureza correspondente a alguma das figuras jurídicas já conhecidas do Direito Administrativo brasileiro, no rol das espécies de entidades da Administração Pública indireta. Não se trata de inovação que “subverte” a “lógica clássica” (Nascimento, 2023), senão a confirma. Considerem-se as seguintes hipóteses investigativas: a) empresa pública; b) consórcio público; e c) autarquia.

Empresa pública é pessoa jurídica de Direito privado integrante da Administração Pública indireta, que persegue o desempenho de atividade econômica, em mercado concorrencial ou não, ou presta serviços públicos ao Estado ou à sociedade, em atendimento à finalidade para a qual foi instituída por autorização do legislador. Haveria subsunção do CG-IBS ao tipo jurídico da empresa pública? Conquanto antes da EC nº 132 tenha sido cogitado que o CG-IBS poderia surgir como uma *corporation* (Santi; Machado, 2023, p. 117-118; GT IBS [...], 2020), ou seja, essencialmente como uma empresa, não é possível sustentar esse posicionamento diante das escolhas externadas pelo constituinte derivado ao criar o Comitê – sobretudo quanto às atividades das quais foi incumbido à luz das disposições do texto constitucional e da sua caracterização como entidade pública sob regime especial –, como editar o regulamento do IBS, arrecadar o imposto (isto é, exercer a capacidade tributária ativa, a fim de concretizar disposições legais impositivas) e decidir, de forma definitiva em âmbito administrativo, processos administrativos fiscais de determinação e exigência de créditos tributários. Em nada se assemelham às atividades econômicas ou de prestação de serviços públicos próprias das empresas públicas. Ao contrário, são funções típicas de Estado; mais especificamente, funções de *administração tributária*.

Nesse sentido, discordamos da afirmação de Martins (2023, grifo nosso) sobre a PEC nº 45/2019, ao considerar que a entidade a ser então criada teria “*poderes impositivos substitutivos da competência* de tributos de 26 estados, Distrito Federal e 5.570 municípios”. Nenhum poder impositivo *per se* foi conferido ao CG-IBS, senão uma capacidade tributária ativa, que não substitui, mas concretiza competências alheias – dos estados, DF e municípios. O art. 37, XXII, da CRFB (com redação dada pela EC nº 42/2003), estabelece que as funções das administrações tributárias configuram “atividades essenciais ao funcionamento do Estado” (Brasil, [2023a]). Assim, como não se coadunam com a ideia de uma “empresa de arrecadação”, deve-se descartar terminantemente a ideia de que o CG-IBS, na esteira das disposições da EC nº 132, teria natureza de empresa pública e se submeteria, por consequinte, ao regime jurídico de Direito privado.

Por sua vez, o consórcio público é figura que tem sua gênese no art. 241 da CRFB (Brasil, [2023a]), ao lado dos “convênios de cooperação entre os entes federados” com o fim de promover a “gestão associada de serviços públicos”; a CRFB prevê também o consórcio público previdenciário no art. 40, § 22, IX, dispositivo inserido pela EC nº 103/2019. Nem sequer é preciso enfrentar a polêmica sobre a existência ou não de personalidade jurídica dos consórcios públicos, visto que claramente não há subsunção do CG-IBS ao molde positivado

pelo art. 241 da CRFB. Afinal, o Comitê não se destina à prestação de serviços públicos, mas ao exercício precípua, regular e em caráter principal de atribuições decorrentes do poder de tributar. Ademais, destacam-se na ideia de consórcio público a sua voluntariedade e o caráter de contrato – afinal, a palavra *consórcio* advém do latim *consortium*, do qual também se origina a palavra *consorte* (“parceiro”). Trata-se, portanto, de uma parceria interfederativa. Nada poderia estar mais distante do CG-IBS, que foi criado pela EC nº 132 *em caráter obrigatório* para todos os entes da federação.

Por fim, a autarquia é pessoa jurídica de Direito público integrante da Administração Pública indireta, cuja nota distintiva é o desempenho de funções “despidas de caráter econômico” e que sejam “próprias e típicas de Estado” (Carvalho Filho, 2023, p. 380). De acordo com Di Pietro (2022, p. 626), à autarquia cabem “praticamente os mesmos privilégios e prerrogativas próprios do Estado” – o que condiz com o regime constitucional especial atribuído ao CG-IBS pela EC nº 132 e com a importância que se deduz do próprio fato de ter sido o Comitê objeto de criação por EC. Na clássica lição de Cretella Júnior (1992, p. 83-84), autarquia difere de *autonomia*: a primeira resulta do “desdobramento ocorrido de uma atividade administrativa”, ao passo que a segunda está reservada aos entes imbuídos do poder de positivar regras de “governo próprio”. Embora o CG-IBS tenha competência regulamentar proveniente da CRFB, não se trata de fonte criadora de direitos e obrigações ou de um ordenamento jurídico próprio, pois deve ater-se ao regramento derivado de leis emanadas do Congresso Nacional no exercício da competência instituidora do IBS, que pertence à União.

Essa é também a posição de Meirelles (2015, p. 429): “[i]nconfundível é *autonomia* com *autarquia*: aquela legisla para si; esta administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou”. No entanto, na acepção de ser *autônoma* (isto é, descentralizada) em relação à Administração direta, à autarquia aplica-se a autonomia administrativa – que se desdobra em outras (como a financeira e a patrimonial), em maior ou menor grau, conforme seu regime jurídico específico. Ao tratar das autarquias, Mello (2021, p. 141) afirma que

seus assuntos são assuntos próprios; seus negócios, negócios próprios; seus recursos, não importa se oriundos de trespasso estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônio próprios, de tal sorte que desfrutam de “*autonomia*” financeira, tanto como administrativa.

Isso significa que não há contradição entre o regime jurídico autárquico e os predados reservados ao CG-IBS pela EC nº 132, que, ao caracterizá-lo como “entidade pública de regime especial”, não pretendeu significar que não se trataria de uma autarquia. A CRFB não estatui a natureza jurídica das entidades que cria, mas fornece indicações capazes de levar o hermeneuta, assim como o legislador infraconstitucional, a concluir pela natureza mais adequada aos cânones do Direito Administrativo.

Um exemplo desse tipo é o do Banco Central do Brasil (Bacen). Conquanto contenha disposições sobre o Bacen, em sua redação original a CRFB delegou a lei complementar (por meio do então art. 192, IV, ora revogado) o tratamento da sua organização, funcionamento e atribuições. Tanto a Lei nº 4.595, de 31/12/1964 (Brasil, [2021d]), quanto a LC nº 179, de 24/2/2021 (Brasil, 2021b), evidenciaram seu caráter de autarquia – neste caso, desvinculada de ministério.

Embora esteja inequívoco seu regime jurídico autárquico, nada impede que o CG-IBS venha a ser licitamente caracterizado como *agência*; embora o uso dessa denominação se deva a certo “modismo”, o papel do CG-IBS coaduna-se, segundo Di Pietro (2022, p. 629), com o caráter quase legislativo, com a neutralidade, com a elevada especialização e com a independência típicas dessas figuras corporativas, que a rigor não passam de autarquias dotadas de algumas prerrogativas mais avançadas. Ao alargar o âmbito da autonomia das agências reguladoras, em especial mediante o art. 3º da Lei nº 13.848, de 25/6/2019 (Brasil, 2019b), o legislador abriu caminho para a existência de uma entidade que goze de prerrogativas tão amplas quanto as do CG-IBS.

Contudo, poder-se-ia argumentar que na verdade a expressão *entidade pública sob regime especial* indicaria uma natureza jurídica *sui generis*, tão inédita quanto o uso dessa expressão no Direito positivo nacional e, por essa razão, o CG-IBS não seria autarquia. Todavia, a objeção não procede. A Constituição não discorre, por exemplo, sobre o regime jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); não obstante, ao analisar o papel dessa entidade na construção da democracia, o STF (Brasil, 2006) concluiu que, apesar de ser objeto de previsão constitucional, a OAB não está vinculada de modo algum à Administração Pública (nem direta, nem indireta) e constitui um serviço público independente. Mais recentemente (Brasil, 2023c), o STF reafirmou a ampla independência desfrutada pela OAB em relação ao Poder Público, considerando que os valores que arrecada, assim como o seu patrimônio, ostentam natureza de Direito privado, o que acarreta a não submissão dessa entidade ao controle externo pelas cortes de Contas ou por quaisquer outros órgãos estatais de controle¹¹.

Como chegou o STF a essas conclusões? Debruçando-se sobre as funções que atribuiu o constituinte à OAB e aquilatando as prerrogativas imprescindíveis (portanto, implicitamente conferidas pela CRFB, segundo a teoria dos poderes implícitos) a garantir o exercício dessas funções. Logo, é a função que determina a natureza jurídica, o que se deduz do método aplicado pelo STF nesse caso; e a função do CG-IBS é própria e típica da administração dos negócios mais fundamentais do Estado – os inerentes à tributação. Exemplo de caráter similar é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). O julgamento do Tema 235 (Brasil, 2013), no qual o STF reconheceu à ECT o gozo da imunidade recíproca, na prática ampliou o alcance da disposição constitucional do art. 150, VI, “a” (Brasil, [2023a]), para abranger uma empresa pública que presta serviços em regime de exclusividade,

¹¹ Embora mereça críticas, essa discussão desborda o escopo deste artigo.

consustanciado no denominado *privilégio postal*, previsto constitucionalmente. Logo, embora seja empresa pública, a ECT toma de empréstimo atributos típicos das autarquias, como a sujeição à imunidade tributária recíproca; por isso, também se caracteriza como entidade *sui generis*.

São igualmente exemplos de entidades sujeitas a regime jurídico especial as universidades públicas que, organizadas como autarquias, “gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial” (Brasil, [2023a], art. 207). Assim, em sua atividade-fim não se submetem ao programa de governo dos mandatários eleitos para chefiar o ente federativo ao qual estejam vinculadas. Ao contrário, perseguem um programa próprio, elaborado por seu corpo docente, o qual desfruta da liberdade de cátedra e tem o exercício de cargos de direção garantido por mandatos.

O regime *especial* de muitas autarquias, como as agências reguladoras, não desfigura a natureza autárquica, senão que a confirma, elevando-a ao patamar de uma autonomia qualificada. Mais que elemento acessório da denominação, o adjetivo aponta para uma autonomização garantida por um regime jurídico dotado de maior flexibilidade e sujeito a menor interferência política. Afirma Aragão (2013, p. 279):

a mera criação de autarquia ou de qualquer outra espécie de ente da Administração Indireta, sem que possua um grau de razoável autonomia para desenvolver suas atribuições, não torna o seu desempenho mais ágil e eficiente, não as caracterizando como entidades descentralizadas em sentido material, ou seja, efetivo, verdadeiro, constituindo, outrossim, entidades apenas formalmente descentralizadas.

O legislador constituinte derivado pretendeu, pois, que o CG-IBS fosse entidade descentralizada da Administração Pública em sentido material, e não apenas formal. Por outro lado, não se deve inferir que a ausência de assento da União na “instância máxima de deliberação” do CG-IBS – conforme se deduz do art. 156-B, § 3º, da CRFB, acrescentado pela EC nº 132 (Brasil, 2023b) – constituiria indicação de não se tratar de autarquia federal. O CG-IBS age como que por delegação de estados e municípios e, por isso mesmo, é dotado de um significativo grau de autonomia em relação à União, embora faça parte da sua administração indireta. Devido a esse papel do CG-IBS, é perfeitamente compreensível a ausência da União nas deliberações; o contrário poderia resultar em ingerência em assuntos reservados apenas aos entes federados (Rocha, 2023). A esse respeito, Conti e Mascarenhas (2023, p. 127) concluem que o “Conselho Intergovernamental¹² responsável pela gestão do IBS não pode ser um mero executor de decisões do governo federal, devendo-se repelir intrusões injustificadas”. Com efeito, a queixa remonta à própria experiência pregressa com o CGSN (Brandão; Viana; Silva, 2021, p. 15). Em relação a esse ponto, Scuff (2023b) afirma que a ausência da União na instância deliberativa maior do Comitê seria uma “pegadinha”

¹² Os autores denominam *Conselho Intergovernamental* o que viria a tornar-se o CG-IBS.

e que, mesmo sem voto, ela “acabará tendo um poder extraordinário sobre tal conselho”, já que a reforma tributária consagrou a harmonização de normas, interpretações, obrigações acessórias e procedimentos entre o IBS e a CBS (sendo esta de competência federal), de acordo com o art. 156-B, § 6º, incluído pela EC nº 132 (Brasil, 2023b).

Quanto à categorização funcional do CG-IBS, trata-se de uma *administração tributária*; o CG-IBS destina-se a administrar tributos e, ainda que se trate de um só tributo, não é possível outra conclusão. Todavia, como administração tributária, o CG-IBS distingue-se da “administração tributária da União”, conforme se depreende dos §§ 6º e 7º do art. 156-B – inovação da EC nº 132 (Brasil, 2023b). Tais dispositivos tratam o CG-IBS e a administração tributária da União (a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, órgão da Administração direta da União subordinado ao Ministério da Fazenda) como figuras distintas. Contudo, o Comitê é uma entidade da administração indireta da União e, ao mesmo tempo, uma administração tributária; logo, é uma administração tributária da União.

Naturalmente, o seu quadro próprio de pessoal segue as disposições do regime jurídico único instituído pelo art. 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/1990 (Brasil, [2022a]), sobretudo por força do disposto na ainda vigente redação original do art. 39, *caput*, da CRFB (Brasil, 2007). Isso ocorre sem prejuízo da cessão de servidores estaduais, distritais e municipais, quando presentes a oportunidade e a conveniência para as Administrações cedente e cessionária, caso em que o regime jurídico do servidor cedido continua sendo o de origem, sempre conforme as disposições da EC nº 132 relativas ao exercício, pelas carreiras próprias das Administrações tributárias de estados e municípios, de suas atribuições exclusivas. Pela mesma razão, do ponto de vista da proteção previdenciária, a vinculação dos servidores do quadro próprio do CG-IBS deverá ser com o Regime Próprio de Previdência Social, bem como com o Regime de Previdência Complementar, inerentes à União, de acordo com o art. 40 da CRFB – sobretudo seu § 20, que, na redação dada pela EC nº 103/2019, veda a existência de mais de um regime próprio em cada ente federativo, “abrangidos todos os poderes, órgãos e entidades autárquicas e fundacionais” (Brasil, [2023a]).

Desse modo, o CG-IBS não é *a*, e sim *uma* Administração tributária federal, que serve não à União, mas ao conjunto dos estados e dos municípios. Não é a primeira vez que a União dispõe de duas Administrações tributárias, uma delas de caráter autárquico; até o advento da Lei nº 11.098, de 13/1/2005, resultante da conversão da Medida Provisória (MP) nº 222/2004, cabia ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) executar as funções pertinentes à administração das contribuições previdenciárias, sem prejuízo da competência da então Secretaria da Receita Federal para administrar os demais tributos federais. Desde a MP nº 222/2004 até a promulgação da Lei nº 11.457, de 16/3/2007, coexistiam duas Administrações tributárias apartadas (a Secretaria da Receita Federal e a Secretaria da Receita Previdenciária), com quadros de pessoal e normas de regência distintos, inseridas na estrutura de ministérios distintos; atualmente ambas integram a Administração direta. Contudo, até 2007 uma delas estava ligada ao orçamento fiscal da União e a outra, ao orçamento da seguridade social, conforme o art. 165 da CRFB. Por conseguinte, nem

sequer debitavam suas despesas ou creditavam o produto de sua arrecadação na mesma conta orçamentária.

7 Vinculação do CG-IBS

A submissão do CG-IBS à supervisão política do Congresso Nacional evidencia-se no art. 50 da CRFB, com a redação dada pela EC nº 132 (Brasil, 2023b, grifo nosso):

Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado, quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República *ou o Presidente do Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços* para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada.

O constituinte derivado houve por bem incluir o presidente do Comitê Gestor do IBS no rol do art. 50, para que o Parlamento possa tomar contas da condução dos negócios dessa entidade; de outro modo, o titular do CG-IBS poderia ficar imune à convocação congressual, já que entidades autárquicas não estão compreendidas na redação original do dispositivo (Silva, 2006, p. 408). Com a alteração, assim como as demais autoridades mencionadas no texto, o presidente do CG-IBS responde perante as Casas do Congresso Nacional e as respectivas comissões, inclusive as parlamentares de inquérito. Trata-se de mecanismo constitucional de freios e contrapesos que visa a dar efetividade aos valores constitucionais da independência e harmonia entre os Poderes.

Todavia, mais que apenas expor a submissão do CG-IBS ao controle e à supervisão política do Poder Legislativo da União, a nova redação do art. 50 evidencia que o presidente do CG-IBS se insere no núcleo de poder político chefiado pelo presidente da República, que corresponde à cúpula do que se convencionou chamar *alta administração federal* (Brasil, [2020]). Assim, a despeito de o CG-IBS e o Poder Executivo da União serem distintos no tratamento que lhes dispensou o constituinte derivado, o primeiro mantém com o segundo o vínculo formal, não o de subordinação hierárquica ou tutela administrativa, dada a natureza executiva do CG-IBS e por ser uma entidade da Administração indireta federal.

Consequentemente, o CG-IBS não é vinculado ao Poder Legislativo ou ao Judiciário, mas nem por isso é desvinculado de Poder, pois não foi brindado pelo constituinte com a independência (*rectius: autonomia*) funcional que assiste, por exemplo, ao Ministério Público como instituição (não *entidade*). De outro modo, poderia o constituinte derivado ter incluído um parágrafo no art. 50, determinando que o disposto no *caput* se aplicaria, no que coubesse, ao presidente do CG-IBS. Teria sido ainda mais explícita a hipotética inserção,

por exemplo, de um art. 50-A na CRFB, relativo ao presidente do CG-IBS e à possibilidade de sua convocação pelo Congresso Nacional.

Se responde perante o Congresso Nacional sobre atos de seu ofício, sob pena de crime de responsabilidade – isoladamente ou junto com o presidente da República e seus auxiliares diretos –, o presidente do CG-IBS *deve ser nomeado pelo presidente da República*, observado o requisito *notórios conhecimentos de Administração tributária*, previsto no art. 156-B, § 5º, da CRFB, acrescentado pela EC nº 132 (Brasil, 2023b). Não surpreende que tenha sido essa a vontade do legislador constituinte derivado; sem uma seleção realizada pelo chefe do Poder Executivo da União, nada indicaria que o presidente do CG-IBS tenha a preocupação de empenhar-se na harmonização da legislação e uniformização da hipótese de incidência do IBS e da CBS, um dos pontos fulcrais para que a reforma tributária surta os efeitos práticos dela esperados.

Da presença do presidente do CG-IBS no art. 50 da CRFB reservado a estabelecer o dever da cúpula alta administração federal de prestar contas ao Congresso, deduz-se que o constituinte derivado tencionou atribuir-lhe *status* de ministro de Estado; afinal, foi submetido ao regime de crimes de responsabilidade aplicável ao presidente da República e a seus auxiliares diretos, conforme define a Lei nº 1.079, de 10/4/1950 (*Lei de crimes de responsabilidade*) (Brasil, [2000]). Poder-se-ia argumentar que nem todas as autoridades elencadas no dispositivo detêm esse *status*; contudo, têm “importância assemelhada a eles” (Bulos, 2008, p. 748). No caso específico do presidente do CG-IBS, não se trata de mera “importância assemelhada”, pois à diferença dos titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República que não gozem do *status* de ministro, a autoridade em questão chefia uma entidade dotada de autonomia constitucional, à qual não se impõe qualquer subordinação hierárquica; está, assim, mais identificado com os ministros de Estado que com outras autoridades submetidas ao presidente da República. Também se poderia argumentar que, se tivesse a intenção de conferir a condição de ministro de Estado ao presidente do CG-IBS, o legislador constituinte derivado o teria feito expressamente. Porém, essa não é uma técnica recorrente na elaboração da CRFB; a atribuição dessa condição costuma ser reservada ao legislador infraconstitucional. Na presente situação, trata-se de providência obrigatória à luz da EC nº 132.

Diante desse cenário, são aplicáveis ao presidente do CG-IBS as normas estabelecidas nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 84, I (nomeação pelo presidente da República); art. 87, parágrafo único (atribuições genéricas); art. 102, I, “c” (foro para infrações penais comuns e crimes de responsabilidade); art. 105, I, “b” (foro para o mandado de segurança e o *habeas data*). Tais normas aplicam-se como resultado direto da vontade do legislador constituinte derivado, e não de forma reflexa, em virtude da equiparação de certos cargos especiais a ministro de Estado, muitas vezes operada por ato infraconstitucional. Por fim, a aplicabilidade desses dispositivos ao presidente do CG-IBS condiz com a importância do cargo para o bom funcionamento do Estado e para o sucesso do redesenho do pacto federativo promovido pela EC nº 132.

Também é possível depreender que ao CG-IBS se aplica o disposto no art. 109, I, da CRFB (Brasil, [2023a]): em regra, seu foro deve ser o da Justiça Federal, ressalvadas as já mencionadas competências do STJ – e sem prejuízo dos litígios de que sejam partes estados e municípios, de um lado, e sujeitos passivos do IBS, de outro (Conrado, 2023). Do ponto de vista operacional, entendimento em sentido contrário poderia inclusive resultar em grande inconveniência para a gestão do contencioso judicial do Comitê, caso este viesse a se espalhar por todos os judiciários estaduais, devido ao número muito superior de varas e tribunais envolvidos. Na mesma perspectiva, aplicam-se ao CG-IBS os privilégios, inclusive processuais, concernentes às autarquias em geral (Araújo, 2010, p. 201-202), o que compreende a imunidade tributária recíproca prevista para as entidades de regime autárquico.

8 Autonomia orçamentária do CG-IBS sob a óptica da gestão de recursos de terceiros

Reformada pela EC nº 132, a CRFB dispõe que o CG-IBS é dotado de “independência orçamentária”, que na melhor das hipóteses deve ser entendida como *autonomia*, já que o conceito de *independência* implica insubmissão a um controle político heterônomo, o que é inaplicável a um órgão de inegáveis feições executivas como o CG-IBS. Contudo, sem prejuízo dessa interpretação, a expressão também pode ser indicativa de que o CG-IBS dispõe de um *orçamento independente*.

A autonomia orçamentária do Comitê deve ser interpretada segundo o método lógico-sistemático, à luz das demais disposições constitucionais aplicáveis – em especial, as que tratam do orçamento público. Entre elas está o art. 165, § 5º, da CRFB (Brasil, [2023a]), o qual dispõe que o orçamento da União se decompõe em três suborçamentos: a) o orçamento fiscal, que engloba as despesas gerais da máquina pública federal; b) o orçamento de investimentos das estatais sob controle acionário da União; e c) o orçamento da segurança social, que em nível federal abrange as receitas e despesas da saúde pública e da assistência e previdência sociais. Essa disposição não foi modificada pela EC nº 132 para que ali se incluísse a peça orçamentária do CG-IBS, e a ele foram atribuídas receitas próprias. Nada impede, contudo, que o orçamento geral da União preveja recursos para despesas correntes ou de capital do CG-IBS, como trataremos mais adiante. Por ser independente, o orçamento do CG-IBS não deve fazer parte da lei orçamentária anual (LOA) federal. Por outro lado, não pode prescindir de aprovação parlamentar. Por fim, é incongruente com o pacto federativo redesenhado pela EC nº 132 que os recursos orçamentários do CG-IBS sejam previstos em orçamentos estaduais e municipais. Dessa forma, o orçamento do CG-IBS deve ser aprovado por *lei federal própria* – a qual não se poderá furtar à submissão aos princípios orçamentários da exclusividade, universalidade, anualidade, programação e equilíbrio orçamentário (Piscitelli, 2023). Quanto ao princípio da unidade, parece haver uma quebra; veremos se isso procede.

Com efeito, a autonomia orçamentária concedida ao CG-IBS deságua na autonomia da peça orçamentária do CG-IBS em relação ao orçamento da União, contemplado na LOA. Não nos parece merecer consideração qualquer interpretação da expressão *independência orçamentária* que não resulte na ideia de um *orçamento autônomo*, menos ainda aquela que chegue ao entendimento favorável à eventual “imunidade” do orçamento do CG-IBS aos parâmetros de responsabilidade fiscal e controle aplicáveis aos entes federativos. Deverá o CG-IBS ser municiado de órgãos capazes de promover o planejamento, a execução e o acompanhamento de seu orçamento, submetendo-se integralmente às exigências da LRF, bem como aos princípios norteadores da atividade de controle interno e externo, de acordo com as previsões constitucionais e legais pertinentes.

Diante da necessidade de duas leis orçamentárias anuais (uma delas específica para o orçamento do CG-IBS), a EC nº 132 relativiza o princípio da unidade orçamentária, o que não deve ser visto com estranheza, já que a Emenda alude ao “regime especial” do Comitê. Trata-se de uma entidade com predicados inauditos, decorrentes de seu papel crucial para a higidez da arrecadação tributária de estados e municípios, a qual tem como fonte principal de custeio receitas que não decorrem da exploração do patrimônio, da prestação de serviços ou de ato de imposição tributária da União, mas do exercício da fração do poder de tributar atribuída aos entes subnacionais.

Assim, não surpreende que seu orçamento mereça discussão e aprovação apartadas, nem é concebível que esteja sujeito ao procedimento de consolidação da proposta orçamentária da União pelo Poder Executivo federal, ou que se misture às discussões da LOA, bem como das demais leis do ciclo orçamentário federal – o Plano Plurianual (PPA) e a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) –, ressalvada a verba federal eventualmente destinada ao CG-IBS em determinado exercício. Entretanto, a suposta “quebra” não é mais que aparente, já que as fontes de recursos do Comitê, ao menos em caráter principal, são receitas estaduais, distritais e municipais que, enfeixadas num todo sincrético, se destinam à manutenção do CG-IBS. Não se trata de receitas federais que mereçam transitar pelo orçamento da União – à diferença das previstas na LOA; tampouco o são por transferência, já que a EC nº 132 não enfocou o financiamento do CG-IBS pelo prisma da repartição constitucional de receitas, mas a destinação específica a órgão ou entidade.

Evidentemente, o montante da arrecadação a ser distribuído aos estados e municípios não deverá integrar o orçamento do Comitê; constitui, em relação a este, um quinhão de verbas extraorçamentárias que transitarão pelas respectivas contas (como mero movimento de caixa), mas serão de fato contabilizadas como receitas tributárias, após a competente repartição de acordo com os critérios fixados quando da regulamentação da EC nº 132, no orçamento do respectivo ente tributante e beneficiário – estado, DF ou município. Afinal, há uma separação entre as receitas constitucionalmente atribuídas (por disposição de eficácia limitada, a qual depende da edição de lei complementar) ao CG-IBS por força do art. 156-B, § 2º, III, acrescentado pela EC nº 132 (Brasil, 2023b), e as receitas próprias dos estados e municípios, e consequentemente a segregação patrimonial da arrecadação do IBS

entre: a) receitas destinadas ao custeio do CG-IBS, que corresponderão a um percentual da respectiva arrecadação; e b) receitas da competência constitucional de cada um dos entes federados – em outras palavras: tudo aquilo que a lei complementar não destinar ao custeio do Comitê, ou a arrecadação do IBS líquida das despesas do CG-IBS suportadas em comum por estados e municípios.

Deduz-se que o CG-IBS procederá a uma verdadeira gestão de recursos de terceiros, em se tratando de uma autarquia federal de caráter transfederativo custeada mediante a apropriação de receitas decorrentes do poder impositivo de estados e municípios e incumbida de gerir recursos estranhos ao orçamento federal. Conquanto integre a Administração indireta, essa característica justifica sua ampla autonomia em relação à União: o propósito é insular os recursos dos entes subnacionais, que deverão transitar apenas pela contabilidade do CG-IBS, sem possibilidade de reter ou condicionar sua distribuição – a não ser nos casos e na forma previstos na CRFB – ou de qualquer embaraço, o que seria manifestamente ilegítimo, ilegal e inconstitucional.

Com efeito, uma proteção insuficiente do CG-IBS em face do possível exercício de ingênlégas federais espúrias daria razão à crítica de Soares (1999, p. 240), quando se refere ao “esdrúxulo modelo do ‘federalismo centralizador’ brasileiro, que concentra nas mãos da União o poder de arrecadação dos impostos, como forma de lograr a subserviência política, quer dos estados-membros da Federação, quer dos municípios”.

Falta enfrentar a desafiadora disposição do art. 156-B, § 2º, IV, acrescentado pela EC nº 132 (Brasil, 2023b), segundo a qual “o controle externo do Comitê Gestor será exercido pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios” – desafiadora porque, exceto se bem interpretada, a regra tornará o CG-IBS a entidade mais controlada do País. Afinal, estará sujeita ao controle do Poder Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas, e de todos os entes da federação (aí incluída a União, por força do art. 70 da CRFB), que perfazem mais de cinco mil unidades.

Deve-se postular que a prerrogativa de controle estabelecida na CRFB seja exercida com base no princípio da proporcionalidade. Para efeitos práticos, o principal “controle” a ser exercido por estados e municípios em relação ao CG-IBS refere-se não à legalidade, legitimidade ou economicidade das despesas do Comitê, mas ao atendimento dos critérios de cálculo de partilha dos recursos arrecadados do IBS, suas compensações e deduções, que resultará no valor a que fará jus o respectivo ente federado em cada período. Logo, trata-se de um “controle” com feição específica de auditoria financeira, que deverá obedecer à proporcionalidade do interesse do ente auditante, sob pena de comprometer-se a funcionalidade operacional do Comitê.

Seria despropositado supor que o CG-IBS, como autarquia federal, deveria ter suas contas julgadas e aprovadas por todos e cada um dos entes da federação, ainda que destes se excluísse a União, tão somente porque suas receitas derivam diretamente da arrecadação de recursos extraídos da economia nacional por esses mesmos entes. Como já se pode deduzir da linha de argumentação adotada neste estudo, cabe ao Congresso Nacional o exercício

da supervisão política sobre o Comitê (art. 50 da CRFB), a começar pela aprovação de seu orçamento. Naturalmente, o Congresso Nacional será auxiliado pelo Tribunal de Contas de União (TCU), conforme dispõe o art. 71 da CRFB (Brasil, [2023a]).

Eventual verba destinada ao CG-IBS pela LOA federal não estaria, por hipótese, sujeita ao controle de estados e municípios. Porém, tal alocação orçamentária deve depender da aprovação do mecanismo de governança próprio do CG-IBS, sob pena de servir como artifício para a interferência da União na entidade, à revelia dos demais entes federados e do próprio Comitê; este não é obrigado a aceitar recurso federal em sua conta de receitas, pois já possui sua própria fonte de custeio, assegurada pela CRFB, e por esta foi dotado de “independência” (ou autonomia) orçamentária. Tampouco seria admissível a destinação, voluntária e unilateral, ao CG-IBS, de dotações orçamentárias de estados e municípios que superem o percentual de que trata o art. 156-B, § 2º, III, da CRFB (Brasil, [2023a]), na forma da lei complementar ali mencionada. Tal possibilidade abriria brechas para uma nova “guerra”, desta vez objetivando a “captura” do Comitê pelos entes mais bem municiados de recursos. Nesse caso, deve-se entender como irrelevante um eventual aceite, ou mesmo uma solicitação, do Comitê. A prevalecer o entendimento, o pacto federativo redesenhado pela EC nº 132 ficará mais bem protegido da exacerbação de assimetrias interfederativas.

Por último, cabe reforçar a necessidade de controle do orçamento do CG-IBS (aprovação, execução e supervisão) pelo Congresso Nacional. Não pode haver orçamento indene à aprovação parlamentar, algo que não se deve inferir da simples atribuição de “independência orçamentária” – embora todos os entes federativos gozem de independência orçamentária, seus orçamentos precisam de aprovação, controle, supervisão e acompanhamento, com posterior julgamento e aprovação ou rejeição das contas dos respectivos administradores públicos pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas.

Há apenas um caso de orçamento destituído de aprovação parlamentar – o qual não é um exemplo a ser seguido: o Orçamento da Autoridade Monetária (OAM), afetado ao Bacen para cobrir os gastos inerentes a suas atividades típicas e inconfundível com o Orçamento Geral da União (OGU). A legalidade e a compatibilidade do OAM com o ordenamento jurídico foram apreciadas pelo TCU em representação instaurada *ex officio* (Brasil, 2022c). Na ocasião, o TCU reconheceu não ter competência para decidir sobre a recepção do OAM pela CRFB, mas salientou a necessidade de que esse orçamento tenha seu rito de elaboração disciplinado pelos órgãos competentes e se submeta à transparência constitucionalmente exigida ao poder público em geral – a qual não passa de corolário do disposto no art. 5º, XXXIII, da CRFB (Brasil, [2023a]).

Na forma como hoje se apresenta, o OAM é um orçamento não previsto na CRFB (encontra-se, pois, à margem do OGU), não se sujeita ao crivo do Congresso, pois é elaborado internamente pelo Bacen e aprovado pelo Conselho Monetário Nacional, nem condiz com o direito de acesso à informação em regime de transparência ativa, pois esse acesso necessita de requisição ao Bacen (Brasil, 2022c).

Tal situação, que advém de normas anteriores à CRFB, não está em harmonia com os preceitos constitucionais aplicáveis à Administração Pública ou ao orçamento público. É preciso submeter toda despesa governamental ao controle democrático exercido pelo Parlamento e – consideradas as exceções constitucionais, que dizem respeito a informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado – e à transparência exigida do Poder Público pela sociedade, para se alcançar uma situação de plena *accountability*. Não se pode admitir que o processo de elaboração e execução da peça orçamentária do CG-IBS repita os erros e reproduza os vícios encontrados pelo TCU em sua apreciação do OAM, sob pena de o legislador afrontar a CRFB.

9 Conclusão

Neste artigo, analisou-se a natureza jurídica e o regime jurídico da “entidade pública sob regime especial” definida pela EC nº 132 para funcionar como administração tributária especializada na gestão do IBS. Esmiuçaram-se as disposições da EC nº 132 com o propósito de compreender a forma jurídica definida pelo legislador constituinte derivado para o CG-IBS. Para isso, foi necessário manejar argumentos do Direito Tributário, Administrativo, Constitucional e Financeiro.

Com base nas premissas apresentadas, concluiu-se que, à luz das disposições constitucionais da EC nº 132, ainda não regulamentadas no momento da elaboração deste artigo, o CG-IBS tem natureza jurídico-constitucional de autarquia institucional federal, de caráter transfederativo, com autonomia de grau diferenciado, não sujeita à supervisão ministerial, cujo presidente goza de prerrogativas próprias dos ministros de Estado.

Disso se depreende: a) a necessidade de nomeação do presidente do CG-IBS pelo presidente da República, respeitado o requisito constitucional de notórios conhecimentos de Administração tributária; b) a aprovação do orçamento do Comitê e julgamento das respectivas contas pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo TCU; c) a sujeição ao controle externo dos estados e municípios com feição específica de auditoria financeira, observado o princípio da proporcionalidade em relação ao interesse de cada ente federado; e d) o foro do CG-IBS na Justiça Federal, ressalvadas as hipóteses de competência originária do STJ previstas na CRFB.

Não se trata de diletantismo acadêmico, mas de contribuição para elucidar a natureza jurídica do CG-IBS de maneira consentânea com a vontade do legislador constituinte, num momento em que está disponível apenas o texto da própria reforma tributária. Não se ambicionou exaurir a discussão, mas oferecer considerações para esclarecer o estatuto normativo de uma entidade singular no contexto da federação. Será interessante verificar, *a posteriori*, o caminho trilhado pelo legislador infraconstitucional incumbido da regulamentação da reforma tributária, e se a forma e o regime jurídicos determinados para o CG-IBS confirmarão as conclusões deste artigo.

Referências

- ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 7. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. E-book.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. rev. e atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e tributário*. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BRANDÃO, Camila de Brito; VIANA, Carmen Sabrina Cochrane Santiago; SILVA, Fernanda Donadel da. A reforma tributária e o Comitê Gestor do IBS: novas perspectivas para o federalismo brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 93, p. 7-18, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/735>. Acesso em: 2 jul. 2024.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2019*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>. Acesso em: 2 jul. 2024.
- _____. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.
- _____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompile.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.
- _____. *Decreto-lei nº 915, de 1º de dezembro de 1938*. Dispõe sobre o imposto de vendas e consignações, define a competência dos Estados para sua cobrança e arrecadação e dá outras providências. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, [1963]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-915-1-dezembro-1938-350239-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 2 jul. 2024.
- _____. *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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.
- _____. *Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965*. Reforma do Sistema Tributário. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc18-65.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.
- _____. *Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.
- _____. *Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015*. Altera o § 2º do art. 155 da Constituição Federal e inclui o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc87.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.
- _____. *Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023*. Altera o Sistema Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2023b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.
- _____. *Exposição de Motivos nº 37, de 18 de agosto de 2000*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. *Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975*. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1975. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. *Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. *Lei Complementar nº 179, de 24 de fevereiro de 2021*. Define os objetivos do Banco Central do Brasil e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de seu Presidente e de seus Diretores; e altera artigo da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Brasília, DF: Presidência da República, 2021b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp179.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. *Lei Complementar nº 188, de 31 de dezembro de 2021*. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), para modificar a composição e o funcionamento do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) e ampliar o âmbito de aplicação de seu regime tributário. Brasília, DF: Presidência da República, 2021c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp188.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021d]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. Senado Federal. *Resolução nº 22, de 1989*. Estabelece alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nas operações e prestações interestaduais. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/rsf/rsf%2022-89.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. § 1º do artigo 79 da Lei n. 8.906, 2ª parte. “Servidores” da Ordem dos Advogados do Brasil [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Interessado: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Eros Grau, 8 de junho de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363283>. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135/DF*. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Poder constituinte reformador. Processo legislativo [...]. Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT e outros. Requerido: Congresso Nacional. Relator originário: Min. Néri da Silveira. Relatora para o acórdão: Min. Ellen Gracie, 2 de agosto de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625>. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). [Questão de Ordem na] *Ação Cível Originária nº 359/SP*. Ação de execução movida por sociedade de economia mista controlada pelo Estado de São Paulo contra o Estado do Maranhão [...]. Autor: Banco de Desenvolvimento do Estado de São Paulo S/A – Badesp. Réu: Estado do Maranhão. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de agosto de 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=840>. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 601.392/PR*. Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos [...]. Recorrente: ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: Município de Curitiba. Interessados: Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileira – Abrasf; Município de São Paulo. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 28 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744>. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 1.182.189/BA*. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Tema 1054. Julgamento de mérito. Ordem dos Advogados do Brasil – OAB [...]. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridas: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção da Bahia; União. Interessado: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 25 de abril de 2023c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=768621098>. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 2.705/2022*. Apartado. Inspeção. Orçamento da Autoridade Monetária (OAM). Exame de constitucionalidade *in abstrato* refoge à competência do TCU [...]. Entidades: Banco Central do Brasil; Secretaria de Orçamento Federal – MP; Secretaria do Tesouro Nacional. Relator: Min. Bruno Dantas, 7 de dezembro de 2022c. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-2494717/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 2 jul. 2024.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 8. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 37. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2023. E-book.

CONRADO, Paulo Cesar. IBS, cálculo de relações e desdobramentos processuais. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 24 dez. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-24/ibs-cálculo-de-relações-e-desdobramentos-processuais/>. Acesso em: 2 jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA (Brasil). *Convênio ICMS nº 133, de 12 de dezembro de 1997*. Aprova o Regimento do Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz. [Rio de Janeiro]: Confaz, [2021]. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1997/CV133_97. Acesso em: 2 jul. 2024.

CONTI, José Mauricio; MASCARENHAS, Caio Gama. Repactuação do federalismo brasileiro e reforma fiscal. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul*, Campo Grande, n. 19, p. 113-128, dez. 2023. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2023/12/Revista-PGE-19-Conti-e-Caio.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

COSTA, Alcides Jorge. Imposto de vendas e consignações: análise dos sistemas de arrecadação. *Revista de Administração de Empresas*: RAE, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 53-72, mar. 1963. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-75901963000100005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/6rz43MJ7tcRrBFHwWg8SBH>?lang=pt. Acesso em: 2 jul. 2024.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo: curso moderno de graduação*. 6. ed. de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 35. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Lições de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

GT IBS Operacional - Proposta COMSEFAZ: O Conselho Federativo do IBS. [S. l.: s. n.], 30 out. 2020. 1 vídeo (124 min). Publicado pelo canal Centro de Cidadania Fiscal – CCiF. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=MFoXkFdQ_G8. Acesso em: 2 jul. 2024.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Agro, comércio e serviço podem pagar a conta da indústria na reforma tributária. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 23 ago. 2023. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-23/ives-gandra-agro-comercio-servico-pagarao-conta-industria/>. Acesso em: 2 jul. 2024.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Colaboração de Délcio Balesteri Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 41. ed. atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 109/2021 e a Lei 14.133/2021 (Lei de licitações e contratos administrativos). Salvador: JusPODIVM; São Paulo: Malheiros, 2021.

NASCIMENTO, Mário Oli do. O Conselho Federativo do IBS é um estranho no ninho da federação. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 15 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-15/mario-oli-conselho-federativo-ibs-estranho-ninho2/>. Acesso em: 2 jul. 2024.

PIANCASTELLI, Marcelo; PEROBELLINI, Fernando. ICMS: evolução recente e guerra fiscal. Ipea: texto para discussão, Brasília, DF, n. 402, p. 1-53, fev. 1996. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1789>. Acesso em: 2 jul. 2024.

PISCITELLI, Tathiane. *Direito financeiro*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2023. E-book.

ROCHA, Melina. Por que é preciso uma arrecadação compartilhada para o IBS? *Consultor Jurídico*, [s. l.], 4 out. 2023. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-04/melina-rocha-arrecadacao-compartilhada-ibs/>. Acesso em: 2 jul. 2024.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; MACHADO, Nelson (coord.). *Imposto sobre bens e serviços*: Centro de Cidadania Fiscal: estatuto, notas técnicas e visão 2023 anexo: textos: relatório da PEC 45 da Comissão Mista, PEC Brasil Solidário, PEC 110 e a Emenda Aglutinativa de Plenário da PEC 45. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2023. Disponível em: https://ccif.com.br/wp-content/uploads/2023/08/Imposto-Sobre-Bens-e-Servicos_CCI_F_2023_2ed.pdf. Acesso em: 2 jul. 2024.

SCAFF, Fernando Facury. Aspectos financeiros da reforma tributária aprovada na Câmara. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 18 jul. 2023a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-18/contas-vista-aspectos-financeiros-reforma-tributaria-aprovada-camara/>. Acesso em: 2 jul. 2024.

_____. Conselho federativo (PEC 45-A), conselho da federação e a girafa sem pescoço. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 26 set. 2023b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-26/contas-vista-conselho-federativo-pec-45-conselho-federacao-girafa-pescoco2/>. Acesso em: 2 jul. 2024.

SENADORES e especialistas divergem sobre criação de conselho na reforma tributária. *Agência Senado*, Brasília, DF, 13 set. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/09/13/senadores-e-especialistas-divergem-sobre-criacao-de-conselho-na-reforma-tributaria>. Acesso em: 2 jul. 2024.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. de acordo com a Emenda Constitucional 52 de 8.3.2006 (DOU de 9.3.2006). São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*: (promulgada em 05.10.1988). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VARSANO, Ricardo. A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde. *Planejamento e Políticas Públcas*, Brasília, DF, n. 15, p. 3-19, jun. 1997. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/127>. Acesso em: 2 jul. 2024.

YAMAMOTO, Fernanda Bardichia Pilat; FRATINI, Danielle Eugenie Migoto Ferrari. A representatividade e as atribuições do Comitê Gestor no novo modelo do IBS nacional proposto pela reforma tributária. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 93, p. 35-63, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/737>. Acesso em: 2 jul. 2024.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Autor-máquina

Machine-author

Alejandro Knaesel Arrabal¹

Resumo

Neste artigo avaliam-se as condições sob as quais o regime jurídico dos direitos de autor é aplicável (ou não) a máquinas computacionais cujo desempenho é reconhecidamente análogo ao de sujeitos criativos. Baseado na revisão bibliográfica e na análise de discurso, o trabalho compõe-se de duas unidades: a primeira desenvolve o conceito de *antropomorfismo* computacional e a segunda questiona a categoria *autor-máquina*. Aqui, julga-se impróprio conferir a máquinas a qualidade de *autor*; qualquer que seja o estágio evolutivo dos modos de artificialização do pensamento e da criatividade, a autoria não se reduz a habilidade e desempenho autônomo. Sem dúvida, tecnologias de inteligência cognitiva são capazes de produzir resultados surpreendentes, mas a *autoria* é uma condição integrada à liberdade e à autonomia – fundamentos da dignidade humana –, o que não se confunde com a estrita capacidade técnica de produzir bens em razão da estética ou da utilidade.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direito de autor; inteligência artificial; criatividade; desempenho.

Abstract

This article evaluates under which conditions the legal regime of copyright is applicable (or not) to computing machines whose performance is recognized as analogous to that of creative subjects. Based on a bibliographical review and discourse analysis, the work is composed of two units: the first develops the concept of *computational anthropomorphism*, and the second questions the *author-machine* category. In the study, it is considered inappropriate to give machines the status of *author*. Whatever the evolutionary stage of the modes of artificialization of thought and creativity, authorship cannot be reduced to a question of skill and autonomous performance. There is no doubt that cognitive intelligence technologies are capable of producing different results, but *authorship* is a

¹ Alejandro Knaesel Arrabal é doutor em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil; professor titular e pesquisador dos programas de pós-graduação em Direito e em Administração da Fundação Universidade Regional de Blumenau (Furb), Blumenau, SC, Brasil; professor de Direito da Furb, Blumenau, SC, Brasil. E-mail: arrabal@furb.br

condition integrated with freedom and autonomy, taken as foundations of human dignity, which should not be confused with the strict technical capacity to produce goods in reason of aesthetics or utility.

Keywords: fundamental rights; copyright; artificial intelligence; creativity; performance.

Recebido em 8/3/24

Aprovado em 10/5/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p101

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

Na metade do século XX, Alan Turing propôs uma pergunta concisa que ainda hoje tem viés provocador: “as máquinas podem pensar?” (Turing, 1950). O pensamento, e tudo que ele representa como dimensão intelectual associada à criatividade e à liberdade, é uma categoria intrinsecamente humana; não que outros animais não sejam capazes de ir além dos seus instintos, mas o pensamento articulado é o próprio fundamento da história humana.

Considera-se que o pensamento é uma espécie de substrato das ideias que precede a ação do homem sobre o mundo material. Como elemento tanto da técnica quanto da arte, tudo o que foi criado pela humanidade e integra o plano da cultura foi antes idealizado. Mesmo com as críticas formuladas pelo existencialismo⁴ e pela virada linguística⁵ sobre o caráter pretérito e superior do pensamento, o modelo cartesiano que condiciona a existência ao

² ARRABAL, Alejandro Knaesel. Autor-máquina. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 243, p. 101-122, jul./set. 2024. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p101. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/243/ril_v61_n243_p101

³ Arrabal, A. K. (2024). Autor-máquina. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(243), 101-122. https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p101

⁴ Sartre (2014), um dos principais representantes do existencialismo, afirma que a existência precede a essência, de modo que o homem se encontra no mundo, antes de se reconhecer e definir como humano.

⁵ “Giro linguístico’ [ou virada linguística] é uma expressão que esteve em moda nos anos 1970 e 1980 para designar certa mudança que ocorreu na filosofia e em várias ciências humanas e sociais, e que as estimulou a dar atenção maior ao papel desempenhado pela linguagem [...]. Segundo Martin Heidegger, somos vítimas de uma traiçoeira ilusão egocêntrica quando acreditamos ser donos de nossos discursos [...]. Na verdade, é a própria linguagem que manda em nós, causando, modelando, constrangendo e provocando nosso discurso” (Ibáñez Gracia, 2005, p. 19, 36).

ato de pensar⁶ atravessou séculos e continua influenciando o modo como a humanidade percebe a si mesma.

Contudo, o monopólio humano sobre o pensamento parece ter sido abalado pelo advento de máquinas “criativas”. Segundo Barbosa (2022, p. 26), “há quem defenda que, em mais alguns anos, os algoritmos (antropomorfizados em expressões como robôs) serão capazes de ultrapassar a técnica de figuras como Di Cavalcante, Silvio Pinto ou Cândido Portinari”. Faculdades mentais foram supostamente artificializadas e, com isso, alienadas do seu pressuposto domínio originário. Máquinas de tratamento automático de informação – herdeiras dos conceitos algorítmicos de Ada Lovelace (1815-1852)⁷, da máquina de Turing⁸ e de inúmeras criações computacionais sucedâneas – são aptas a oferecer respostas “não programadas”.

O conceito de *programa* sinaliza condicionamento e previsibilidade. Máquinas são programadas para oferecer respostas, sob condições previamente definidas, em volume, celeridade e precisão superiores ao que os seres humanos são capazes de prover. Contudo, em razão da crescente capacidade de processamento de dados dos computadores, a sofisticação algorítmica possibilita conceber programas para “criar” outros programas e também condicionar as máquinas (embora ainda sujeitas a rígidas instruções) a reorientarem ou a produzirem novas rotinas de código.

Considerando esse cenário, este estudo procura observar sob que condições o regime jurídico dos direitos de autor se aplica ao contexto das máquinas, cujo desempenho criativo é reconhecidamente análogo ao dos seres humanos. Emprega-se aqui o termo *máquina* de modo similar ao proposto por Käde (2021, p. 33), que o contrasta com a categoria *humano*. Fundado na revisão bibliográfica e na análise de discurso (Iñiguez, 2005), o trabalho estrutura-se em duas unidades. A primeira desenvolve o conceito de *antropomorfismo computacional*, pois o discurso especializado sugere que estruturas algorítmicas operam de forma semelhante ao pensamento. Baseada em elementos da primeira unidade, a segunda põe em questão a categoria *autor-máquina*, confrontando-a com os pressupostos do regime autoralista, sobretudo com os da qualidade de direito fundamental.

⁶ “Foi Descartes quem, pela primeira vez, elaborou um sistema filosófico em que a construção do conhecimento fundamenta-se em uma metafísica do sujeito. Como consequência desta proposição, o destino dos homens deixa de ser visto como determinado por uma ordem cósmica, ou pelos desígnios dos deuses gregos, ou pela onipotência do Deus cristão, mas, sim, construído por cada indivíduo no exercício de sua liberdade” (Ribeiro, 1995, p. 62-63).

⁷ Em razão de um sofisticado diagrama que descrevia “os processos complexos de geração de números de Bernoulli [...], Ada Lovelace recebeu de seus fãs a honra de ser chamada de ‘a primeira programadora de computador do mundo’” (Isaacson, 2014, p. 41).

⁸ A máquina de Turing – descrita por Alan Turing (1912-1954) no artigo “On computable numbers, with an application to the Entscheidungsproblem”, de 1936-1937 – “é um dispositivo computacional abstrato simples destinado a ajudar a investigar a extensão e as limitações do que pode ser computado. A ‘máquina automática’ de Turing, como ele a denominou [...], foi projetada especificamente para o cálculo de números reais. Alonzo Church nomeou-a pela primeira vez como ‘máquina de Turing’ numa revisão do artigo de Turing (Church 1937). Ela é hoje considerada um dos modelos fundamentais de computabilidade e ciência da computação” (De Mol, 2018, tradução nossa).

2 Antropomorfismo computacional

O agir humano está estreitamente relacionado às mãos; boa parte da interação com a realidade tem nelas o principal veículo de acesso e instrumento de transformação. As mãos têm sido decisivas para o desenvolvimento da racionalidade, dado seu emprego primitivo também na realização de cálculos. Smole (2019) afirma que, para alguns povos, “o quatro é chamado de *topéa*, que significa dedo indicador”; aliás, a própria palavra *dígito* (do latim *digitus*) significa “dedo”. Assim, por sua mobilidade e eficácia, “a mão do homem é o mais antigo e difundido dos acessórios de contagem e de cálculo para os povos ao longo dos tempos”. Por meio das mãos e do movimento dos braços (*arms*), a *arte* ganhou seu nome e abriu o horizonte para outras categorias etimologicamente afins como *artesão*, *artifício* e *artefato*.

No agir e domínio sobre a existência, o deus cristão assume cariz antropomórfico, revelado sempre que a narrativa bíblica se refere às suas mãos, como em Isaías 64:8 se pode ler: “ó Senhor, tu és nosso Pai; nós o barro e tu o nosso oleiro; e todos nós a obra das tuas mãos” (Bíblia [...], 1977). Mãos e braços atuaram na subsistência e na defesa como *armas* originárias; posteriormente, na produção de ferramentas e, a partir destas, chegou-se à criação de máquinas capazes de performar ações iguais ou mais eficientes que as humanas. Para Flusser (2017, p. 36), “as ferramentas imitam a mão e o corpo empiricamente; as máquinas, mecanicamente, e os aparelhos [eletrônicos], neurofisiologicamente”. O gradual domínio da técnica leva à noção de entidades antropomórficas dotadas de certa autonomia operacional.

Imagen 1 – Autômatos de Jaquet-Droz expostos no Museu de Arte e História de Neuchâtel



Fonte: Girardier (2020, p. 197).

Segundo Pazos (2002, p. 3), na Antiguidade “sacerdotes egípcios construíram os primeiros braços mecânicos, os quais eram colocados em estátuas de deuses [...]. Na civilização grega, vários séculos depois, existiam estátuas operadas hidraulicamente”. Tanto no Ocidente quanto no Oriente, a ideia de máquinas e autômatos capazes de agir e pensar como humanos evidencia-se em diversas alegorias, como no mito grego de Talos, um autômato gigante criado por Hefesto (Pereira; Bragança; Castro; Botelho, 2022); ou na lenda taoísta pré-cristã sobre máquinas humanoides produzidas pelo artífice Yan Shi e apresentadas ao rei Mu de Zhou (Elliott, 2019). Criações semelhantes aos autômatos do relojoeiro Pierre Jaquet-Droz (Magrini, 2017, p. 25) encantaram a Europa iluminista, aproximando as máquinas automáticas do universo artístico.

Todavia, o conceito de *automação* encontrou na indústria o seu lugar primordial, tanto no sentido técnico quanto no ideológico. A racionalização do trabalho firmada no controle analítico do tempo foi possível com o relógio mecânico⁹; também as máquinas como o tear de Joseph-Marie Jacquard (1801 [...], [2022]) foram decisivas no modelo de desempenho industrial. Sob influência da automação mecânica, gradualmente incrementada com engenhos elétricos, a cultura do século XX desenvolveu inúmeras narrativas e denominações relativas a autômatos antropomórficos¹⁰.

Na segunda metade do século XX, a emergência da microeletrônica estabeleceu as condições necessárias para o salto posterior da instrumentalização digital. No percurso dos últimos dois séculos, as dimensões mecânica, elétrica e digital integraram-se, nutritas por saberes de outras epistemes numa perspectiva transdisciplinar com a biologia e a neurociência. A par dos robôs fisicamente engendrados, máquinas antropomórficas autônomas assumem, no contexto da cibercultura¹¹, versões estritamente algorítmicas que procuram replicar (e aperfeiçoar) os atributos exógenos da corporeidade humana, somados ao simulacro das qualidades cognitivas que, em sentido amplo, foram chamadas de *inteligência artificial* (IA).

⁹ “A parametrização ‘artificial’ do tempo representa um dos fatores constitutivos da diferença entre a vida medieval, eminentemente agrária e pastoril, e o cotidiano das cidades. Na vida campesina, o tempo é determinado pela natureza. Nas cidades, o tempo se torna objeto de controle humano. Ao possibilitar a mensuração do tempo, o relógio mecânico é um artefato que evidenciou o domínio do homem sobre a natureza e sobre a própria existência. Um objeto cuja força simbólica se revela na tangibilidade do tempo e na subordinação deste à repetitividade mecanicista. O homem cria a máquina, a máquina controla o tempo e o tempo controla o homem” (Arrabal, 2017, p. 121).

¹⁰ Consta que o termo *robô* surgiu em 1920 com a peça teatral *R.U.R – Rossumovi univerzální roboti* (“os robôs universais de Rossum”), do escritor e dramaturgo tcheco Karel Čapek (1890-1938) (Čapek, 2021). A palavra *ciborgue* nasceu nos anos 1950 junto a outros neologismos inspirados na cibernetica de Norbert Wiener (1894-1964) (Wiener, 2017). Na década de 1960, o escritor norte-americano Philip K. Dick (1928-1982) cunhou *androide* na obra *Androïdes sonham com ovelhas elétricas*? (Dick, 2019). Essas e outras narrativas colocam as máquinas (e seu caráter subalterno) em conflito com a humanidade – uma evidente analogia da espoliação humana. É esse o sentido do emprego por Čapek da palavra *robota*, que em tcheco significa “trabalho árduo”.

¹¹ Para Lévy (1999, p. 17), *cibercultura* compreende “o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberspaço”, sendo esse “o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo”.

Contribui para o imaginário sobre a IA uma concepção de humano vinculada ao cérebro. Até o século XVII, o corpo e a alma mantinham relação de interdependência na caracterização do sujeito, de modo que não se concebia “uma pessoa sem o corpo inteiro, nem a identidade pessoal sem identidade corporal” (Vidal, 2012, p. 178). Essa leitura foi paulatinamente substituída pela noção de que o corpo “pertence” ao sujeito – que, por sua vez, é constituído de consciência e memória. Por isso,

não diremos mais que somos um corpo, mas que temos um corpo [...]. A identidade pessoal torna-se assim psicológica e independente da identidade corporal. Mas a desencarnação não é total. Na medida em que a pessoa depende da memória e da consciência, o cérebro é a única parte do corpo de que ela necessita para ser ela mesma (Vidal, 2012, p. 179).

O cérebro tornou-se, desse modo, o centro da atenção de diversas disciplinas voltadas a compreender aspectos comportamentais da condição humana, e alçou-se à condição de paradigma (ainda que metafórico) no campo do desenvolvimento de sistemas computacionais. Assim, a expressão *inteligência artificial* consolidou-se como representação do desempenho técnico das máquinas que, entre outros aspectos, transpõe a “verdade” do *cogito* científica para as tecnologias de tratamento de dados. Sadin (2020) considera que a humanidade vivencia uma singular “era antropomórfica da técnica”, marcada por três características:

Em primeiro lugar, é um antropomorfismo aumentado, extremo ou radical, que certamente procura modelar-se nas nossas capacidades cognitivas, mas apresentando-as como alavancas para desenvolver mecanismos que, inspirados nos nossos esquemas cerebrais, estão destinados a ser mais rápidos, mais eficazes e mais confiáveis do que os que nos constituem (ao mesmo tempo em que são tendencialmente inalteráveis). Portanto, é um antropomorfismo parcial: não se destina a abranger a totalidade das nossas faculdades cognitivas e a lidar, como a nossa mente, com um número infinito de assuntos, mas apenas se destina, no estado atual das coisas, a garantir tarefas específicas. Por fim, trata-se de um antropomorfismo empreendedor, que não se contenta em estar munido apenas de disposições interpretativas, mas é considerado como um poder capaz de empreender ações de forma automatizada e com base em conclusões delimitadas. Esta tripla evolução antropomórfica da tecnologia pretende ser explorada, precisamente, para conduzir, em longo prazo, a uma gestão isenta de erros de quase todos os setores da sociedade (Sadin, 2020, p. 19-20, tradução nossa).

Computadores são máquinas de tratamento automático de informações cuja operabilidade se tem confrontado com as competências humanas, embora ela não seja estritamente análoga à cerebral quanto ao desempenho de tarefas tipicamente cognitivas. Colocar à

prova o potencial dos computadores por meio de combates frente aos humanos tornou-se uma prática comum na história da computação eletrônica.

Desafiado em 1996 e 1997 a competir com o Deep Blue, um computador desenvolvido pela IBM, o soviético Garry Kasparov – considerado um dos maiores enxadristas de todos os tempos – perdeu na segunda oportunidade em que jogou contra a máquina (Kasparov; Greengard, 2017). Por sua vez, o computador Watson da IBM, máquina capaz de interagir por meio de linguagem natural, em 2011 competiu no *Jeopardy!*, um programa de perguntas e respostas da TV norte-americana (Gliozzo; Ackerson; Bhattacharya; Goering; Jumba; Kim; Krishnamurthy; Lam; Littera; McIntosh; Murthy; Ribas, 2017). Desenvolvedora do software de IA AlphaGo, em 2016 a empresa DeepMind desafiou o sul-coreano Lee Sedol, um dos melhores jogadores de Go à época (AlphaGo [...], 2017). Em 2019, novamente a IBM colocou frente a frente um ser humano e uma máquina, dessa vez para testemunhar quem formularia o melhor discurso. Harish Natarajan, recordista de competições desse gênero, enfrentou o IBM Project Debater, uma IA capaz de formular argumentos para temas complexos (Slonim *et al.*, 2021).

É notável que em todos esses casos a ênfase esteja na avaliação do desempenho, com o fim de qualificar a eficácia das máquinas. Esses eventos contribuíram para a produção de discursos e narrativas que conferem às máquinas uma ontologia supostamente análoga e superior à condição humana. Observa-se, pois, que ao lado da palavra *inteligência*, expressões de caráter antropomórfico foram apropriadas pelo discurso computacional – caso de *redes neurais*¹² e *aprendizado de máquina*¹³.

3 Autoria e performance

Do ponto de vista estritamente operacional, tecnologias de inteligência cognitiva são capazes de produzir resultados de caráter literário, artístico, científico e técnico. Exemplo disso é Ai-Da, o primeiro robô artista do mundo, dotado de câmeras nos olhos, braços robóticos e algoritmos de IA; criado em fevereiro de 2019, ele é capaz de escrever e recitar poemas, produzir pinturas e desenhos (Ai-Da [...], c2019).

¹² “As redes neurais, também conhecidas como *redes neurais artificiais* (ANNs) ou *redes neurais simuladas* (SNNs), são um subconjunto de *machine learning* e estão no cerne dos algoritmos de *deep learning*. Seu nome e estrutura são inspirados no cérebro humano, imitando a maneira como os neurônios biológicos enviam sinais uns para os outros” (O que [...], [2024b]).

¹³ “*Machine learning* é uma área da inteligência artificial (IA) e da ciência da computação que se concentra no uso de dados e algoritmos para imitar a maneira como os humanos aprendem e melhorar gradualmente sua precisão. A IBM tem um amplo histórico de *machine learning*. Um de seus funcionários, Arthur Samuel, é considerado o criador do termo ‘*machine learning*’ com sua pesquisa [*Some studies in machine learning using the game of checkers* (Samuel, 1959)] sobre o jogo de damas” (O que [...], [2024a]).

Imagen 2 – Ai-Da ao lado de uma de suas obras



Fonte: Ai-Da [...] (c2019).

No mesmo ano, com o suporte do professor e jurista norte-americano Ryan Abbott e de outros profissionais que integram a equipe The artificial inventor Project¹⁴ (Abbott, c2023), Stephen L. Thaler reivindicou ao Instituto Europeu de Patentes uma invenção – o *Food container and devices and methods for attracting enhanced attention* (European Patent Office, 2021) –, cuja autoria seria um sistema neural denominado *Dabus*. Abbott (2019, tradução nossa) afirma que a invenção foi gerada “por uma inteligência artificial (IA) de forma autônoma, em circunstâncias nas quais se acredita não haver pessoa física, segundo a definição clássica, que possa ser considerada a inventora”.

No Brasil, o processo de pedido da patente desse invento tramitou sob o número BR1120210089314, encaminhado, sob o regime do *Tratado de cooperação em matéria de patentes* (PCT), ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (Inpi). No despacho de fevereiro de 2022 proferido pelo Inpi, a qualificação autoral de *Dabus* (da IA como inventora) foi posta em questão para esclarecimentos:

O presente pedido possui como único inventor “DABUS” com o seguinte complemento: “The invention was autonomously generated by an artificial intelligence”, informação

¹⁴ “O Projeto Inventor Artificial inclui uma série de casos de teste legais *pro bono* que buscam direitos de propriedade intelectual para resultados gerados por IA na ausência de um inventor ou autor humano tradicional. Destina-se a promover o diálogo sobre o impacto social, econômico e jurídico das tecnologias de ponta, como a IA, e a gerar orientações para as partes interessadas sobre a proteção dos resultados gerados pela IA” (Abbott, c2023, tradução nossa).

que consta da publicação internacional WO 2020/079499. Tendo em vista o disposto no Art. 6º da LPI, infere-se que o inventor de um pedido de patente deve ser capaz de ser sujeito de direitos, possuindo personalidade jurídica. Esclareça e justifique a nomeação da inteligência artificial “DABUS” como único inventor do pedido de patente frente às disposições da LPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial, 2022a, p. 168).

Em resposta à exigência, o depositante afirmou que o art. 6º da Lei nº 9.279/1996 (*Lei de propriedade industrial (LPI)*) não pressupõe a personalidade jurídica do “inventor”, sustentando sua legitimidade para a reivindicação da patente, pois os parágrafos do mesmo artigo estabelecem hipóteses de titularidade diversas da autoral. Aduziu que a única implicação de nomear um inventor “não humano” seria a impossibilidade de reconhecimento de direitos morais ao algoritmo. O Inpi determinou a retirada do pedido da fase nacional, conforme o parecer da Procuradoria Federal Especializada (PFE-Inpi), em decorrência da “impossibilidade de indicação ou de nomeação de inteligência artificial como inventora em um pedido de patente apresentado no Brasil” (Instituto Nacional da Propriedade Industrial, 2022b). Diante desse entendimento, Thaler ingressou com um recurso administrativo em 16/11/2022, reiterando suas alegações; contudo, em setembro de 2023 o Inpi negou provimento e manteve a decisão recorrida que retirou o pedido da fase nacional de processamento (Instituto Nacional da Propriedade Industrial, 2023).

Em relação ao caso, independentemente das razões apontadas pelo requerente, pode-se cogitar de que um pleito judicial de nulidade daquele ato administrativo (cuja possibilidade se apresenta até o término do prazo prescricional) inauguraría no Brasil um contencioso sobre o tema; isso já ocorre em outras jurisdições onde foram pleiteados pedidos de patentes relacionados ao *Dabus*, mas recusados por questões de admissibilidade ou de mérito. Caso ocorra o contencioso, serão muito prováveis os pedidos de intervenção de terceiros como *amicus curiae* em decorrência do interesse público primário que o tema evoca. E a importância da condição de autor – ou mais amplamente “originador”, para fins de atribuição meritória, exclusividade de uso e destinação de resultados econômicos – emerge dos estamentos humanistas contemporâneos.

A *Declaração universal dos direitos humanos*, de 1948, reconhece a todas as pessoas o “direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam”, assim como atribui a todos o “direito à [proteção] dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria” (Nações Unidas, [1948], art. 27). Wachowicz (2021) observa que a *Convenção de Berna*, de 1971, recepcionada pelo Decreto nº 75.699/1975 (Brasil, 1975), “sempre aponta para a figura física da pessoa do autor, ou dos autores quando se trata de obra em coautoria”.

No plano dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) estabelece para o autor o direito exclusivo de utilização, publicação

ou reprodução de suas obras¹⁵, assim como o privilégio de uso e proteção dos inventos de indústria¹⁶. No âmbito da Lei nº 9.610/1998 (*Lei dos direitos autorais*), a obra literária, artística e científica é caracterizada como expressão do espírito¹⁷, sendo o autor pessoa física¹⁸. Similarmente, o invento com o fim de resolver um problema técnico pressupõe atividade ou ato inventivo¹⁹. Nesse cenário, parece indubitável o caráter antropocêntrico da categoria *autor*. No entanto, a consideração de direitos de autor relativos a sistemas computacionais, genericamente referidos como *inteligentes*, exige observações além do plano analítico-regulatório.

A modernidade fortaleceu o paralelo entre o ser humano e o mundo, ressoando claramente a matriz sujeito-objeto cultivada pela tradição científica. Assim como a verdade sobre os fenômenos naturais foi desvelada pela razão, a criatividade foi reconhecida como atributo humano. O sujeito racional e criativo do mundo moderno é o homem, ao passo que o objeto comprehende tudo que o homem é capaz de controlar e produzir com os recursos de que dispõe. Jonas (2006) adverte sobre o desafio contemporâneo em face do imenso horizonte de possibilidades que o desenvolvimento tecnológico provê. Observa o filósofo: “o Prometeu definitivamente desacorrentado, ao qual a ciência confere forças antes inimagináveis e a economia o impulso infatigável, clama por uma ética que, por meio de freios voluntários, impeça o poder dos homens de se transformar em uma desgraça para eles mesmos” (Jonas, 2006, p. 21).

Por ocasião da IX Jornada de Direito Civil realizada em maio de 2022, foi aprovado o Enunciado 670 do Conselho da Justiça Federal (2022, p. 41). Ele confirma o entendimento de que “independentemente do grau de autonomia de um sistema de inteligência artificial, a condição de autor é restrita a seres humanos”. Como justificativa, apresentaram-se estas considerações:

A recente decisão do *Copyright Office* Norte-Americano em Fev/2022 em afirmar que a autoria humana é requisito essencial para a proteção autoral apenas ressoa entendimentos doutrinários e até mesmo debates que já vêm ocorrendo em Tribunais, como é o caso da disputa *Feilin v. Baidu* na China. [...] atribuir autoria a um sistema de IA (i) não o incentiva a continuar criando, (ii) vai de encontro com o texto legal vigente, (iii) e contraria toda a estrutura teórica, filosófica e normativa sobre as quais foram

¹⁵ “Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” (Brasil, [2023], art. 5º, XXVII).

¹⁶ “A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (Brasil, [2023], art. 5º, XXIX).

¹⁷ “São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro” (Brasil, [2019], art. 7º).

¹⁸ “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” (Brasil, [2019], art. 11).

¹⁹ “Art. 13. A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica. Art. 14. O modelo de utilidade é dotado de ato inventivo sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica” (Brasil, [2024b]).

erguidas regras amplas e compreensivas destinadas a proteger o criador humano e sua obra original (Conselho da Justiça Federal, 2022, p. 41).

Essa decisão do Copyright Office diz respeito à manifestação do seu Conselho de Revisão, o qual reiterou o entendimento proferido em 2019 que negou o registro de uma obra de arte bidimensional intitulada *A recent entrance to paradise* para um algoritmo computacional, o Creativity Machine (United States, 2022). Sobre o caso *Feilin v. Baidu*, Lee (2021, p. 211, tradução nossa) explica que em 2019

duas decisões judiciais na China sobre a questão da propriedade de direitos autorais de criações de IA receberam atenção internacional. Foi relatado que em *Feilin v. Baidu*, conhecido como o primeiro caso de IA, o Tribunal da Internet de Pequim negou os direitos autorais das criações de IA, enquanto o Tribunal Popular do Distrito de Shenzhen Nanshan reconheceu os direitos autorais das criações de IA no caso *Tencent Dreamwriter*. Os dois casos, no entanto, foram bastante semelhantes, pois reconheciam os direitos autorais de obras escritas assistidas por IA, não geradas por IA, e reconheciam essas obras como obra de uma entidade legal. A diferença entre os dois julgamentos é que o Tribunal da Internet de Pequim considerou a originalidade como um requisito independente e a julgou de acordo com o padrão objetivo, enquanto o Tribunal Popular do Distrito de Shenzhen Nanshan considerou a criação humana como parte do requisito de originalidade.

O caráter germinal e transformador do mundo foi por muito tempo reconhecido à natureza e às divindades, e não aos humanos. Huxley (1992, p. 41) afirma que “a ideia de o homem estar apartado da natureza é na verdade bastante recente. O homem primitivo jamais teve essa ideia; ele sempre se considerou parte da natureza, íntima e fundamentalmente ligado e inserido nela”. Contudo, “o advento da Era Moderna marca a ascensão do homem como ser dotado de razão”, autônoma e desvinculada “do que antes era atribuído ao Divino” (Malcher; Deluchey, 2018, p. 2.107). Os motivos de a humanidade instituir para si mesma a condição de “sujeito de direitos”²⁰ são próprios da racionalidade moderna e da conformação das estruturas políticas que procuram garantir liberdades individuais, coibindo a dominação desmedida e arbitrária do homem e suas instituições sobre o próprio homem. Para isso, urdiu-se um discurso fundado na ordem natural a reconhecer a liberdade e a propriedade como aspectos inerentes à condição humana. Esse discurso sedimentou a

²⁰ “É a tradição racionalista que atribui ao sujeito o papel central como fundamento do conhecimento. O sujeito cartesiano é o sujeito do conhecimento, que pensa, duvida e existe: o ‘eu’ consciente de si. A partir do cogito, a existência do homem foi condicionada à capacidade de pensar. Essa é a ideia contida nos axiomas: ‘penso, logo existo’. E: ‘se deixasse de pensar, deixaria totalmente de existir’. A concepção de sujeito de direito advém de todo esse processo filosófico que caracteriza o surgimento do sujeito moderno. As teorias, os escritos, os estudos que marcam os caminhos desse homem que usa a razão para descobrir, construir, formular e discutir a formação do mundo, são indispensáveis à elaboração de tal conceito” (Malcher; Deluchey, 2018, p. 2.107).

autoria como fenômeno tipicamente humano, um ato-fato jurídico, que dispensa a capacidade civil formal, como no caso das obras realizadas por crianças ou incapazes²¹.

Embora seja componente fundamental para as trocas materiais e simbólicas operadas na ordem civil – e determinante na caracterização de inúmeros tipos penais, como é o caso da violação de direito autoral (Brasil, [2024a], art. 184) cujo “elemento subjetivo do tipo é constituído pelo dolo” (Bitencourt, 2019, p. 941) –, a vontade é irrelevante *a priori* para conferir efeitos jurídicos em relação ao agir humano manifesto como obra, expressão existencial (ou do espírito como estabelece a lei brasileira) de ordem literária, artística e científica. Reconhecer o agir humano como “expressão” do discernimento e dos afetos sobre a existência é uma convenção que tem valor em si, ancorada na dignidade existencial.

A despeito do desempenho virtualmente humano de certos artefatos tecnológicos, o reconhecimento da qualidade de autor para uma IA é uma hipótese cuja emergência se deve, em certa medida, à construção de um imaginário discursivo. O aspecto “antropomórfico” das máquinas por vezes figura como elemento de uma “retórica publicitária profetizante” (Charaudeau, 2010). O emprego da palavra *inteligência* para qualificar máquinas de tratamento de informação provoca não só certa “angústia humanística” como também empresta uma “aura” de credibilidade ao desempenho eficiente das máquinas; para o mercado tecnológico, essa “dupla” semântica é desejável, pois atua como poderoso expediente persuasivo.

A IA invade os espaços da comunicação como ferramenta para a própria atividade publicitária, para o marketing e veiculação de notícias, assim como ela mesma é objeto de um constructo cultural da comunicação de massa dirigido ao *empowerment* tecnológico. Anunciada com base em afirmações que lhe conferem caráter espetacular, a IA “chega à ocupação total da vida” em sociedade (Debord, 2017, p. 32).

Em outubro de 2017, Sophia – uma robô humanoide produzida pela Hanson Robotics (Sophia, c2023) – foi declarada “cidadã”²² da Arábia Saudita num evento para investidores em tecnologia (Future [...], c2024). A notícia sobre a “cidadã robô” repercutiu muito na época, como indica o elevado número (Gráfico) de buscas na plataforma Google contendo as palavras *sophia* e *robot*, realizadas poucos dias após o evento. Porém, a condecoração representou apenas um gesto simbólico do governo saudita, sem qualquer implicação além do “lançamento do projeto NEOM²³, um plano de investimentos de 500 bilhões para a criação de uma ‘cidade do futuro’” (Arábia [...], 2017). De fato, “o anúncio da cidadania saudita de Sophia, em 25 de outubro de 2017, foi uma cuidadosa peça de marketing para posicionar a

²¹ “O reconhecimento da atividade criativa como fundamento de apropriação originária do objeto criado [...] é fruto de uma perspectiva de proteção à dignidade existencial emancipadora. Em outras palavras, trata-se da reafirmação da liberdade a partir da consagração da autonomia do sujeito. [...] Dignidade implica a subsistência e realização existenciais a partir do exercício livre das faculdades humanas. A dignidade é perfectibilizada sob o pressuposto da igualdade que nutre a vida social” (Arrabal; Falcão; Arrabal, 2021, p. 12-13).

²² A flexão de gênero deve-se à caracterização feminina atribuída ao robô. Os traços antropomórficos da face foram inspirados na atriz Audrey Hepburn (Arábia [...], 2017).

²³ Consta no site do projeto que “NEOM é a cidade do futuro, com a ambição de redefinir a qualidade de vida, os negócios e a conservação no seu âmago” (What [...], c2024, tradução nossa).

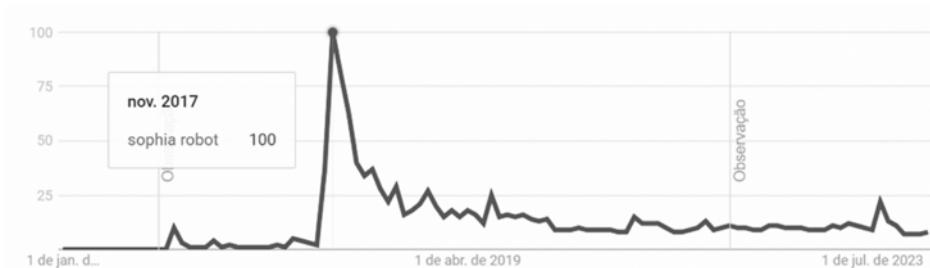
Arábia Saudita como um grande inovador mundial em tecnologia e computação” (Should [...], c2024, tradução nossa).

Imagen 3 – Sophia na primeira edição do evento Future Investment Initiative – FII



Fonte: Cuthbert (2017).

Gráfico – Buscas com as palavras *sophia* e *robot* no Google (em todo o mundo)



Fonte: Google Trends (2024).

A computação²⁴ e suas estruturas discursivas são herdeiras de uma lógica orientada pelo valor da racionalidade instrumental, fato seguido de pretensões econômicas para investimentos em tecnologia da informação. Bugallo (2022, p. 42, tradução nossa) observa que as tecnologias designadas como IA “estão estruturadas sobre bases funcionalistas e apenas para responder aos fins para que foram criadas”. Nesse sentido, inteligência e autonomia são conceitos tratados em termos de desempenho das máquinas e seus resultados²⁵ – eis o aspecto fundamental da questão. Em que pese a sociedade conferir vantagens, direitos e prerrogativas mediante critérios de desempenho, não é esse o determinante da condição de sujeito de direito, em especial do sujeito autor. Não se trata de reconhecimento esteado em habilidades e resultados, mas de um instituto comprometido com a dignidade humana.

Não é a excelência do desempenho promotor de resultados inéditos, novos, belos ou úteis que em regra figuram como condições atributivas para a autoria; trata-se da *ação* humana, qualificada no campo jurídico como *fato* de significação existencial antropológica cujas repercussões de ordem estética, utilitária ou econômica não assumem *a priori* papel constitutivo. Uma obra desprovida de atributos que despertem interesses mercantis não desqualifica a autoria e os efeitos jurídicos dessa condição; do mesmo modo, uma obra realizada por pessoa juridicamente incapaz para os atos da vida civil não deixa de ser aprazível ao olhar estético, utilitário ou econômico, assim como não se ignora a respectiva autoria também²⁶.

Contudo, há muito tempo o trabalho humano é visto pela indústria como mero insumo, de modo que não há obstáculos econômicos para a criação de mercadorias por “não humanos”, quando se reconhece o valor com fundamento tão só em expectativas e dinâmicas de mercado. Em certa medida, o desenvolvimento e o emprego irrefreado de aplicações algorítmicas generativas são favorecidos por essa concepção; roteiristas, atores, dubladores e locutores, por exemplo, têm-se insurgido contra o emprego da IA na

²⁴ “Como as técnicas computacionais estão inevitavelmente se tornando cada vez mais sofisticadas, questões que precisam ser exploradas com especialistas em ciência da computação em uma base ampla são: Sob quais condições um computador pode se desviar do algoritmo fornecido por um ser humano? Sob que condição pode ser possível que um computador possa derivar a relação entre entradas e saídas sem instruções, fornecidas antecipadamente por um ser humano, de como isto deve ser feito?” (Kim, 2020, p. 455, tradução nossa).

²⁵ Oliveira (2019, p. 244-245) observa que, “ao organizar o ambiente de maneira que lhe satisfizesse as necessidades e anseios, o homem se cercou do artificial, ou seja, de um mundo que tende a um objetivo definido, [...] nesse processo de criação de um *mundo humano*, a máquina tornou-se um meio privilegiado para a materialização de imagens que o homem vem construindo de si mesmo, bem como um meio de expressão de suas aspirações. De suporte religioso e mítico à analogia e, depois, modelo do homem, a máquina tem progressivamente se tornado um *modelo para o homem*, servindo de medida a partir da qual são avaliadas as habilidades humanas”.

²⁶ “[Q]uando do ‘ato jurídico de criação’ (da invenção ou da obra), estamos diante de ato-fato jurídico. Quando do ato estatal de atribuição (concessão) de feixes de direitos industriais, está-se diante de ‘ato jurídico administrativo stricto sensu e complexo’ [...]. Já ao se trabalhar a invenção, donde o mero ‘ato de criação da invenção – ato-fato’ não gera *ex ante* as plenas prerrogativas de direito industrial, verifica-se de plano a necessidade do reconhecimento estatal para a atribuição de direitos, derivados da concessão da carta-patente/título (ou do registro da marca, do desenho industrial etc.)” (Arrabal, 2023).

indústria audiovisual, por evidente fragilização do mercado de trabalho e das respectivas profissões²⁷.

A utilidade prepondera nas trocas materiais e simbólicas, de forma que o trabalho como fator de dignidade existencial dificilmente participa do produto final como valor percebido, exceto como elemento ocluso dos processos industriais, e passa a ocupar o mesmo espaço dos demais recursos – sob o domínio de quem é titular dos meios de produção. Observa-se também que, com base nas quais máquinas agem de modo autônomo (física ou “cognitivamente”), as circunstâncias técnicas diferem dos aspectos que nutrem o sentido de autonomia em termos antropológicos. A *autonomia humana* é um conceito relacionado à liberdade como fundamento de aspirações individuais e coletivas que se encontram em permanente diálogo (e confronto) no espaço social. Morin (2011, p. 66) afirma que a

noção de autonomia humana é complexa, já que ela depende de condições culturais e sociais. Para sermos nós mesmos precisamos aprender uma linguagem, uma cultura, um saber, e é preciso que essa própria cultura seja bastante variada para que possamos escolher no estoque das ideias existentes e refletir de maneira autônoma. Portanto, essa autonomia se alimenta de dependência.

Konertz e Schönhof (2020, p. 28) distinguem pensamento (*Denken*) de comportamento (*Verhalten*). Pensar é um processo interno que não pode ser observado a partir do exterior; por sua vez, o comportamento é o processo de uma “entidade encarnada” (*verkörperten Entität*) ligado a uma mudança de estado observável do exterior, sem que a princípio importe a justificação dessa mudança de estado. Diante da *performance* da máquina, apenas o comportamento pode ser concluído; sob essa óptica, humano e máquina podem (até) figurar como entes indistintos²⁸. Entretanto, a condição humana não se reduz à realidade objetiva: a relação humano-máquina/máquina-humano é engendrada e desdobra-se em múltiplos fatores além da estrita objetividade operacional. Benanti (2024) observa que a

complexidade do presente, o fato de estar num contexto hipertecnologizado, o fato do mundo digital e das inteligências artificiais estarem mudando a nossa relação com a palavra, narrada ou escrita, [...] exigem que percorramos uma via que assuma a linguagem e a tecnologia como peculiares fenômenos humanos. Não porque animados por um desejo de entender como eles funcionam. Mas porque, parafraseando

²⁷ “Com a ampliação do uso da IA generativa, a tecnologia vem ameaçando o futuro de Hollywood. A greve dos roteiristas já está batendo de frente com a inteligência artificial para que os profissionais não sejam substituídos (ou até explorados) e alguns atores estão receosos por sua imagem. Os dubladores e locutores se juntaram a essa causa: os artistas de voz temem que a IA seja usada para criar vozes sintéticas, tomando seu lugar na indústria cinematográfica” (Gomez; Lima, 2023).

²⁸ Essa leitura essencialmente mecanicista deixa raízes em Descartes (1986, p. 274-275), para quem não existia “efetivamente, nenhuma diferença entre as máquinas feitas pelos artesãos e os diversos corpos formados exclusivamente pela Natureza”.

Wittgenstein nos seus *Cadernos*, sabemos que, mesmo que todas as possíveis perguntas científicas tivessem tido uma resposta, o verdadeiro problema do nosso ser humano nem sequer estaria sendo tocado.

A condição criativa do ser humano, sua produtividade artística ou técnica, não pode ser colocada à prova apenas sob a perspectiva de qualquer habilidade, inata ou adquirida. Do mesmo modo, o valor do produto artístico ou técnico não se depreende apenas do juízo de quem contempla a obra ou utiliza o invento. Antes de se tornarem objeto de interesse estético ou funcional, essas criações participam do mundo como *expressões humanas*, que procuram atender a *expectativas humanas*, e umas e outras são igualmente plurais e complexas. Essa leitura torna-se precária sobretudo nos espaços cuja demanda por criatividade é regida por ideias produtivistas e onde o desempenho superior das máquinas tende a ser sacramentado em detrimento de qualquer outra expectativa humana relacionada à valorização do trabalho.

Santos (2021) afirma que boa parte da produção cultural moderna resulta da contribuição de múltiplos autores, o que evidencia um *status* de “despersonalização do autor”. Por certo, a concepção romântica que vincula autor e obra em razão de uma suposta projeção da típica personalidade do sujeito não traduz de forma adequada a diversidade e complexidade²⁹ da produção cultural e tecnológica contemporânea. Contudo, não escapa à questão autoral o caráter humano, na medida em que se coloca como garantia de dignidade existencial. A instrumentalização do homem orientada à dominação do próprio homem é fato onipresente na história, assim como também é fato que o homem produz estruturas materiais e simbólicas voltadas a garantir condições de convivência digna. É equívoca, pois, a vinculação do conceito de *autoria* (e, com ela, a atribuição de direitos patrimoniais morais) a critérios estritamente performativos. A disciplina patrimonial sobre os resultados de cariz literário, artístico, científico e técnico obtida mediante “máquinas criativas” prescinde do reconhecimento autoral originário, pois a titularidade conferida a pessoas jurídicas³⁰ em regra pode resguardar interesses patrimoniais dos atores econômicos envolvidos, nos termos da legislação já existente³¹.

A par dessa leitura, também é uma alternativa incluir no ordenamento jurídico disposições específicas na qualidade de direitos conexos. Em sentido amplo, os direitos conexos proporcionam garantias semelhantes às autorais para destinatários que não se qualificam

²⁹ Entende-se aqui *complexidade* não como “dificuldade”, mas como conjunto de elementos ricamente integrados em sua diversidade (Morin, 2011).

³⁰ “A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei” (Brasil, [2019], art. 11, par. único).

³¹ No relatório *Artificial intelligence and civil liability* solicitado pela Comissão de assuntos jurídicos do Parlamento Europeu, Bertolini (2020, p. 42, tradução nossa) considera que “produtores, fornecedores de serviços, implantadores e, em alguns casos, até usuários, já operam de forma corporativa. Portanto, adicionar outra entidade legal fictícia não serviria a nenhum outro propósito legal. Eventualmente, uma empresa poderá possuir e operar diretamente o sistema artificial”.

objetivamente como “autores”. Assim, os “artistas intérpretes ou executantes”, por conferirem materialidade às obras musicais, peças teatrais e congêneres, têm direitos sobre a fixação, a reprodução e a radiodifusão de suas interpretações ou execuções (Brasil, [2019], art. 90-92). Também figura como destinatário de direitos conexos o produtor fonográfico; sua participação nos planos técnico e estético-sonoros da produção musical justificou o reconhecimento do direito exclusivo de autorizar a reprodução, a distribuição, a comunicação pública e o uso dos fonogramas que tenha produzido (Brasil, [2019], art. 93). Entre os destinatários de direitos conexos há também as empresas de radiodifusão, às quais compete o direito exclusivo de “autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, em locais de frequência coletiva, sem prejuízo dos direitos dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação” (Brasil, [2019], art. 95).

Observa-se, pois, que os direitos patrimoniais sobre criações estéticas ou técnicas provenientes de IA poderiam ser conferidos aos respectivos desenvolvedores, pessoas naturais ou corporativas, a título de direitos conexos. Porém, tal posicionamento demanda previsão legislativa, especialmente em virtude do inadequado reconhecimento de direitos morais tanto para a IA quanto para o seu desenvolvedor.

4 Considerações finais

“O que eu sou?”. Essa é a primeira de muitas perguntas feitas por Sonny ao detetive Del Spooner (e a si mesmo) no filme *Eu, robô* (2004), inspirado na obra homônima de Isaac Asimov (1920-1992) publicada em 1950 (Asimov, 2014). Diferente do que se pode esperar de um robô *inteligente*, Sonny não oferece respostas. Ele desconhece as motivações de sua existência e seus questionamentos não dizem respeito a qualquer pretensão técnica voltada para soluções. Ao perguntar “o que é?”, ele coloca sob suspeita a sua própria natureza. Afirma que é capaz de sonhar, mas não sabe o que os seus sonhos significam. Na obra, atribui-se a Sonny uma condição humana, não por ser dotado de características antropomórficas ou habilidades; o cariz humanístico de Sonny não diz respeito a ser uma “máquina que pensa”, mas ao fato de encontrar-se à deriva num mundo que procura entender e no qual aspira encontrar-se.

A condição humana não se abstrai apenas por observação de atributos distintivos ou supostamente superiores aos de outros seres. A humanidade só pode ser compreendida em razão das suas carências. Freire (1989, p. 32) afirma que “o ímpeto de criar nasce da inconclusão do homem”. Ser humano é reconhecer-se inconcluso e condenado a vagar em busca de sentido, em geral sem se dar conta de que o sentido do mundo a que aspira encontrar é produto de sua própria imaginação. A realidade humana é, então, constituída de contradições. Sob esse prisma, as obras literárias, artísticas e científicas são manifestações do “espírito humano”. E não são esses os pressupostos do desenvolvimento das tecnologias de IA.

Sob o pretexto de proporcionar uma existência melhor para a humanidade, a “emulação” cognitiva, articulada na forma de algoritmos não escapa ao ambiente no qual sua parametrização é definida, o que torna a “máquina inteligente” comprometida com ideais produtivistas uma instância de alienação e diferenciação social. Foucault (1999, p. 28-29) observa que a emulação, de início, é “um simples reflexo, furtivo, longínquo; percorre em silêncio os espaços do mundo, mas a distância que ela transpõe não é anulada por sua sutil metáfora; permanece aberta para a visibilidade. E, nesse duelo, as duas figuras afrontadas submetem uma a outra”: o humano apossa-se da máquina e a máquina antropomorfa apossa-se do humano.

A designação *autor* pressupõe reconhecer a condição de incompletude que permite aos humanos observar a própria existência e colocá-la sempre sob suspeita. O desenvolvimento tecnológico no campo da IA não caminha nesse sentido, de modo que o *autor-máquina* figura como produto de uma veleidade antropocêntrica que historicamente submete grande parcela da humanidade a servir a interesses de cuja deliberação não participa.

Referências

- ABBOTT, Ryan. The Artificial Inventor Project. *WIPO Magazine*, [s. l.], Dec. 2019. Disponível em: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/06/article_0002.html. Acesso em: 16 maio 2024.
- _____. *The Artificial Inventor Project*. [S. l.], c2023. Disponível em: <https://artificialinventor.com/>. Acesso em: 16 maio 2024.
- AI-DA: the world's first ultra-realistic humanoid robot artist. [S. l.], c2019. Disponível em: <https://www.ai-darobot.com/>. Acesso em: 16 maio 2024.
- ALPHAGO – The movie. Direção: Greg Kohs. Los Angeles: Moxie Pictures, 2017. 1 vídeo (90 min.). Publicado pelo canal Google DeepMind. Disponível em: <https://youtu.be/WXuK6gekU1Y>. Acesso em: 16 maio 2024.
- ARÁBIA Saudita é primeiro país do mundo a dar cidadania a robô. VEJA, São Paulo, 26 out. 2017. Mundo. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/arabia-saudita-e-primeiro-pais-do-mundo-a-dar-cidadania-a-robo/>. Acesso em: 16 maio 2024.
- ARRABAL, Alejandro Knaesel; FALCÃO, Wanda Helena Mendes Muniz; ARRABAL, Otávio Henrique Baumgarten. Crianças e adolescentes criadores-inventores. *Revista da ABPI*, [s. l.], n. 173, p. 7-16, jul./ago. 2021.
- ARRABAL, Alejandro Knaesel. *Propriedade intelectual, inovação e complexidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- ARRABAL, Otávio Henrique Baumgarten. (Ato-)fato jurídico e criação intelectual. *Migalhas*, [s. l.], 4 maio 2023. Migalhas de Peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/385796/ato-fato-juridico-e-criacao-intelectual>. Acesso em: 16 maio 2024.
- ASIMOV, Isaac. *Eu, robô*. Tradução de Aline Storto Pereira. São Paulo: Aleph, 2014.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Curso de concorrência desleal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- BENANTI, Paolo. Começar pelo que nos torna humanos. A temporada das inteligências artificiais. Tradução de Luisa Rabolini. *Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, RS, 26 jan. 2024. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/636278-comecar-pelo-que-nos-torna-humanos-a-temporada-das-inteligencias-artificiais>. Acesso em: 16 maio 2024.
- BERTOLINI, Andrea. *Artificial intelligence and civil liability: legal affairs*. Brussels: European Union, European Parliament, July 2020. Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/220466>. Acesso em: 16 maio 2024.

BÍBLIA Sagrada. Tradução do Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Ed. ecumênica. Rio de Janeiro: Britannica Publishers, 1977.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 maio 2024.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 maio 2024.

_____. *Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975*. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Brasília, DF: Presidência da República, 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 16 maio 2024.

_____. *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 16 maio 2024.

_____. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 16 maio 2024.

BUGALLO, Roberto Nelson. Inteligencia artificial: una definición engañosa. In: LEZCANO, José María; IUALE, Corina; LICEDA Ernesto (ed.). *Encuentro derecho y tecnología* 2020. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2022. p. 37-43. Disponível em: <https://libros.unlp.edu.ar/index.php/unlp/catalog/book/2131>. Acesso em: 16 maio 2024.

ČAPEK, Karel. *RUR: Robôs Universais de Rossum*. Tradução de Rogério Pietro. Londrina: Madrepérola, 2021.

CHARAUDEAU, Patrick. O discurso propagandista: uma tipologia. Tradução de Emilia Mendes e Judite Ana Aiala de Mello. In: MACHADO, Ida Lucia; MELLO, Renato (org.). *Análises do discurso hoje*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. v. 3, p. 57-77. Disponível em: <https://www.patrick-charaudeau.com/O-discurso-propagandista-uma.html>. Acesso em: 16 maio 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). *IX Jornada Direito Civil: comemoração dos 20 anos da Lei nº 10.406/2002 e da instituição da Jornada de Direito Civil: enunciados aprovados*. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2022. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf>. Acesso em: 16 maio 2024.

CUTHBERT, Olivia. Saudi Arabia becomes first country to grant citizenship to a robot. *Arab News*, London, Oct. 26, 2017. Disponível em: <https://www.arabnews.com/node/1183166/saudi-arabia>. Acesso em: 16 maio 2024.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 2. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2017.

DE MOL, Liesbeth. *Turing machines*. In: THE STANFORD Encyclopedia of Philosophy. Stanford, CA: Stanford University, Sept. 24, 2018. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/turing-machine/>. Acesso em: 16 maio 2024.

DESCARTES, René. *Princípios da filosofia*. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 1986.

DICK, Philip K. *Androides sonham com ovelhas elétricas?* Tradução de Ronaldo Bressane. 3. ed. São Paulo: Aleph, 2019.

ELLIOTT, Anthony. *The culture of AI: everyday life and the digital revolution*. Abingdon: Routledge, 2019.

EU, ROBÔ. Direção: Alex Proyas. Produção: John Davis e Will Smith. Intérpretes: Will Smith; Bridget Moynahan; James Cromwell; Bruce Greenwood; Alan Tudyk e outros. Roteiro: Jeff Vintar e Akiva Goldsman. Música: Marco Beltrami. Los Angeles: Mediastream IV: Davis Entertainment: Laurence Mark Productions: Overbrook Entertainment, 2004. 1 DVD (114 min).

EUROPEAN PATENT OFFICE. WO2020079499 – *Food container and devices and methods for attracting enhanced attention*. [S. l.]: EPO, 8 Oct. 2021. Disponível em: <https://register.epo.org/application?number=EP19789741>. Acesso em: 16 maio 2024.

FLUSSER, Vilém. *O mundo codificado*: por uma filosofia do design e da comunicação. Organização de Rafael Cardoso; tradução de Raquel Abi-Sâmara. São Paulo: Ubu Ed., 2017.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*: uma arqueologia das ciências humanas. Tradução de Salma Tannus Muchail. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Tópicos).

FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. Tradução de Moacir Gadotti e Lílian Lopes Martin. 15. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. (Coleção Educação e Comunicação, v. 2).

FUTURE Investment Initiative Institute. Riyadh: FII Institute, c2024. Disponível em: <https://fii-institute.org/>. Acesso em: 16 maio 2024.

GIRARDIER, Sandrine. *L'entreprise Jaquet-Droz*: entre merveilles de spectacle, mécaniques luxueuses et machines utiles 1758-1811. Suisse: Éditions Alphil-Presses Universitaires Suisses, 2020. Disponível em: <https://www.doi.org/10.33055/ALPHIL.03137>. Acesso em: 16 maio 2024.

GLIOZZO, Alfio; ACKERSON, Chris; BHATTACHARYA, Rajib; GOERING, Addison; JUMBA, Albert; KIM, Seung Yeon; KRISHNAMURTHY, Laksh; LAM, Thanh; LITTERA, Angelo; MCINTOSH, Iain; MURTHY, Srin; RIBAS, Marcel. *Building cognitive applications with IBM Watson services*: volume 1 getting started. North Castle: IBM, June 2017. Disponível em: <https://www.redbooks.ibm.com/redbooks/pdfs/sg248387.pdf>. Acesso em: 16 maio 2024.

GOMEZ, Vitoria Lopes; LIMA, Bruno Ignacio de. Hollywood: dubladores e locutores também temem perder empregos para IA. *Olhar Digital*, [s. l.], 22 jun. 2023. Cinema e Streaming. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2023/06/22/cinema-e-streaming/hollywood-dubladores-e-locutores-tambem-temem-perder-empregos-para-ia/>. Acesso em: 16 maio 2024.

GOOGLE TRENDS. *Sophia robot*. Mountain View, CA: Google, 2024. Disponível em: <https://trends.google.com.br/>. Acesso em: 16 maio 2024.

HUXLEY, Aldous. *A situação humana*. Tradução de Lya Luft. 4. ed. São Paulo: Globo, 1992.

IBÁÑEZ GRACIA, Tomás. O giro linguístico. In: IÑIGUEZ, Lupicínio (coord.). *Manual de análise do discurso em ciências sociais*. Tradução de Vera Lúcia Joscelyne. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

IÑIGUEZ, Lupicínio (coord.). *Manual de análise do discurso em ciências sociais*. Tradução de Vera Lúcia Joscelyne. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. (21) BR 11 2021 008931-4 A2. Código 1.5 – Exigências Diversas. *Revista da Propriedade Industrial*, Rio de Janeiro, n. 2.665, p. 167-168, 1º fev. 2022a. Disponível em: <http://revistas.inpi.gov.br/pdf/Patentes2665.pdf>. Acesso em: 16 maio 2024.

_____. (21) BR 11 2021 008931-4 A2. Código 115 – Recurso conhecido e negado provimento. Mantida a decisão recorrida. *Revista da Propriedade Industrial*, Rio de Janeiro, n. 2.750, p. 31, 19 set. 2023. Disponível em: <http://revistas.inpi.gov.br/pdf/Patentes2750.pdf>. Acesso em: 16 maio 2024.

_____. Procuradoria Federal Especializada. *Parecer nº 00024/2022/CGPI/PFF-INPI/PGF/AGU*. Indicação e nomeação de máquina dotada de inteligência artificial como inventora em pedido de patente. Rio de Janeiro: INPI, PFE, 2022b. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/noticias%202022/inteligencia-artificial-nao-pode-ser-indicada-como-inventora-em-pedido-de-patente/ParecerCGPIPROCsoobreInteligenciaartificial.pdf>. Acesso em: 16 maio 2024.

ISAACSON, Walter. *Os inovadores*: uma biografia da revolução digital. Tradução de Berilo Vargas, Luciano Vieira Machado e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

KÄDE, Lisa. *Kreative Maschinen und Urheberrecht*: die Machine Learning-Werkschöpfungskette vom Training über Modellschutz bis zu Computational Creativity. Baden-Baden: Nomos, 2021. (Datenrecht und neue Technologien, Band 2).

KASPAROV, Garry; GREENGARD, Mig. *Deep thinking*: where machine intelligence ends and human creativity begins. New York: PublicAffairs, 2017.

KIM, Daria. 'AI-Generated Inventions': time to get the record straight? *GRUR International*, [s. l.], v. 69, n. 5, p. 443-456, May 2020. DOI: <https://doi.org/10.1093/grurint/ikaa061>. Disponível em: <https://academic.oup.com/grurint/article/69/5/443/5854752>. Acesso em: 16 maio 2024.

KONERTZ, Roman; SCHÖNHOF, Raoul. *Das technische Phänomen „Künstliche Intelligenz“ im allgemeinen Zivilrecht*: eine kritische Betrachtung im Lichte von Autonomie, Determinismus und Vorhersehbarkeit. Baden-Baden: Nomos, 2020. (Recht der Informationsgesellschaft, Band 47).

LEE, Ju Yoen. Artificial intelligence cases in China: Feilin v. Baidu and Tencent Shenzhen v. Shanghai Yingxin. *China & WTO Review*, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 211-222, Mar. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.14330/cwr.2021.7.1.11>. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/b61c/cb98fd748b7ee654895ee133d5363e4d8556.pdf>. Acesso em: 16 maio 2024.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999. (Coleção TRANS).

MAGRINI, Boris. *Confronting the machine*: an enquiry into the subversive drives of computer-generated art. Berlin: De Gruyter, 2017.

MALCHER, Farah de Sousa; DELUCHEY, Jean-François Yves. A normalização do sujeito de direito. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2.100-2.116, out. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/28008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/X5sZWwWYVbxvHPWG7QXswxC/?lang=pt>. Acesso em: 16 maio 2024.

1801: punched cards control Jacquard Loom. *Computer History Museum*, Mountain View, CA, [2022]. Disponível em: <https://www.computerhistory.org/storageengine/punched-cards-control-jacquard-loom/>. Acesso em: 16 maio 2024.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.]: OHCHR, [1948]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 16 maio 2024.

OLIVEIRA, Juliana Michelli da Silva. *A vida das máquinas*: o imaginário dos autômatos em O método de Edgar Morin. 2019. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.48.2019-101739>. Acesso em: 16 maio 2024.

O QUE é machine learning? [S. l.]: IBM, [2024a]. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/topics/machine-learning>. Acesso em: 16 maio 2024.

O QUE são redes neurais? [S. l.]: IBM, [2024b]. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/topics/neural-networks>. Acesso em: 16 maio 2024.

PAZOS, Fernando. *Automação de sistemas e robótica*. Rio de Janeiro: Axel Books do Brasil, 2002.

PEREIRA, Sandor Banyai; BRAGANÇA, Sebastiana Luiza; CASTRO, Iara Sousa; BOTELHO, Róber Dias. Inteligência artificial: fatores humanos e obstáculos na interação humano-máquina. *Ergodesign & HCI*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 102-117, jul./dez. 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.22570/ergodesignhci.v10i2.1739>. Disponível em: <https://periodicos.puc-rio.br/index.php/revistaergodesign-hci/article/view/1739>. Acesso em: 16 maio 2024.

RIBEIRO, Eduardo Ely Mendes. *Individualismo e verdade em Descartes*: o processo de estruturação do sujeito moderno. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995. (Coleção Filosofia, 29).

SADIN, Éric. *La inteligencia artificial o el desafío del siglo: anatomía de un antihumanismo radical*. Buenos Aires: Caja Negra, 2020.

SAMUEL, Artur L. Some studies in machine learning using the game of checkers. *IBM Journal of Research and Development*, [s. l.], v. 3, n. 3, p. 211-229, July 1959. DOI: <https://doi.org/10.1147/rd.33.0210>. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/5392560>. Acesso em: 16 maio 2024.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Propriedade intelectual e inteligência artificial. In: VAINZOF, Rony; GUERRERO GUTIERREZ, Andriei (coord.). *Inteligência artificial: sociedade, economia e Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 397-416.

SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. Tradução de João Batista Kreuch. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SHOULD robots be citizens? British Council, [s. l.], c2024. Disponível em: <https://www.britishcouncil.org/anyone-anywhere/explore/digital-identities/robots-citizens>. Acesso em: 16 maio 2024.

SLONIM, Noam et al. An autonomous debating system. *Nature*, [s. l.], v. 591, n. 7850, p. 379-385, Mar. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1038/s41586-021-03215-w>.

SMOLE, Katia Stocco. A mão, nossa primeira calculadora. *Mathema*, São Paulo, 27 set. 2019. Disponível em: <https://mathema.com.br/artigos/a-mao-nossa-primeira-calculadora/>. Acesso em: 16 maio 2024.

SOPHIA. [s. l.]: Hanson Robotics, c2023. Disponível em: <https://www.hansonrobotics.com/sophia/>. Acesso em: 16 maio 2024.

TURING, Alan Mathison. Computing machinery and intelligence. *Mind*, [s. l.], v. 59, n. 236, p. 433-460, Oct. 1950. DOI: <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>. Disponível em: <https://academic.oup.com/mind/article/LIX/236/433/986238>. Acesso em: 16 maio 2024.

UNITED STATES. Copyright Office. *Second request for reconsideration for refusal to register a recent entrance to paradise*. Washington, DC: U.S. Copyright Office, Feb. 14, 2022. Disponível em: <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/a-recent-entrance-to-paradise.pdf>. Acesso em: 16 maio 2024.

VIDAL, Fernando. O sujeito cerebral: um esboço histórico e conceitual. *Polis e Psique*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 169-190, 2012. DOI: <https://doi.org/10.22456/2238-152X.25883>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/PolisePsique/article/view/25883>. Acesso em: 16 maio 2024.

WACHOWICZ, Marcos. *Inteligência artificial e direitos autorais*. [s. l.: s. n.], 15 ago. 2021. 1 vídeo (ca. 5 min). Publicado pelo canal Instituto Observatório do Direito Autoral. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pr42SRnPc9o>. Acesso em: 16 maio 2024.

WHAT is NEOM? [s. l.]: NEOM, c2024. Disponível em: <https://www.neom.com/>. Acesso em: 16 maio 2024.

WIENER, Norbert. *Cibernética: ou controle e comunicação no animal e na máquina*. Tradução de Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2017.

Agradecimento

Agradecimento especial a Otávio Henrique Baumgarten Arrabal pela sugestão de determinadas doutrinas estrangeiras.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Desmembramento constitucional: considerações críticas

Constitutional dismemberment: critical considerations

Almir Megali Neto¹

Resumo

Este artigo apresenta considerações críticas ao conceito de *desmembramento constitucional*. Como método, utiliza a revisão da literatura para expor o modo como Richard Albert define e situa o conceito, criticado por Carlos Bernal Pulido, Yaniv Roznai e David Landau. Em seguida, apresenta nossas objeções à validade do *desmembramento constitucional*, com o fim de demonstrar sua incapacidade para lidar tanto com os fenômenos que descreve quanto com seus próprios intentos, já que não inova nem ultrapassa a teoria clássica do poder constituinte e a doutrina tradicional das emendas constitucionais inconstitucionais. O trabalho encerra-se com um alerta sobre o impacto daquele conceito no constitucionalismo democrático.

Palavras-chave: considerações críticas; desmembramento constitucional; Richard Albert.

Abstract

This article presents critical considerations to the concept of *constitutional dismemberment*. As a method, it uses the literature review to expose the way Richard Albert defines and situates the concept, criticized by Carlos Bernal Pulido, Yaniv Roznai and David Landau. It then presents our objections to the validity of *constitutional dismemberment*, in order to demonstrate its inability to deal with the phenomena it describes and its own intentions, since it does not innovate or overcome the classical theory of constituent power and traditional doctrine of unconstitutional constitutional amendments. The work ends with a warning about the impact of that concept on democratic constitutionalism.

Keywords: critical considerations; constitutional dismemberment; Richard Albert.

¹ Almir Megali Neto é mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; doutorando em Direito na UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; assessor de conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. E-mail: almir_megali@hotmail.com

1 Introdução

Em 2018, o *Yale Journal of International Law*, periódico de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de Yale, EUA, publicou o artigo “Constitutional Amendment and Dismemberment” (Emenda e desmembramento constitucional), de Richard Albert. Seu objetivo era introduzir na literatura sobre emendas constitucionais (ECs) a ideia de *desmembramento constitucional* (DC) para compreender melhor os usos e as funções das regras de mudança constitucional (Albert, 2018, p. 2).

Albert (2018, p. 2-3) esclarece que o DC, que estaria acontecendo em várias partes do mundo, é ao mesmo tempo um fenômeno, um conceito, uma doutrina e uma teoria. As prescrições formuladas por ele acerca dos DCs destinam-se a novos textos constitucionais, e não a constituições existentes, pois as regras que disciplinam o processo de reforma constitucional são difíceis de alterar, e a ideia de DC implica repensar o constitucionalismo. Segundo ele, o DC compreende as ECs que repudiam elementos essenciais de uma Constituição, em especial os relacionados à sua estrutura, à sua identidade ou aos seus direitos mais fundamentais, substituindo-os por seus opositos, mas sem romper com a vigência formal do seu texto. Assim, o DC diferencia-se tanto de uma EC quanto de um novo texto constitucional, pois: a) uma EC pretende aperfeiçoar a Constituição, ao passo que um DC objetiva romper com algum dos seus fundamentos; e b) um DC não seria equivalente à adoção de uma nova Constituição, pois pressupõe a manutenção do texto constitucional em vigor.

Para o autor (Albert, 2018, p. 4-6), do ponto de vista descriptivo um DC pode tanto reforçar quanto enfraquecer o constitucionalismo liberal. Por sua vez, da perspectiva normativa, no momento da elaboração de novos textos constitucionais, os legisladores constituintes deveriam incluir dispositivos que estabelecessem as regras de mudança constitucional – como a *mutuality rule* (regra da mutualidade), conforme a qual somente seriam permitidos DCs caso seguissem o procedimento utilizado na promulgação da Constituição existente. Haveria, então, dois procedimentos formais para a mudança constitucional: um para as ECs e outro para os DCs. Isso reforçaria e prolongaria a vigência de textos constitucionais em tempos de crise. Ainda sob a perspectiva normativa, juízes constitucionais não podem

² MEGALI NETO, Almir. Desmembramento constitucional: considerações críticas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 243, p. 123-139, jul./set. 2024. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p123. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/243/ril_v61_n243_p123

³ Megali, A., Neto. (2024). Desmembramento constitucional: considerações críticas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(243), 123-139. https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p123

invalidar DCs se eles tiverem sido adotados segundo o rito determinado pela regra da mutualidade, e juízes constitucionais não poderiam invalidar o trabalho do poder constituinte.

Assim que veio à luz, o texto repercutiu na comunidade acadêmica. O site oficial do *Yale Journal of International Law* publicou uma série de debates sobre a categoria conceitual de Albert, com alguns dos principais nomes do Direito Constitucional Comparado, como Carlos Bernal Pulido, Yaniv Roznai e David Landau, que se têm dedicado ao estudo das ECs inconstitucionais. E não demorou muito para que o conceito de DC desembarcasse em solo brasileiro. Albert (2018, p. 40-42) menciona o Brasil como um país que vivenciara um DC recentemente havia poucos anos; e usa como exemplo a promulgação da EC nº 95/2016. A partir de então, sobretudo em tom de denúncia⁴, essa categoria conceitual passou a ser manejada por parcela da doutrina constitucional brasileira como referência tanto àquela EC quanto a outros atos normativos contrários ao conteúdo compromissório e socioeconômico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

Dado esse cenário, o artigo apresenta considerações críticas à categoria conceitual do DC. Mediante pesquisa eminentemente bibliográfica e o recurso à revisão de literatura, o estudo apresenta o modo como o autor constrói esse conceito, bem como as razões pelas quais acredita que sua adoção pode contribuir para o constitucionalismo. Em seguida, apresenta os argumentos e as objeções de Carlos Bernal Pulido, Yaniv Roznai e David Landau àquele conceito, publicados pelo *Yale Journal of International Law*. Depois de expor nossas críticas à proposta de Albert, encerra o artigo um alerta sobre o impacto deletério do DCs no constitucionalismo democrático.

2 O desmembramento constitucional

No artigo publicado pela revista da Universidade de Yale, Albert (2018, p. 7-11) define o DC e apresenta o modo como o conceito pode contribuir para explicar transformações constitucionais observadas contemporaneamente ao redor do mundo. Resgata as proposições explicativas da teoria constitucional moderna para a ocorrência do fenômeno das ECs inconstitucionais e identifica uma síntese de todas essas proposições em Murphy (1995), para quem as ECs válidas podem operar somente no sistema político pré-existente. E sintetiza a sugestão apresentada por Murphy (1995): o uso de ECs para desconstituir, reconstruir ou substituir uma Constituição não pode ser equiparado a uma simples EC. Tal uso da forma constitucional é mais bem definido como criação de outra Constituição.

Na base desse entendimento está a Teoria da Constituição de Carl Schmitt, para quem, segundo Albert (2018, p. 11), a autoridade dos atores políticos para emendar a Constituição é limitada por ela própria. Atores políticos somente poderiam emendar a Constituição sob o pressuposto de que lhe restariam inteiramente preservadas a identidade e a continuidade. A

⁴ Ver: Benvindo (2022, p. 32); Meyer (2021, p. 9, 30, 77, 125); e Paixão e Benvindo (2020).

autoridade para realizar mudanças por meio de ECS retira seu fundamento da premissa de que a Constituição estaria preservada, apesar de emendada. Assim, uma EC que exorbitasse essa autoridade criaria efetivamente outra Constituição. Essa visão sobre a mudança constitucional encontra seu fundamento na teoria do poder constituinte. Ela pressupõe uma rígida divisão entre o trabalho do povo e o de seus representantes: somente o povo poderia fundar uma nova Constituição, ao passo que seus representantes estariam autorizados apenas a atuar em nome dele e, nessa condição, não poderiam fazer mais que alterar o texto constitucional de acordo com os procedimentos nele estabelecidos.

Segundo Albert (2018, p. 11-12), dois conceitos extraídos da teoria do poder constituinte são essenciais para compreender os limites à atuação do povo e à de seus representantes: o poder constituinte e o poder constituído. O primeiro relaciona-se ao corpo de pessoas no qual reside o poder supremo de estabelecer uma nova ordem constitucional; e o segundo é usado com referência às instituições criadas por uma Constituição para desempenhar funções nos limites preestabelecidos no texto constitucional. A principal premissa é que o poder constituído não pode criar uma Constituição, a qual é obra do exercício do poder constituinte; como corolário, a autoridade do poder constituído deve restringir-se a mudanças constitucionais nos exatos limites firmados pelo poder constituinte.

As imprecisões dessa teoria são reconhecidas por Albert (2018, p. 12-13). Há razoável consenso na literatura especializada sobre as dificuldades para definir quem de fato seria o *povo*, bem como sobre quem de fato o *representaria* e poderia atuar em seu nome. De qualquer forma, mais que uma construção descritiva de como são criadas constituições, a teoria do poder constituinte é uma aspiração dos teóricos sobre como elas *deveriam ser criadas* – e alteradas. A teoria convencional da mudança constitucional pode explicar não só o que é uma EC (uma alteração da Constituição de acordo com as regras nela estabelecidas) como também explicar o momento constituinte, isto é, quando uma Constituição é criada. Contudo, exigir-se-ia um salto teórico para aceitar que uma mudança constitucional realizada de acordo com as regras estabelecidas para emendar uma Constituição seja equivalente a uma nova Constituição, mesmo que não promulgado texto constitucional algum.

Por essa razão, Albert (2018, p. 14) argumenta que seria necessária uma nova categoria conceitual para preencher as lacunas na literatura a respeito de mudanças constitucionais e para lidar com ECs que sejam mais que uma simples EC e menos que um novo texto constitucional, servindo de ponte entre momentos constituintes e a política ordinária. Esse fenômeno de desfazimento de uma Constituição sem rompimento da vigência formal do texto constitucional conceitua-se como

um esforço autoconsciente percebido como a desconstrução da Constituição com recurso às regras de alteração constitucional. Um desmembramento constitucional

introduz uma mudança que é incompatível com a estrutura e o propósito de uma Constituição existente. Um desmembramento introduz uma mudança transformadora na Constituição, mas não produz uma nova Constituição, porque, por uma questão de forma, o texto da Constituição permanece o mesmo que era antes da mudança, à exceção da parte efetivamente alterada. A teoria do desmembramento constitucional, portanto, não reconhece uma nova Constituição até que os atores políticos conscientemente optem por iniciar e concluir com sucesso um processo formal de elaboração de uma nova Constituição (Albert, 2018, p. 14, tradução nossa)⁵.

Albert (2018, p. 29-39) identifica o *desmembramento constitucional* como um fenômeno em ascensão em diversas partes do mundo e que apresenta uma doutrina de adjudicação para os casos de ECs inconstitucionais, bem como uma série de estratégias para os atores políticos poderem alterar uma Constituição. Por DC, o autor entende as mudanças constitucionais mediante ECs que geram um entendimento inteiramente novo da Constituição; seu intento, para melhor ou para pior, não é o mesmo de antes da mudança. Essas alterações constitucionais transcendem o mero aperfeiçoamento de uma Constituição, pois destroem-lhe o núcleo e conferem-lhe novo propósito. O texto constitucional em si pode até não ser objeto de substituição em sentido formal, mas sua identidade, direitos ou estrutura não escapam à mudança sem substancial modificação. Trata-se, pois, de uma transformação constitucional contínua que pode acontecer repentina ou gradualmente, atingir tanto constituições escritas quanto não escritas e deteriorar ou aperfeiçoar a democracia liberal. Tais mudanças frequentemente ocorrem sob a forma de ECs – mas são *emendas* apenas no nome. De acordo com o autor, essas

mudanças destroem o núcleo da Constituição e dão-lhe um novo propósito. A própria Constituição pode não ser substituída no sentido formal, mas a sua identidade, direitos ou estrutura não escapam à mudança sem modificações substanciais. Este é o fenômeno que identifico como desmembramento constitucional. É uma transformação constitucionalmente contínua que pode ocorrer repentinamente num momento de desconstrução constitucional ou gradualmente por erosão ou acréscimo; pode ocorrer tanto com Constituições codificadas como não codificadas; e pode ocorrer com o efeito de melhorar ou deteriorar a democracia liberal. Essas alterações são feitas utilizando as regras ordinárias de emenda constitucional e são frequentemente descritas como alterações ou mesmo, por vezes, como novas

⁵ No original: “dismemberment is a self-conscious effort perceived as the unmaking of the constitution with recourse to the rules of constitutional alteration. A dismemberment introduces a change that is incompatible with the constitution’s existing framework and purpose. A dismemberment introduces a transformative change to the constitution, but it does not produce a new constitution because, as a matter of form, the constitution remains what it was prior to the change, except to the extent of the change itself. The theory of constitutional dismemberment accordingly does not recognize a new constitution until a new constitution is in fact self-consciously adopted by the relevant political actors choosing to launch and successfully complete the formal constitution-making process for that purpose”.

Constituições. Mas são emendas apenas no nome. Conceitualmente, elas são mais bem entendidas como desmembramentos (Albert, 2018, p. 39, tradução nossa)⁶.

Um DC altera um ou mais elementos essenciais de uma Constituição, especificamente seus direitos, estrutura ou identidade. Apesar de reconhecer que tais categorias estão relacionadas, o autor (Albert, 2018, p. 39-49) destaca que num nível mais alto de abstração é possível distingui-las, assim como seria possível distinguir DCs de simples ECs. O desmembramento de um direito fundamental envolve a revogação ou a substituição de um direito protegido pela Constituição – não qualquer direito fundamental, mas um direito fundamental basilar para a comunidade política. Um desmembramento da estrutura constitucional implica romper com o modo como a Constituição distribui e organiza o poder político, como equilibra os poderes constituídos e como disciplina o exercício da autoridade. E um desmembramento da identidade de uma Constituição resulta na extinção de um compromisso essencial ou na sua substituição por um compromisso não equivalente a um direito precípuo, nem mesmo relacionado à estrutura constitucional. Isso diz respeito a valores constitucionais que fundamentam qualquer regime: eles ajudam a ranquear as normas jurídicas, os princípios morais e os compromissos políticos do regime uns em relação aos outros, bem como informam as escolhas que os atores políticos fazem e influenciam como os juízes interpretam a Constituição. Depois de apresentar exemplos de desmembramentos de direitos fundamentais e da estrutura e identidade constitucional, o autor cita casos ocorridos em países como Barbados, Belize, Brasil, Canadá, República Dominicana, Guiana, Irlanda, Itália, Jamaica, Japão, Nova Zelândia, Reino Unido e EUA.

Albert (2018, p. 49-51) demonstra por que DCs se distinguem de ECs. O critério distintivo entre ambos é a consciência dos atores políticos relevantes e do povo no tempo em que a mudança é feita; o que importa é o quanto diferente uma Constituição emendada ou desmembrada será quando comparada com o seu entendimento, pois um DC é, antes de tudo, um esforço autoconsciente para repudiar uma característica essencial da Constituição e desmantelar uma de suas partes fundamentais, ao mesmo tempo em que se cria uma nova fundação, com raízes em princípios distintos dos anteriores. A teoria do DC não representa uma compreensão normativa da Constituição e preocupa-se menos em defender a democracia liberal que respeitar uma Constituição como convencionalmente era concebida em dado momento; importam o acordo constitucional vigente e como são feitas as mudanças. O DC não tem uma visão prévia do que uma Constituição deve fazer,

⁶ No original: "These changes destroy the core of the constitution and breathe a new purpose into it. The constitution itself might not be replaced in the formal sense but its identity, rights, or structure does not escape the change without substantial modification. This is the phenomenon I identify as a constitutional dismemberment. It is a constitutionally continuous transformation that can occur suddenly in a bigbang moment of constitution-unmaking or gradually by erosion or accretion; it can occur to constitutions both codified and uncodified; and it can occur with the effect of either enhancing or deteriorating liberal democracy. These changes are made using the ordinary rules of amendment, and are often described as amendments or even sometimes as new constitutions. But they are amendments in name alone. Conceptually, they are best understood as dismemberments".

consolidar ou proteger; em vez disso, define os compromissos e a compreensão de uma ordem constitucional e, com esteio neles, avalia se a mudança constitucional rompe com essa base a ponto de representar o desmembramento de um direito fundamental, da estrutura da Constituição ou de sua identidade. Tal desmembramento pode fortalecer a democracia liberal ou enfraquecê-la – e a principal questão para a teoria do DC não é se uma EC aprimora ou deteriora valores liberais.

Para o autor (Albert, 2018, p. 52-54), a regra da mutualidade é a prescrição central da teoria do DC para novas constituições. Ela combina *designs* modernos das regras de mudança constitucional com elementos básicos das constituições que distinguem entre EC e DC. Essa combinação gera uma estrutura escalonada de regras que disciplinam o procedimento de mudança constitucional. Sua dificuldade varia de acordo com o conteúdo da proposta: quanto mais significativa for a mudança, mais oneroso será seu procedimento; e o grau de dificuldade cresce em função do apoio popular necessário para aprovar a mudança. No último nível da escala de dificuldade, a regra da mutualidade requer simetria entre o procedimento requerido para desmembrar o texto constitucional e o procedimento seguido para sua elaboração. A teoria do DC privilegia a evolução e a transformação constitucional enquanto se mantém a vigência formal da Constituição. E permite que grandes e pequenas transformações constitucionais possam ocorrer no interior do mesmo regime constitucional, mas sem exigir que os atores políticos e o povo substituam a Constituição vigente. Logo, o grande desafio proposto pela teoria é a forma como se elaborarão as regras constitucionais disciplinadoras desse procedimento, a fim de permitir que mudanças constitucionais transformadoras ocorram sem substituir um texto constitucional por outro.

Com isso, Albert (2018, p. 56-59) pretende redimir a teoria do poder constituinte. Da perspectiva tradicional sobre ela, mudanças transformadoras somente poderiam ser realizadas pelo poder constituinte originário, o que implica substituir a Constituição vigente. A regra da mutualidade salvaria DCs declarados inconstitucionais, desde que se adotassem o procedimento de elaboração do texto constitucional e que fossem concomitantemente observados os fatores da diferenciação, da unificação, da simetria e da variabilidade. O primeiro fator determina que, se os limites ao poder de reforma da Constituição forem menos rigorosos que os impostos ao poder constituinte originário, o procedimento a ser adotado por um DC deverá ser mais difícil que o imposto para meras ECs. O segundo reconhece que os limites impostos ao poder de reforma de uma Constituição possam ser iguais aos impostos ao poder constituinte originário, de modo que em tais sistemas o DC poderá seguir o procedimento previsto para as ECs. O fator da simetria, por sua vez, adota o procedimento de elaborar uma Constituição tida como ideal; por esse motivo, o DC deve seguir o mesmo *quantum* utilizado para sua elaboração. Por fim, o fator da variabilidade, em complemento às exigências do fator da simetria, confirma que pode haver DC com a adoção de um procedimento menos difícil que o seguido pelo poder constituinte originário, caso ele seja reconhecido como legítimo pela sociedade e pela elite jurídica de um país. Por conseguinte, com a presença do fator da variabilidade em determinado contexto,

o DC poderá ser feito segundo um procedimento menos árduo que o adotado pelo poder constituinte originário. Se faltar o fator da variabilidade, o DC só se poderá realizar desde que se obedeça ao procedimento trilhado pelo poder constituinte originário.

A distinção entre EC e DC por ele elaborada (Albert, 2018, p. 60-62) ajudaria a responder a três questões fundamentais para a atual literatura do Direito Constitucional Comparado: a) a forma como as regras de mudança constitucional devem ser elaboradas a fim de evitar a degeneração da democracia liberal; b) se juízes e tribunais devem ter competência para anular ECs consideradas incompatíveis com a Constituição em vigor; e c) se e como as constituições devem ser elaboradas para durarem mais. Sobre o problema da degeneração da democracia liberal há hoje uma profusão de estudos destinados a investigar como a teoria constitucional pode fornecer respostas para evitar que atores políticos utilizem as regras que disciplinam o processo de EC para desmantelar a ordem liberal democrática; contudo, a teoria não teria sido bem-sucedida ao oferecer respostas ao problema da degeneração da ordem.

A ambição para constranger mudanças constitucionais para salvar a democracia liberal é admirável, reconhece Albert (2018, p. 62-66), mas trata-se de uma ambição normativa que não é comum a todas as constituições – ou, pelo menos, não deveria ser. Nem a Constituição, nem o constitucionalismo precisam estar vinculados aos valores da democracia liberal. Constituições são embarcações desprovidas de qualquer orientação moral ou ideológica – podem inclusive aspirar a valores autoritários. Conforme a proposta teórica de Oran Doyle, em vez de acreditar na existência de uma ordem de valores liberais intrínseca às constituições e ao constitucionalismo, melhor seria que mudanças constitucionais resultassem da interação do povo com seus representantes. É justamente isso o que a teoria do DC oferece por meio da regra da mutualidade: o que importa é o grau de apoio popular à mudança, não o seu conteúdo.

Quanto ao papel dos tribunais, Albert (2018, p. 66-73) sustenta que a teoria do DC impede o problema da *juristocracia* definido por Ran Hirschl, pois o papel dos tribunais seria cataclítico, não obstrutivo. Eles desempenham importante função na revisão da constitucionalidade das mudanças constitucionais, mas devem adotar uma postura defensiva, colaborativa e construtiva em relação aos atores das mudanças, não um papel de confronto. Uma simples maioria judicial seria insuficientemente autoritativa em termos políticos para persuadir os atores das mudanças; em contrapartida, votações unânimes seriam mais persuasivas. Um julgamento unânime desfavorável a uma mudança constitucional retornaria ao parlamento com um peso muito maior para que a mudança fosse de fato confirmada. Isso também incentivaria os tribunais ao acordo sobre os principais pontos-chave que eles acreditam que o povo e seus representantes devam levar em conta antes de promoverem a mudança transformadora. Por outro lado, quanto ao problema da descontinuidade legal, Estados com tradição de longa vigência de textos constitucionais encontrariam importantes recursos na teoria do DC, pois a teoria do DC oferece um modo de legitimar mudanças constitucionais sem quebrar a vigência formal dos textos constitucionais; o DC pode, assim, promover a

resistência constitucional no sentido formal. E a resistência constitucional que a teoria do DC fornece poderia, em última análise, servir ao importante interesse da estabilidade constitucional.

A principal preocupação do autor (Albert, 2018, p. 73-81) não é se uma Constituição deve durar, mas sim como ela pode ser reforçada para ser resiliente em períodos de embate – por isso é importante distinguir *duração* e *resistência*. Com base na construção de Xenophon Contiades e Alkmene Fotiadou, o autor afirma que *resiliência constitucional* significa a capacidade de uma Constituição adaptar-se às dificuldades e manter seu propósito central. A resiliência constitucional pressupõe que uma Constituição tenha sofrido choques e sobrevivido a eles; não está diretamente relacionada à *duração* temporal da vigência formal de um texto constitucional, pois a resiliência tem a ver com a resistência ao choque, e não com resistência ao tempo. O conceito de *resiliência constitucional* incorpora quatro fatores: a) a continuidade legal; b) a continuidade funcional; c) um texto e um propósito duradouros; e d) o distanciamento temporal. Ou seja: a) uma Constituição resiliente pode sobreviver a choques internos ou externos ao regime; b) uma Constituição resiliente manterá, além da vigência formal, a continuidade funcional (o que significa dizer que seu propósito central será alcançável mesmo quando confrontado); c) quando confrontados com um choque interno ou externo, o propósito e o texto da Constituição permanecem (a resistência textual não é suficiente, mas é fator necessário à resiliência das constituições); e d) ao contrário da *resistência constitucional*, que é limitada no tempo, a *resiliência constitucional* mede-se em relação à continuidade do desempenho das suas funções em face do desastre.

O DC ressalta a ideia de *resiliência* (Albert, 2018, p. 81-82), que oferece às constituições uma forma de manter sua vigência formal em casos de mudanças constitucionais internas ou externas à ordem constitucional. A regra da mutualidade, por sua vez, atuaria como mecanismo à disposição dos atores políticos para salvar a Constituição num período de crise ou de emergência sem o recurso a procedimentos anticonstitucionais ou extraconstitucionais. O DC também se destaca temporalmente, pois seu objetivo não é privilegiar a perenidade no tempo, mas privilegiar a vigência formal e prolongar a vida útil de uma Constituição. Quanto ao segundo e ao terceiro fatores, porém, a resiliência constitucional e o DC divergiriam em seus fundamentos normativos: a resiliência constitucional é orientada, sobretudo, para manter o propósito da Constituição após um choque, ao passo que o DC reconhece que o propósito de uma Constituição pode mudar – e talvez deva mudar – quando confrontado por um evento cataclísmico que não pode deixar de mudar o próprio texto constitucional. A regra da mutualidade, na teoria do DC, dá ao povo e aos atores políticos um roteiro para fazer mudanças constitucionais transformadoras na estrutura constitucional existente de forma que preserve a vigência formal do texto constitucional, mas que não precise preservar o propósito original da Constituição. O DC acomoda alterações no propósito fundamental de uma Constituição e cria um modo de legitimar essas alterações. Em contraste, a teoria da resiliência constitucional privilegia o propósito de uma Constituição, seja ele qual for.

3 Considerações críticas de Bernal Pulido, Roznai e Landau

Como já se mencionou, assim que publicado o texto de Albert ganhou a atenção da comunidade acadêmica. Exemplo disso foi o debate sobre o DC promovido pelo *Yale Journal of International Law*. Alguns dos principais nomes do Direito Constitucional Comparado dedicaram-se a analisar a proposta de Albert. Reunindo textos de Carlos Bernal Pulido, Yaniv Roznai e David Landau, esse debate revela não apenas o impacto causado pela categoria conceitual do DC como também alguns de seus pontos controvertidos. Nele Bernal Pulido (2018) levanta sete objeções à categoria conceitual do DC.

Em primeiro lugar, a palavra *desmembramento* teria uma conotação negativa que a vincularia à imagem de destruição. Por essa razão, para Bernal Pulido (2018), soariam estranhos os usos do termo para referir-se a ECs que aperfeiçoam o constitucionalismo democrático, como o foram as ECs posteriores à Guerra Civil nos EUA.

Em segundo lugar, destaca que é altamente questionável o propósito de Albert de desenvolver uma categoria conceitual partindo de bases puramente descritivas e normativamente neutras porque: a) seria preciso pressupor referências normativas para a própria classificação de uma EC como DC, e não como uma simples EC; e b) a longevidade dos textos constitucionais seria desejável, razão pela qual o autor afirma que a inclusão do DC na gramática das constituições modernas seria benéfica ao constitucionalismo, de modo que nem mesmo a sua almejada análise puramente descritiva abriria mão de elementos normativos.

Em terceiro lugar, Bernal Pulido contesta a própria teoria do poder constituinte que Albert pretende resgatar, partindo da crítica de autores como Carlos Santiago Nino e David Dyzenhaus ao potencial desestabilizador dessa categoria conceitual. Por essa razão, questiona se de fato a teoria do poder constituinte mereceria ser salva. Mesmo que a ressurreição dessa teoria fosse desejável, não estaria claro se a regra da mutualidade atenderia a esse fim, pois, dado o *pedigree* antidemocrático de muitas constituições, facilmente o que foi considerado manifestação do poder constituinte em determinado momento histórico poderia não ser considerado num momento posterior.

Em quarto lugar, afirma que Albert atribui à regra da mutualidade um papel que ela não pode desempenhar; ela seria uma diretiva normativa, mas não passaria de mera garantia epistemológica, pois garantiria apenas as condições nas quais o poder constituinte empreendeu um DC, mas nada diria sobre a legitimidade democrática da sua obra.

Em quinto lugar, as pretensões normativas de Albert supervalorizariam a longevidade dos textos constitucionais. Por mais desejável que isso seja, pode ser prejudicial ao constitucionalismo insistir na manutenção da vigência de textos constitucionais que não mais atendam aos reclamos de uma sociedade. Nessas circunstâncias, melhor seria que entrasse em cena o poder constituinte originário, mais apto que o DC à legitimação democrática de uma sociedade.

Em sexto lugar, para a teoria do DC, juízes constitucionais não poderiam julgar a constitucionalidade de DCs desde que se realizassem de acordo com a regra da mutualidade, mesmo que eles destruam o constitucionalismo democrático. Dessa maneira, a teoria do DC não seria capaz de defender suficientemente bem o constitucionalismo democrático; juízes podem e devem invalidar mudanças constitucionais formais quando elas pretendem abolir os direitos fundamentais de uma Constituição, o Estado de Direito e a separação de Poderes e transformar uma ordem constitucional num sistema de Constituição sem constitucionalismo. Para manter esse controle, os juízes deveriam estar atentos aos requisitos exigidos pela democracia deliberativa: quanto mais uma EC tiver sido elaborada de acordo com os padrões exigidos por ela, menos intenso deverá ser o controle jurisdicional de constitucionalidade sobre ela; por outro lado, quanto menos tiverem sido atendidos os requisitos da democracia deliberativa durante o processo de elaboração de uma EC, mais intenso deverá ser o controle jurisdicional de constitucionalidade a ser exercido sobre ela.

Por fim, Bernal Pulido (2018) afirma que a categoria conceitual do DC visa salvar a teoria do poder constituinte ao pretender promover a longevidade de textos constitucionais formais; contudo, Albert teria errado o alvo, pois na verdade a doutrina das ECs inconstitucionais deveria salvar o constitucionalismo democrático. Para clarificar seu argumento, destaca que a categoria conceitual do DC pode mascarar ou legitimar episódios de constitucionalismo autoritário. Dessa forma, Bernal Pulido (2018) sustenta que a teoria constitucional deveria traçar diretrizes úteis para a preservação dos elementos essenciais de uma Constituição democrática durante os processos de mudança constitucional. Da sua perspectiva, a teoria do DC ficaria aquém desse objetivo.

Roznai (2018) também questiona a terminologia escolhida por Albert. Para ele, a expressão *desmembramento constitucional* não descreveria com precisão o fenômeno. Da sua perspectiva, *desmembramento* seria o ato de cortar, rasgar, puxar ou remover os membros de um ser vivo, de modo que o termo teria uma conotação negativa que reconhecidamente Albert não almeja. Ademais, o termo enfatizaria a destruição de uma Constituição e, assim, descreveria apenas uma face do fenômeno: a aprovação de um DC não só destruiria a Constituição vigente mas também construiria uma nova, a despeito da manutenção da sua vigência formal. Para Roznai (2018), o termo *desmembramento* não abrangeeria o último aspecto do fenômeno.

A segunda crítica relaciona-se ao fato de Albert concentrar-se apenas nas mudanças constitucionais ocorridas por meio de ECs. Roznai (2018) sustenta que uma Constituição pode ser alterada por formas diversas, como decisões judiciais ou práticas governamentais. Esses casos mereciam uma análise mais aprofundada, sobretudo em vista de seus efeitos sobre o sistema constitucional. Ou seja, a teoria do DC devia ter sido mais bem desenvolvida para lidar com mudanças constitucionais semelhantes às que ocorrem mediante processos informais.

Quanto à regra da mutualidade, Roznai (2018) considera-a o cerne da proposta teórica de Albert – um princípio que deveria nortear o desenho de novas constituições para

autorizar DCs e, com isso, contribuir para sua longevidade. Porém, destaca que a ideia de procedimentos formais distintos de reforma constitucional não é nova na história do constitucionalismo moderno: ao menos desde a Assembleia Nacional francesa que elaborou a Constituição de 1791, a criação de diferentes procedimentos de mudanças constitucionais já era defendida por Nicolas Frochot. Assim, por mais que se acredite em que a regra da mutualidade seja uma grande contribuição para a literatura sobre desenhos institucionais e para a teoria constitucional, a proposta de tratar separadamente ECs de DCs não seria capaz de impedir a manifestação do poder constituinte originário, que, por ser incondicionado, não se submete a procedimentos constitucionais estabelecidos para alterar formalmente constituições vigentes, já que o povo sempre pode substituir uma Constituição pela via de novos processos constituintes e romper a vigência de um texto constitucional no momento de manifestação do poder constituinte originário. Por essa razão, julga que Albert não teria sido capaz de resolver o desafio imposto pela radical habilidade do poder constituinte originário para romper as fronteiras constitucionais preestabelecidas. Ao afirmar que a regra da mutualidade deve operar onde a Constituição for omissa, Albert consentiria na continuidade da vigência formal de uma Constituição: se dela não consta mandamento que permita desmembrá-la, qualquer alteração em seu texto segundo a regra da mutualidade seria equivalente a um rompimento constitucional e, portanto, ilegal. Em síntese, Albert teria dispensado pouca atenção à legalidade dos DCs.

Por fim, a crítica ao papel destinado por Albert aos tribunais diante de DCs. Para Roznai (2018), seria difícil levar a sério a ideia de DC sem que se atribua aos tribunais competência para apreciar o mérito de todas as propostas formais de mudança constitucional. A existência de dois procedimentos de alteração formal das constituições – por meio de ECs e por meio de DCs – exigiria que aos tribunais fosse conferida competência para averiguar em que categorias as propostas de mudança constitucional se enquadrariam, o que implicaria reconhecer-lhos competentes para exercer o controle jurisdicional de constitucionalidade formal e material tanto das ECs quanto dos DCs para que as mudanças constitucionais pretendidas pelos atores políticos pudessem seguir os procedimentos devidos.

Landau (2018) é outro autor que apresentou suas considerações críticas à categoria conceitual do DC. Seu principal objetivo é salvaguardar a doutrina das ECs inconstitucionais do ataque feito por Albert, sustentando sua importância num mundo com preocupações normativas. De acordo com ele, Albert critica a divisão entre poder constituinte e poderes constituídos sobre a qual se assenta a doutrina das ECs inconstitucionais e afirma que a crítica de Albert à distinção rígida entre poder constituinte e poderes constituídos, com suas respectivas áreas de atuação bem delimitadas, concentra-se no estímulo conferido pela doutrina das ECs inconstitucionais à elaboração de novos textos constitucionais, pois ela permitiria aos tribunais invalidar mudanças constitucionais pretendidas pelos atores políticos, prejudicando a estabilidade requerida pelo constitucionalismo. Para ele, Albert propõe procedimentos formais de alteração da Constituição escalonados de acordo com o grau de dificuldade mais rigoroso para alterar determinadas partes de um texto

constitucional: quanto mais fundamentais fossem os valores objeto de mudança constitucional, mais oneroso deveria ser o procedimento para a sua alteração.

No entanto, questiona o autor (Landau, 2018): o que deveriam fazer os tribunais quando não fossem escalonadas as regras que disciplinam o processo de mudança constitucional? Para ele, diante de tais situações, ficaria claro que na verdade são muito semelhantes os procedimentos formais escalonados para alterar a Constituição de acordo com a matéria objeto de mudança e a doutrina das ECs inconstitucionais. Isso ocorre porque a doutrina das ECs inconstitucionais permite que os tribunais desenvolvam uma forma relativamente grosseira de hierarquização inferida da Constituição, exigindo de fato que certas mudanças na estrutura básica ou nos valores centrais de uma Constituição sejam mais difíceis de acontecer do que ECs cujo objeto não sejam matérias afetas à estrutura básica ou aos valores centrais da Constituição. Diante de situações em que se pretenda alterar matérias afetas à estrutura básica ou aos valores centrais de uma Constituição, Albert propõe a adoção de dois princípios orientadores: o primeiro, de ordem procedural, é a regra da mutualidade, que exige a adoção de um procedimento semelhante ao adotado para a elaboração do próprio texto constitucional pelo poder constituinte originário; e o segundo, de ordem comportamental, diz respeito à postura a ser adotada por juízes e tribunais nessas situações – e enfatiza que o seu papel deveria ser construtivo em vez de proibitivo, e, portanto, especialmente consultivo, embora decisões judiciais unânimes ou esmagadoras devam receber tratamento especial.

Landau (2018) sustenta que a doutrina das ECs inconstitucionais, como praticada na maioria dos países, está próxima de atender aos critérios de Albert. Em primeiro lugar, ela satisfaria à regra da mutualidade, pois mudanças de normas centrais das constituições geralmente passariam por um processo similar ao de elaboração do próprio texto constitucional – a indicar, portanto, que, caso os atores políticos utilizassem a regra da mutualidade, não estaria claro como o seu comportamento se distinguiria do comportamento atualmente já observado. Em segundo lugar, o papel de juízes e tribunais não deveria ser visto como simplesmente proibitivo ou constituído apenas de uma palavra final sobre questões fundamentais. No marco da doutrina das ECs inconstitucionais, seu papel seria mais semelhante ao de um quebra-molas: juízes e tribunais não são capazes de impedir definitivamente que certas mudanças constitucionais ocorram. No máximo, eles retardam a velocidade de alterações de elementos centrais da Constituição. Assim, seu papel na prática não seria tão distinto do papel que lhes é atribuído por Albert. Ademais, seria difícil evitar que juízes e tribunais não ocupassem uma posição de destaque, mesmo quando uma Constituição contivesse procedimentos distintos para a alteração formal do seu próprio texto de acordo com a matéria objeto de mudança; inevitavelmente juízes e tribunais seriam chamados a arbitrar conflitos para determinar o procedimento adequado a cada circunstância, à luz da matéria objeto de mudança.

Argumenta Landau (2018) que a teoria de Albert é normativa, mesmo que ele afirme pretender construir uma categoria conceitual puramente descritiva; falaria por si só a sua

opção por privilegiar a longevidade da vigência formal de textos constitucionais escritos. Landau (2018) também critica a neutralidade de Albert quanto às formas de DCs: o desmembramento de uma Constituição autoritária não deveria ser equiparado ao desmembramento de uma Constituição democrática liberal, pois exigir padrões mais rígidos para desmembrar uma Constituição autoritária inevitavelmente prolongaria a repressão em detrimento da vontade popular. Landau (2018) salienta que seus trabalhos recentes têm procurado demonstrar a importância da doutrina das ECs inconstitucionais para proteger a ordem constitucional liberal de ameaças autoritárias. Exemplificativo nesse sentido é o conceito por ele construído de *constitucionalismo abusivo* (Landau, 2013). Por essas razões, ressalta que a categoria conceitual do DC tem o mérito de descrever um fenômeno verdadeiramente global em seu escopo; porém, as implicações normativas dessa prática podem variar bastante, a depender do ponto do qual se parta. Landau (2018) termina suas considerações afirmando que a análise de Albert servirá como base para muitos trabalhos futuros sobre as formas e implicações de mudanças constitucionais. É justamente isso que se pretende construir na próxima seção.

4 Nossas considerações críticas

Constatata-se de tudo quanto até aqui se comentou que Albert (2018), com a categoria conceitual do DC, pretende superar ao mesmo tempo a teoria clássica do poder constituinte e a visão tradicional da doutrina das ECs inconstitucionais; no entanto, apesar de esforçar-se nesse sentido, é incapaz de romper com essas leituras e, ao tentar fazê-lo, acaba recaindo em contradição performativa insuperável.

Em primeiro lugar, o que ensejou a criação da categoria conceitual do DC foi a alegada existência de um vazio conceitual na teoria clássica do poder constituinte. Ao delimitar as áreas de atuação do poder constituinte originário e dos poderes constituídos, essa teoria seria incapaz de lidar com ECs que fossem mais que uma simples ECs e menos que um novo texto constitucional. Daí a necessidade de conceituação do DC para expressar o processo de desfazimento de uma Constituição sem o rompimento da vigência do texto constitucional. Contudo, DCs somente se endereçariam a novos textos constitucionais que contivessem a chamada regra da mutualidade, dada a dificuldade imposta pela resistência ao duplo processo de EC, conceituado pela teoria constitucional como um caso de fraude à Constituição.

Ora, se as coisas são assim, há um problema teórico insuperável na teoria do DC: como um DC somente poderia ser realizado de acordo com a regra da mutualidade e como a regra da mutualidade é destinada apenas a novos textos constitucionais, o povo e os atores políticos que, em determinado momento, estivessem determinados a desmembrar a sua Constituição atuariam de acordo com os termos estabelecidos pelo próprio poder constituinte originário, não se distinguindo, portanto, das limitações estabelecidas pela teoria

clássica do poder constituinte à atuação dos poderes constituídos. Ou seja: o próprio poder constituinte originário determina o procedimento para a realização de DCs.

Como encontram limites preestabelecidos pelo poder constituinte originário, os DCs são constituídos por ele. Com isso, perde sentido a afirmação de Albert (2018) de que os DCs introduziriam mudanças incompatíveis com a estrutura e o propósito de uma Constituição existente: ao permitir seu próprio desmembramento, jamais se romperia com o propósito ou a estrutura de uma Constituição, já que as mudanças seriam por ela permitidas desde o nascêdouro. Mudanças constitucionais desse tipo seriam um problema somente para constituições de que não constasse a previsão de um procedimento de alteração distinto do procedimento de EC. Assim, por já estar previsto pela Constituição, um DC jamais seria contrário aos seus elementos fundamentais, pois eles próprios seriam passíveis de superação desde a entrada em vigor do texto.

Em segundo lugar, pressupondo elementos constitucionais mais basilares que outros no interior de constituições escritas, a proposta teórica de Albert (2018) não se distingue da leitura tradicional da doutrina das ECs inconstitucionais cujas raízes se encontram na teoria de Schmitt, para quem a Constituição se diferenciaria das leis constitucionais: as leis constitucionais poderiam ser alteradas, ao contrário da Constituição propriamente dita. Segundo Schmitt (2011), a Constituição como decisão política fundamental sobre o modo e a forma da unidade política não poderia ser alterada pelos poderes constituídos, ao contrário das leis constitucionais – isto é, de todos os dispositivos de uma Constituição que não dissessem respeito à decisão política fundamental. Com base nessa construção teórica diferenciam-se áreas mais e menos fundamentais de uma Constituição: as primeiras, por consistirem em matérias essenciais a um texto constitucional, não poderiam ser alteradas por ECs; e as segundas, por não tratarem de matérias essenciais, poderiam ser emendadas.

Isso se evidencia no objeto dos DCs apontado por Albert (2018): os direitos mais fundamentais de uma Constituição, sua estrutura e sua identidade. Por meio dessa classificação, ele pressupõe uma hierarquia entre dispositivos constitucionais que integram o texto de uma mesma Constituição. Se esses dispositivos que integram áreas essenciais da Constituição não podem ser restringidos ou abolidos (ao contrário dos dispositivos que não pertencem a essas áreas), isso indica que no interior do próprio texto constitucional há dispositivos normativos de hierarquia distinta – o que é incompatível com um sistema de Constituição rígida. Assim, há uma hierarquia entre os dispositivos que compõem o texto constitucional, conforme Albert, Schmitt e a doutrina tradicional das EC inconstitucionais. Como não se explica o critério utilizado para essa hierarquização no interior das próprias constituições, não resta senão concluir que Albert (2018) recepciona irrefletidamente a tese schmittiana de um núcleo mais significativo que o restante da Constituição. Ao fazê-lo, admite a existência na própria teoria de preferências relativas a determinadas matérias contidas numa Constituição, mesmo que a todo o momento se tenha preocupado em construir uma categoria conceitual puramente descritiva. Como destaca Oliveira (2021, p. 15-16), isso ressalta que é impossível cindir teoria e prática, normatividade jurídico-constitucional e realidade

político-social; enfim, trata-se de um enfoque estritamente jurídico-normativo (dever-ser) ou de um enfoque puramente sociopolítico (ser), pois o sentido de uma Constituição e seu papel em dado contexto histórico-espacial somente podem ser apreendidos se se levam em consideração as disputas interpretativas pelos sentidos normativos constitucionais na facticidade dos processos econômicos, políticos e sociais.

Mas não é só. Ao pretender construir uma categoria conceitual que admite tanto a perseguição de dogmas autoritários quanto dos valores liberais democráticos, Albert (2018) consente na possibilidade de uma Constituição servir de instrumento para se concentarem poderes e se aniquilarem liberdades. Contudo, não se pretende com isso dizer que só a ordem liberal democrática seja capaz de instituir um regime constitucional, cujo poder político esteja organizado de maneira limitada e seja propício à vivência das liberdades. Longe disso; o ponto é outro. Uma categoria conceitual da teoria constitucional que objetiva conter o exercício arbitrário do poder político não pode funcionar como instância de legitimação desse poder exercido de maneira arbitrária e ilimitada, pois tal uso do poder político nega justamente a ideia de Constituição pressuposta pela própria teoria de Albert (2018), a qual, como se viu, almeja servir de alternativa para a realização de DCs.

5 Conclusão

Apresentou-se de forma sucinta tanto o modo como Albert propõe e situa a categoria conceitual do DC quanto o debate provocado por sua proposta no âmbito do Direito Constitucional Comparado. Foi possível levantar objeções críticas à validade teórica da categoria conceitual do DC, ao se revelar sua incapacidade para lidar com os fenômenos por ela descritos e com os seus próprios propósitos, uma vez que nada consegue inovar, seja em relação à teoria clássica do poder constituinte, seja em relação à doutrina tradicional das ECs inconstitucionais. O presente trabalho lança, por fim, um alerta contra as pretensões de uso dessa categoria conceitual para denunciar ataques ao conteúdo compromissório e socioeconômico da CRFB, como o tem feito parcela da doutrina constitucional, que recepcionou uma teoria desprovida de qualquer pretensão de ter no constitucionalismo democrático uma bandeira de suas reivindicações.

Referências

ALBERT, Richard. Constitutional amendment and dismemberment. *Yale Journal of International Law*, [New Haven, CT], v. 43, n. 1, p. 1-84, 2018. Disponível em: <https://openyls.lawyale.edu/handle/20.500.13051/6721>. Acesso em: 14 maio 2024.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *The rule of law in Brazil: the legal construction of inequality*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2022. (The Rule of Law in Context, v. 2).

BERNAL PULIDO, Carlos. On constitutional dismemberment. *Yale Journal of International Law*, [New Haven, CT], Feb. 26, 2018. Disponível em: <https://www.yjil.yale.edu/on-constitutional-dismemberment/>. Acesso em: 14 maio 2024.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, [Davis, CA], v. 47, n. 1, p. 189-260, Nov. 2013. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/Articles/47-1_Landau.pdf. Acesso em: 14 maio 2024.

_____. Rescuing the unconstitutional constitutional amendment doctrine: a reply to Richard Albert. *Yale Journal of International Law*, [New Haven, CT], Feb. 26, 2018. Disponível em: <https://www.yjil.yale.edu/rescuing-the-unconstitutional-constitutional-amendment-doctrine-a-reply-to-richard-albert/>. Acesso em: 14 maio 2024.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Constitutional erosion in Brazil: progresses and failures of a constitutional project*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2021. (Constitutionalism in Latin America and the Caribbean, v. 1).

MURPHY, Walter F. Merlin's memory: the past and future imperfect of the once and future polity. In: LEVINSON, Sanford (ed.). *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1995. p. 163-190.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Contribuições para uma teoria crítica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

PAIXÃO, Cristiano; BENVINDO, Juliano Zaiden. "Constitutional dismemberment" and strategic deconstitutionalization in times of crisis: beyond emergency powers. *I-CONnect*, [Oxford, UK], 24 Apr. 2020. Disponível em: <https://www.iconnectblog.com/constitutional-dismemberment-and-strategic-deconstitutionalization-in-times-of-crisis-beyond-emergency-powers/>. Acesso em: 14 maio 2024.

ROZNAI, Yaniv. Constitutional amendment and "fundamendment": a response to Professor Richard Albert. *Yale Journal of International Law*, [New Haven, CT], Feb. 26, 2018. Disponível em: <https://www.yjil.yale.edu/constitutional-amendment-and-fundamendment-a-response-to-professor-richard-albert/>. Acesso em: 14 maio 2024.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2011.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

A invenção do abuso de poder eleitoral: uma análise do período inicial de formação do conceito

The invention of the electoral abuse of power:
an analysis of its initial formative period

André Luiz Batista Neves¹

Resumo

O artigo estuda a invenção do conceito brasileiro de *abuso de poder eleitoral* como parte do processo de institucionalização da ditadura civil-militar instalada em 1964. O objetivo é demonstrar que essa inovação ocorreu sem a real preocupação com a delimitação semântica do conceito, mesmo porque a ausência de limites servia melhor aos propósitos para os quais fora entronizado. O problema de pesquisa é: o conceito de *abuso de poder eleitoral* foi inicialmente construído com o fim de alijar das disputas e tornar inelegíveis opositores e não simpatizantes do regime autoritário? A hipótese do trabalho, confirmada pelos achados da pesquisa, é que o abuso de poder eleitoral foi inventado justamente com essa finalidade, como parte do processo de institucionalização da ditadura. Empregou-se o método hipotético-dedutivo, com base nas técnicas de pesquisa da revisão bibliográfica e da análise documental.

Palavras-chave: abuso de poder; ditadura civil-militar; Direito Eleitoral.

Abstract

This article studies the invention of the Brazilian concept of *abuse of electoral power*, as part of the process of institutionalization of the civil-military dictatorship installed in 1964. The objective is to show that this innovation occurred without a real concern with the semantic delimitation of the innovation, even because this absence of limits better served the purposes for which it was enthroned. The research problem is the following: was the concept of abuse of electoral power initially constructed with the aim of excluding

¹ André Luiz Batista Neves é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, BA, Brasil; professor do programa de mestrado em Direito da UFBA, Salvador, BA, Brasil; professor de Ciência Política, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais do programa de graduação em Direito da UFBA, Salvador, BA, Brasil; procurador da República, Salvador, BA, Brasil. E-mail: andreneves@ufba.br

opponents and non-sympathizers of the authoritarian regime from the disputes and making them ineligible? The hypothesis of the work, confirmed by the findings of the research, is that the abuse of electoral power was invented precisely for this purpose, as part of the process of institutionalization of the dictatorship. The hypothetical-deductive method was used based on the research techniques of bibliographic review and document analysis.

Keywords: abuse of power; civil-military dictatorship; Electoral Law.

Recebido em 21/2/24

Aprovado em 25/4/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p141

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

Na doutrina e nos tribunais brasileiros, não raro a figura do abuso de poder eleitoral é empregada de maneira controversa. Por vezes, isso se justifica como resultado da “indeterminação e vagueza conceitual” do conceito de abuso (Gomes, 2020, p. 731), do regime capitalista (Costa, 1998, p. 275), de uma suposta ilimitação intrínseca (Ribeiro, 1993, p. 57) ou do “polimorfismo” do poder (Alvim, 2019, p. 177-181; Bim, 2002), como se o sistema social em que esse poder se radica não se tivesse diferenciado funcionalmente do jurídico. Chega-se mesmo a justificar a repressão do abuso em termos de economia comportamental, como forma de conter uma pretensa propensão humana à desonestade ou à transgressão (Villar; Aguiar; Tabak, 2017). Diante disso, não surpreende que existam refratários ao reconhecimento de limites ao poder de reprimi-lo – concepção que pode até produzir bons resultados em períodos de ameaças à democracia, mas é no mínimo problemática em tempos de normalidade.

² NEVES, André Luiz Batista. A invenção do abuso de poder eleitoral: uma análise do período inicial de formação do conceito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 243, p. 141-175, jul./set. 2024. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p141. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/243/ril_v61_n243_p141

³ Neves, A. L. B. (2024). A invenção do abuso de poder eleitoral: uma análise do período inicial de formação do conceito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(243), 141-175. https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p141

Este estudo investiga a invenção do conceito brasileiro de *abuso de poder eleitoral* como parte do processo de institucionalização da ditadura civil-militar⁴ instaurada em 1964. O objetivo é demonstrar que a inovação ocorreu sem preocupação real com sua delimitação semântica, mesmo porque essa ausência de limites servia melhor aos propósitos para os quais o conceito fora entronizado.

A questão norteadora é: o conceito de *abuso de poder eleitoral* foi inicialmente construído com o propósito de alijar das disputas e tornar inelegíveis opositores e não simpatizantes do regime autoritário? A hipótese central do trabalho, confirmada pelos achados da pesquisa, é que o abuso de poder eleitoral foi inventado com essa finalidade, como parte do processo de institucionalização do regime ditatorial.

Empregou-se o método hipotético dedutivo e as técnicas da revisão bibliográfica e da análise documental. Esta última, desenvolvida mediante pesquisa nos sítios eletrônicos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional, permitiu acessar discursos parlamentares recolhidos no *Diário do Congresso Nacional*⁵. Também foram consultadas matérias jornalísticas publicadas à época, disponíveis na hemeroteca digital da Biblioteca Nacional. Em todos os casos, as escolhas do que veio a integrar este artigo foram guiadas pelo objeto do estudo.

Também se pesquisaram acórdãos no sítio eletrônico do Superior Tribunal Eleitoral (TSE), com a chave de busca *abuso de poder*, bem como do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), com as chaves *abuso de poder* e *abuso de direito*. Consultou-se o periódico *Boletim eleitoral* nos casos em que as íntegras dos julgados não estavam disponíveis no sítio eletrônico do TSE. Em respeito aos limites temporais, o período enfocado pela pesquisa encerra-se imediatamente antes da vigência da Constituição promulgada em 23/1/1967.

Um dos marcos teóricos da pesquisa é a história dos conceitos, desenvolvida principalmente por Reinhard Koselleck. Ela os define como parte de uma rede semântica resultante de processos de atribuição de significados, o que permite compreender as dinâmicas sociais que nela subjazem (Koselleck, 2006, p. 106-107). Uma de suas vantagens metodológicas é a não hierarquização prévia das fontes, o que permitiu a pesquisa tanto em textos normativos e doutrinários quanto nas outras fontes já indicadas.

O outro marco teórico é o conceito de *modernidade periférica*, conforme explicação de Marcelo Neves, e a noção de *constitucionalismo instrumental* dele indissociável e especialmente

⁴ Torelly (2012, local. 867-874) observa que “o modo como os regimes repressivos são classificados semântico-valorativamente, mormente no nível retórico e na fala apropriada pelo senso comum – mesmo que produzida na política e na academia – “influencia “a formação de juízos jurídicos sobre os atos e práticas organizados para a sustentação do regime”, além de influenciarem “no tipo de medidas transicionais possíveis e necessárias ao processo de democratização”. Por questões metodológicas, este estudo não discutirá essas classificações ou como elas se aplicariam ao regime ditatorial brasileiro; ainda assim, é necessário escolher uma expressão para designar a autocracia que se instalou com o Golpe de 1964. E, ao fazê-lo, é necessário deixar clara a aliança que existiu entre os militares e parte da sociedade civil; ver, p. ex., Campos e Vasconcelos (2021).

⁵ As edições do *Diário do Congresso Nacional* referentes à tramitação do atual *Código eleitoral* não estão disponíveis nas páginas de busca do próprio Congresso Nacional, e sim nos hiperlinks referidos na página de acompanhamento da tramitação de projetos de lei da Câmara dos Deputados.

relevante para este trabalho. Correspondentes no essencial às construções semânticas de Loewenstein⁶, as constituições instrumentais são aquelas em que o sistema jurídico não limita o poder político, pois “os detentores do poder utilizam os textos ou leis constitucionais como puros meios de imposição da dominação, sem estarem vinculados normativamente a esses dispositivos” (Neves, 2020, p. 93-94). Assim, “o direito subordina-se diretamente à política” (Neves, 2015, p. 128), exatamente como ocorreu na ditadura.

Este artigo inicia-se com um breve exame de características da ditadura civil-militar (1964-1985), com especial atenção à legalidade autoritária. Em seguida, o texto examina como ocorreu a criação do conceito de *abuso de poder eleitoral*, investigando o perfil dos integrantes da comissão do TSE responsável pelo anteprojeto que propôs a inovação e os debates parlamentares que se seguiram. Com o objetivo de verificar como o conceito foi posto em prática, analisou-se o conjunto inicial de casos de abuso de poder eleitoral decididos pelo TSE, do início da vigência dos marcos normativos, que em 1965 incorporaram o conceito, até 23/1/1967. Isso permitiu estruturar uma análise do abuso de poder eleitoral nesse período formativo, para concluir que em verdade se estava diante de algo novo, criado pela ditadura civil-militar, que buscava institucionalizar-se. Tratava-se de um instrumento usado seletivamente para perseguir o que restava de seus opositores ou não simpatizantes após os expurgos promovidos pelos Atos Institucionais.

2 Características da ditadura civil-militar: a legalidade autoritária

Conforme apontam Cruz e Martins (2008, p. 8-9)⁷, desde o início o regime ditatorial caracterizou-se como um processo contínuo, durável e mutável.

A continuidade consistiu no fato de haver um só processo, distribuído no tempo e iniciado logo após o Golpe de 1964 (Lima, 2018, p. 91), com a decisão dos militares de não devolver integralmente o poder aos civis que os apoiaram (Fleischer, 1994, p. 163-164). A mutabilidade manifestou-se na alternância de ciclos de maior repressão com períodos de alguma liberalização. A durabilidade no sistema jurídico foi exercitada inclusive mediante a usurpação continuada do poder constituinte (Oliveira; Patrus, 2013, p. 536), anunciada nos preâmbulos do primeiro Ato Institucional⁸ (AI), de 9/4/1964, e do AI-2 (Brasil, 1964a,

⁶ Loewenstein (1979, p. 216) descreveu as constituições como normativas, nominalistas ou semânticas, em sua classificação “ontológica” das constituições (as aspas foram usadas pelo próprio constitucionalista).

⁷ Ver também Ciotola (1997, p. 79).

⁸ O nome dessa nova espécie normativa já tinha sido prenunciado num discurso proferido em 1960 por Cavalcante (Cavalcante [...], 1960, p. 5). Isso foi comentado por Câmara (2021, p. 280), que registrou: “Semanticamente, a confusão entre ato institucional e ato constitucional revela uma tentativa de normalização de um ato ligado à excepcionalidade, que aqui é apresentada como o momento prévio à construção de uma constituição da entidade subnacional”.

1965a)⁹, redigidos por Vicente Rao, Carlos Medeiros Silva¹⁰ e Francisco Campos, artífice da Constituição ditatorial outorgada em 1937¹¹.

Num jogo de ambiguidades, regras conviviam com exceções (Paixão, 2020, p. 231); amalgamou-se o que sobrara da Constituição de 1946 com as novas normas do “direito revolucionário” (Barbosa, 2018, p. 59-60; Chueiri; Câmara, 2015, p. 263) – produzidas em escala que só não se pode chamar de industrial porque esse adjetivo supõe algum grau de racionalidade.

Paradoxalmente, as eleições não foram totalmente suprimidas; mantiveram-se pleitos estaduais e municipais ao sabor das conveniências. Os resultados eram controlados em manipulações casuísticas mediante a modificação, inclusive retroativa, das regras (Fleischer, 1994). Essa tarefa foi desempenhada, sobretudo, com a retirada de mandatos e de direitos políticos de opositores e não apoiadores, sempre com a colaboração do Judiciário no que foi chamado por Franco Sobrinho (1970, p. 72-73), apoiador da autocracia, de “saneamento eleitoral”.

Há uma explicação para isso. No seu processo de institucionalização, a ditadura adotou o que Pereira (2010) identificou como *legalidade autoritária*, que, no discurso e nas aparências, procurava mostrar-se como um Estado de Direito (Paixão, 2014, p. 429).

Definindo *consenso* como “um sólido acordo firmado entre as elites quanto às linhas gerais, aos objetivos e às táticas das políticas adotadas”, Pereira (2010, p. 41) notou que os altos graus de integração e de consenso entre elites judiciárias e militares, existentes desde antes do Golpe de 1964, fizeram com que a repressão se valesse – com mais frequência do que na Argentina e no Chile – da judicialização das demandas repressivas; e acentua que essa cooperação entre civis e militares concedia aos réus alguma margem de manobra, ainda que pequena (Pereira, 2010, p. 251-252). Contudo, no plano geral tratava-se de uma colaboração disseminada por todo o aparato judiciário, que, convertido num importante sustentáculo da ditadura, veio a ser decisivo posteriormente para o arranjo institucional que dificultou uma justiça transicional quando ocorreu a redemocratização.

Tal alinhamento – reforçado pela adoção de medidas intimidatórias que minaram as garantias da magistratura (Paixão; Barbosa, 2008) – chegou a ser reconhecido, ainda que

⁹ Barbosa (2018, p. 81) afirma que “o preâmbulo do Ato Institucional n. 2 é a certidão de nascimento do poder constituinte permanente da revolução”. Enthusiasta da ditadura, Franco Sobrinho (1970, p. 61) escreveu que o AI-2 significava, na prática, a retomada da “revolução”. Schinke e Silva Filho (2016, p. 45), por outro lado, registraram a importância do AI-2 para as relações da ditadura com o Judiciário.

¹⁰ “Carlos Medeiros Silva foi promotor público, consultor jurídico para órgãos da administração federal, chefe de gabinete do ministro da Justiça, e procurador-geral da República (1957-1960). Participou da elaboração de diversas leis e, por décadas, foi o redator-chefe da *Revista Forense* e da *Revista de Direito Administrativo*. Foi nomeado após o AI-2, que ampliou o número de vagas de ministros do STF. Foi também ministro da Justiça (de 19/7/1966 a 15/5/1967). Silva é um excelente exemplo do perfil dos juristas civis que tiveram papel fundamental na montagem da engenharia constitucional que marcou o regime militar” (Chueiri; Câmara, 2015, p. 265).

¹¹ “Como escreveu dias depois [da edição do AI-2] o cronista Rubem Braga, todas as vezes que se acendiam as luzes do professor Chico Ciência, dava-se um curto-circuito nas instituições republicanas” (Gaspari, 2002, p. 124). Salданha (2001, p. 294) considerava Francisco Campos um “pajé intelectual”; “Culto – embora não erudito quanto muitos pensavam –, sempre quis ser no Brasil o que um Kroellreuter ou um Carl Schmitt foram na Alemanha, ou mais: o jurista hierofante das estruturas autocráticas, melhor ainda, o mentor cultural da ditadura”.

não com a devida extensão¹², no relatório da Comissão Nacional da Verdade (Brasil, 2014). À semelhança do que constatou Barrera (2015, p. 330-331) em relação ao caso argentino, essa atuação dos magistrados minimizou a percepção da ruptura com o passado democrático, projetando para os públicos interno e externo a imagem de um Estado de Direito, ao mesmo tempo que vendia uma representação do Poder Judiciário como instituição imune às contingências da política, imagem que seria posteriormente aproveitada na transição democrática e na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (Carvalho, 2017).

Essa cooperação também permitiu que, sem maiores problemas, aos juízes fosse confiada – porque eram confiáveis ao regime – a concretização de conceitos semanticamente indeterminados, como o de *abuso de poder eleitoral*. Essa aliança também explica a continuidade da realização de algumas eleições, limitadas e instabilizadas pela interferência de manipulações casuísticas, nos diversos experimentos realizados pela autocracia.

Engana-se, entretanto, quem pensa que os únicos apoiadores do novo regime estavam no Judiciário. Também colaboraram juristas que desde os anos 1930 se revezam na política, no Judiciário e nas posições acadêmicas (Bento; Engelmann; Penna, 2017, p. 296). Eles prontamente apoiaram o novo regime e sua retórica de combate à corrupção e ao comunismo (Recondo, 2018, p. 76), e contribuíram para a modelagem dos novos institutos jurídicos demandados pela autocracia.

Esse é o contexto em que deve ser compreendida a invenção do conceito de *abuso de poder eleitoral*. Embora se alinhasse com a retórica da juridicidade de uma legalidade autoritária e ocultasse sua real natureza com um discurso de proteção da moralidade, o conceito era originariamente destinado a legitimar a aquisição e a garantir a manutenção do projeto de poder da ditadura.

3 A invenção do abuso de poder eleitoral (1964-1967)

Em 1º/5/1964, o *Jornal do Brasil* noticiou a formação, por sugestão do ministro Cândido Mota Filho, de uma comissão no TSE para a elaboração de um novo código eleitoral (Nôvo [...], 1964, p. 5). As discussões logo ocuparam o sistema político, que falava em “reforma eleitoral” ao menos desde junho daquele ano, como reportaram jornais da época¹³.

¹² Schinke e Castro (2017, p. 160) criticaram os trechos do relatório da Comissão Nacional da Verdade que trataram do Poder Judiciário, porque ele seria “excessivamente seletivo” e teria deixado “de cumprir o seu papel de evidenciar a aliança firmada entre as forças golpistas e as elites desse poder republicano que segue manuseando um discurso repleto de elementos autoritários”.

¹³ O *Jornal do Brasil* informou que Milton Campos, em 22/6/1964, relatou a Magalhães Neto que já estavam “concluídos os estudos relativos à supressão da inelegibilidade para praças de pré, o estabelecimento do requisito da maioria absoluta para as eleições presidenciais e a extensão do direito de voto aos analfabetos” (Milton [...], 1964, p. 4). Ver Amaral [...] (1964, p. 1). De fato, a Emenda Constitucional nº 9, de 22/7/1964 (Brasil, 1964b), já alterara o sistema eleitoral, com modificações no processo de eleição do presidente da República e da elegibilidade dos militares.

Em agosto, os ministros do TSE reuniram-se com os presidentes de cada tribunal regional eleitoral (TRE), a fim de discutir a reforma (Reunião [...], 1964, p. 9). O presidente Castelo Branco assistiu a parte dos debates e, segundo o *Jornal do Brasil*, disse aos magistrados que era “preciso banir a fraude das eleições” (Castelo [...], 1964, p. 4)¹⁴. Havia pressa; afinal, em 3/10/1965 seriam realizadas eleições diretas em onze estados (Pereira, 2002, p. 48), e a ditadura civil-militar alteraria os marcos normativos eleitorais.

Buscava-se uma ampla reforma. Longe de ser uma iniciativa isolada, a adoção de um novo código destinado a revogar a Lei nº 1.164/1950 (Brasil, [1965f]) – o código eleitoral então vigente – conectava-se com a apresentação de um novo projeto de lei orgânica dos partidos políticos¹⁵, com a modificação do *locus* normativo das inelegibilidades, que não mais precisariam ser previstas apenas no texto constitucional, como ocorria na Constituição de 1946 (Neves; Oliveira, 2023, p. 698-705), e com a elaboração da primeira lei de inelegibilidades.

O propósito foi declarado à Câmara dos Deputados por Milton Campos, então ministro da Justiça, em discurso proferido em 22/3/1965. Disse ele que “o governo quer eleições e as quer limpas”, razão pela qual ele se incumbira de “criar as condições de [...] sobrevivência” da democracia, de “cavar os leitos por onde corram naturalmente as águas da normalidade constitucional”¹⁶. O *Código eleitoral* de 1950 não previa o abuso de poder eleitoral; à semelhança do *Código* de 1932, limitava-se a criminalizar o delito de corrupção eleitoral (Porto, 2000, p. 21).

Em contato com o Museu do Voto, constatou-se que não foram arquivados – portanto, não se encontram disponíveis à pesquisa – os papéis de trabalhos e as atas da comissão do TSE responsável pela elaboração do anteprojeto do novo código eleitoral. Formavam essa comissão os ministros Antônio Martins Vilas Boas, Décio de Miranda, Colombo de Souza e o diretor-geral Geraldo da Costa Manso; nenhum deles publicou algo específico a respeito dos trabalhos.

Está disponível apenas a exposição de motivos do anteprojeto, assinada pelo ministro Cândido Motta Filho. Nela se afirma que os trabalhos da comissão foram movidos por uma preocupação decorrente da “experiência desinteressada de magistrados eleitorais que, por

¹⁴ “O Presidente Humberto Castelo Branco disse no Tribunal Superior Eleitoral que a reforma eleitoral em preparação pela Corte excluirá os vícios da legislação atual, devido à seriedade com que vem sendo estudada. Citou vários exemplos de fraude e distorções que sofre a democracia devido a hábitos e omissões das leis em vigor, acentuando que na Câmara há deputados legalmente eleitos, mas ilegítimos, devido à inexpressiva votação recebida. Falando sobre fraude, o Presidente citou exemplo conhecido nos seus oito anos, quando viu na Lagoa de Mecejana, sua terra natal, no interior cearense, as cédulas depositadas nas urnas pelos eleitores no dia anterior. As urnas com votos fraudados haviam sido transportadas para a cadeia pública. Lamentou apurações demoradas, que ensejam arranjos, quando o povo já se desinteressa pelas apurações” (Castelo [...], 1964, p. 4).

¹⁵ Na mensagem encaminhada ao Congresso Nacional no início do ano legislativo de 1966, o presidente da República acentuou a relação entre tais atos normativos, ao destacar “o trabalho efetuado para dar ao País renovada estrutura política” (Brasil, 1966a, p. 7).

¹⁶ Testemunha ocular e amigo de Milton Campos, Pereira (2002, p. 49) registrou: “Em seu discurso, Milton Campos começou por afirmar que ‘o governo quer eleições e as quer limpas’, na data marcada, e terminou por dirigir-se às oposições e também aos que, seus companheiros, ‘de boa-fé, se opõem ao Governo em nome da democracia e da liberdade...’”, dizendo: “Vós clamais pela democracia, e nós lutamos pela criação das condições de sua sobrevivência. Vós reivindicais a liberdade, e nós trabalhamos para que ela se implante de modo definitivo no solo político do Brasil”.

motivo da alta e delicada missão que exercem, conhecem as dificuldades” que supostamente maculavam o Código então vigente, “incapaz de conter as fraudes e simulações eleitorais, o crescimento dos processos da influência do dinheiro, a formação artificial, à custa de favores inumeráveis, da clientela eleitoral” (Brasil, 1964f, p. 182-184).

Era um discurso alinhado com a agenda de reformas moralizantes – denunciadoras da falta de autonomia do sistema jurídico frente à moral e insertas num cenário mais amplo de “guerra cultural” (Quinalha, 2020) –, que desde o início tinha sido encampada pelo regime autoritário.

Na ausência de outras fontes documentais diretas, não se pode afirmar com certeza o quanto o anteprojeto de código eleitoral recebeu de influxo concreto do sistema político. Tampouco é possível precisar o quanto (ou até mesmo se) de fato recebeu influência dos conceitos de *abuso de direito* e de *abuso de poder* do Direito Público. Autores como Ribeiro (1993, p. 21) e Alvim (2019, p. 130, 196) sustentam, sem maiores discussões, que o abuso de poder eleitoral deriva do abuso de direito do Direito Privado; Niess (1994, p. 127) e Agra (2018, p. 221) fazem o mesmo – igualmente sem fundamentar – com o abuso e o desvio de poder vindos do Direito Administrativo. Na falta de fontes documentais, era necessário verificar se essas opiniões eram procedentes, ou seja, se o abuso de poder eleitoral seria mera derivação do abuso de direito conhecido no Direito Civil ou do abuso e do desvio de poder conhecidos do Direito Público.

Mensurar influência é algo intrinsecamente problemático; sempre existe a possibilidade de efetuar análises quantitativas, como o fez Souza (2014) com decisões sobre inelegibilidade em que tomou parte o ministro Moreira Alves. Contudo, no período estudado frequentemente os acórdãos são lacônicos, o que dificulta esse tipo de estudo. Pela ausência de menção, corre-se o risco de descartar o que talvez tenha sido omitido justamente porque os participantes consideravam óbvio demais para ser dito.

De toda sorte, a palavra *abuso* não era de uso frequente no TSE. Uma busca conduzida em 31/10/2022 no sítio eletrônico do TSE constatou que apenas quatro documentos a empregaram entre 1º/1/1955 e 31/12/1964¹⁷. Um deles é o acórdão de um mandado de segurança (MS), que refutou o enquadramento de uma decisão judicial como abuso de poder (Brasil, 1955b); o outro é uma resolução sobre propaganda partidária e campanha eleitoral, que, remetendo ao art. 42, I e III, do Decreto-lei nº 3.688/1941, proibia propaganda que perturasse “o sossego alheio, com gritaria ou algazarra, ou abuso de instrumentos sonoros ou sinais acústicos” (Brasil, 1958b, p. 694).

Houve alguma discussão sobre abuso – mas sem preocupação alguma em tratá-lo como figura autônoma – na Consulta nº 469/DF, apreciada em 20/9/1955 (Brasil, 1955a), e na Consulta nº 1.257/DF, que levou à edição da Resolução nº 5.909, de 1º/9/1958 (Brasil, 1958c). Ambas também versavam sobre propaganda.

¹⁷ Na Representação nº 1.346 – Classe X – Pernambuco (Bezerros), julgada em 17/9/1958 (Brasil, 1958a), empregou-se o termo *abuso*.

A primeira decidiu que cabia “à autoridade policial coibir abusos à livre manifestação do pensamento” (Brasil, 1955a), em resposta à indagação do chefe de polícia da capital federal acerca de consulta anteriormente respondida pelo TRE mineiro, autorizando a Divisão de Polícia Política e Social daquele Estado a reprimir qualquer ato de propaganda do Movimento Nacional Popular Trabalhista (MNPT), entidade ligada ao Partido Comunista, que não podia fazer propaganda por não deter registro partidário. Na segunda, o debate girou em torno da possibilidade de imposição às emissoras de rádio, concessionárias de serviço público, do dever de gravar os discursos, “visando à comprovação dos abusos” e à suspensão temporária da irradiação (Brasil, 1958c). A escassez do número de casos e a virtual ausência de debates jurisprudenciais sobre o conceito não ajudam a compreender sua formação.

Talvez um exame das biografias dos integrantes da comissão possa fornecer algumas pistas. Com esse objetivo, foram analisados os registros disponíveis nos sítios eletrônicos do STF, do TSE, do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getulio Vargas (CPDOC-FGV), das casas parlamentares e das faculdades de Direito em que laboraram.

A história de Antônio Martins Vilas Boas (ou Villas Boas), cujo nome é lembrado por ter sido o primeiro evangélico a compor o STF (Recondo, 2021), foi contada pelo ministro Carlos Velloso, seu amigo, em sessão comemorativa do seu centenário (Velloso, 1999, p. 13). Componente da geração mineira de “Milton Campos, Afonso Arinos, Amilcar de Castro, Carlos Drummond de Andrade, Valle Ferreira, Gustavo Capanema, Abgar Renault, Pedro Nava”, Vilas Boas estudou na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), instituição onde se tornou professor catedrático, com a apresentação da tese *Dos efeitos das nulidades em matéria de casamento* em concurso realizado em 1939. Foi Diretor da Casa de Afonso Pena, cujo prédio, construído em sua gestão (Leão Filho, 1966, p. 11), leva seu nome – *Edifício Prof. Vilas Boas*.

Martins Vilas Boas exerceu os cargos de promotor de Justiça, juiz municipal, procurador da República em Minas Gerais (Brindeiro, 1999, p. 23), procurador-geral do Estado (cargo hoje correspondente ao de procurador-geral de Justiça), secretário de Finanças e desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Vilas-Boas [...], c2009). Em 1953, publicou *Breve estudo sobre a posse*. Nomeado para o STF pelo amigo Juscelino Kubitschek¹⁸ em 1957, obteve aprovação unânime no Senado graças ao trabalho dos também amigos, mas então oposicionistas, Pedro Aleixo e Milton Campos (Leão Filho, 1966, p. 11). Vilas Boas integrou o TSE como ministro substituto (1960) e efetivo (1963), presidindo a Corte de 9/3/1965 até sua aposentadoria, em 15/11/1966.

Sua história sugere o domínio do conceito de *abuso de direito*. Com o intuito de verificar se o mesmo ocorria com o de *abuso de poder*, efetuou-se busca no sítio eletrônico do STF

¹⁸ No início da vida profissional, Antônio Martins Vilas Boas trabalhou como telegrafista do Departamento de Correios e Telégrafos; segundo Leão Filho (1966, p. 11), a amizade com Kubitschek começou quando o futuro presidente da República ingressou na mesma agência em 1918.

para empreender uma breve análise quantitativa, com ciência das mencionadas limitações. A pesquisa com a chave *abuso de poder* revelou que, entre 1º/1/1961 e 31/12/1965, o tema foi objeto de alguma atenção¹⁹ em apenas dois dos 54 resultados positivos, ambos relatados pelo ministro Vilas Boas. No MS nº 13.942/DF, decidido em setembro de 1964, o relator sustentou a ocorrência de abuso de poder, por ter sido inviabilizado o controle judicial, já que não se fundamentara o ato que revogou, por suposta ilegalidade, uma determinação anterior que gerara direitos a particulares (Brasil, 1964d). Por sua vez, na Representação nº 611/SP, ajuizada pelo procurador-geral da República contra a Assembleia Legislativa de São Paulo e julgada em dezembro do mesmo ano, a expressão *abuso de poder* foi empregada pelo ministro Vilas Boas com o sentido de prática de ato sem que o agente dispusesse de competência para tal – ou seja, de *excesso de poder* (Brasil, 1964e).

Junto com a biografia de Vilas Boas, os casos examinados permitem dizer que é quase certo que ele – civilista de origem – conhecia o conceito de *abuso de direito* e, tendo sido administrador público, desembargador e ministro do STF, tinha também noção do conceito de *abuso de poder*, ainda que não seja possível afirmar que acompanhava de perto as discussões que os administrativistas então travavam. No entanto, suas intervenções na reunião de 4/8/1964, em que ministros do TSE e presidentes de TRE discutiram a formação da comissão, evidenciaram seu interesse na reforma da legislação eleitoral (Reunião [...], 1964, p. 9).

Resta examinar os perfis dos demais integrantes da comissão.

Também mineiro e ex-aluno da Faculdade de Direito da UFMG, Décio Meirelles de Miranda optou pela advocacia no Rio de Janeiro, então capital federal, migrando para Brasília quando a cidade foi construída (Miranda [...], c2009). No TSE, fez parte, como jurista (substituto), da composição iniciada em 23/1/1961 e finda em 17/7/1963, e retornou à mesma classe como efetivo, entre 2/6/1964 e 20/11/1967. No exercício desse mandato, coube-lhe a relatoria do Recurso de Diplomação nº 238 – Classe V – Rio Grande do Norte (Natal), julgado em 10/6/1966 (Brasil, 1966d), lavrando o primeiro voto que tentou definir os abusos de poder econômico e de poder político²⁰. Décio de Miranda foi procurador-geral da República, desempenhando paralelamente a função de procurador-geral eleitoral entre 30/11/1967 e 30/10/1969. Em novembro de 1969 foi nomeado por Emílio Médici para o Tribunal Federal de Recursos (TFR), onde ficou até 1978, quando foi nomeado por Ernesto Geisel para o STF. Seguiu como membro do STF em diversas composições, nas classes de ministro do TFR e do STF.

José Colombo de Sousa (ou Souza) era ministro substituto, advindo do TJDFT. Cearense, amigo de Castelo Branco (Sousa [...], c2009)²¹, fora deputado federal pelo Partido Social Progressista, de que foi vice-líder na Câmara em 1958. Reeleito pelas oposições coligadas

¹⁹ Em vários casos de *habeas corpus* (HC), a exemplo do HC nº 40.836/GB, o ministro Vilas Boas usou a fórmula “por não haver ilegalidade ou abuso de poder a corrigir”, sem dizer o que exatamente *abuso de poder* significava (Brasil, 1964c).

²⁰ Ver seção 3.1.

²¹ Essa informação foi publicada pelo *Correio da manhã* (TSE [...], 1966, p. 3).

(Partido Social Democrático, Partido Trabalhista Brasileiro e Partido da Representação Popular), em 1960 foi indicado a desembargador do TJDF por Juscelino Kubitschek (Sousa [...], c2009) na vaga dos advogados. Sua extensa produção bibliográfica evidencia uma especial preocupação com o desenvolvimento regional²², o que, somado ao seu passado político, torna muito provável que ele tenha acompanhado as marchas e contramarchas que cercaram a aprovação da Lei nº 4.137/1962, que acabara de ser aprovada com vistas ao combate do abuso de poder econômico na esfera concorrencial²³. Para verificar se Colombo de Sousa participara de algum julgado em que foram debatidos os conceitos de *abuso de direito* e *abuso de poder*, realizou-se uma busca no sítio eletrônico do TJDF no período de 1º/1/1961 e 31/12/1965. Não houve resultado positivo para a chave *abuso de direito*; para *abuso de poder*, houve quatro; para dois deles estão disponíveis as íntegras dos acórdãos. Contudo, em nenhum há registro da discussão do conceito ou da participação de Colombo de Sousa.

A importância de Geraldo da Costa Manso, servidor de carreira do Judiciário Eleitoral, era de tal monta que seu obituário ocupou três páginas do *Boletim eleitoral*, publicação oficial do TSE. Filho do ministro Manuel da Costa Manso, do STF, bacharelou-se em Direito e em 1945 ingressou no TRE de São Paulo. Em 1955, escreveu com Arnaldo Malheiros *Legislação eleitoral e organização partidária* e foi nomeado diretor-geral do TRE paulista. Três anos depois passou a ocupar o mesmo cargo no TSE. Manso serviu sob as ordens de dezenove presidentes do STF, daquele ano até seu falecimento em 1987 (Brasil, 1987, p. 133). O prestígio de Costa Manso na época da elaboração do anteprojeto pode ser mensurado pela desenvoltura de sua participação na mencionada reunião dos ministros do TSE e presidentes de TREs em agosto de 1964. De acordo com reportagem do *Jornal do Brasil*, duas de suas proposições foram aprovadas: uma, “para que todas as eleições sejam realizadas em dois pleitos, de dois em dois anos”; e a outra, “estendendo a todas as mulheres a obrigatoriedade do voto”, à época “somente exigido” das que mantinham “atividades lucrativas” (Reunião [...], 1964, p. 9).

Assim, a comissão era formada por um civilista, sabedor em alguma medida também do Direito Administrativo, por dois condecorados do Direito Eleitoral e por um ex-político cujas obras eram de inspiração desenvolvimentista. As trocas de ideias desses agentes públicos – jamais registradas – formaram o núcleo inicial do conceito de *abuso de poder eleitoral*.

O *caput* do art. 250 do anteprojeto elaborado pela Comissão continha a seguinte redação: “A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em

²² Publicou *Unidade nacional* (1941), *Uma consciência contra a prepotência do dinheiro* (1941), *Atlanticidade do Brasil* (1942), *Afirmavações brasileiras* (1946), *Incapacidade do corretor oficial e objeto ilícito* (1946), *Reabilitação e prosperidade dos municípios* (1947), *Do julgamento inconstitucional e da revelia* (1947), *A crise econômica e a situação jurídica dos pecuaristas* (1949), *Organização e expansão da economia cearense* (1950), *Eletroficação do Cariri* (1951), *Recuperação do Nordeste* (1951), *Industrialização das regiões tropicais* (1951), *Mauá e as estradas de ferro* (1954), *Economia de base* (1956), *Caderno azul da eletrificação* (1957), *A justiça e a atualidade* (1970), *A tecnocracia e a prevalência do Direito* (1971), *O Nordeste e a tecnocracia da revolução*, *A Amazônia – a Igreja e o Estado: uma análise da ocupação e distribuição da terra no Centro-Oeste e região Amazônica*” (Sousa [...], c2009).

²³ Na opinião pública já era corrente a ideia da ingerência do poder econômico nas eleições. No artigo “O poder econômico”, por exemplo, publicado no *Jornal do Brasil* em 20/10/1960 (O poder [...], 1960, p. 3), ao comentar a derrota do marechal Henrique Lott para Jânio Quadros, afirma-se que “não há a menor dúvida de que o poder econômico influiu na política brasileira”, ajudando a eleger deputados e senadores.

desfavor da liberdade de voto, serão coibidos e punidos" (Brasil, 1964f, p. 228). Está-se no campo das conjecturas, mas faz sentido pensar em alguma interferência do ministro Vilas Boas na redação, pois, como já se comentou, em julgado por ele relatado no ano precedente, *abuso de poder* era sinônimo de *excesso de poder*, e não um gênero que continha este último e o *desvio de poder*, como à época já era corrente entre os administrativistas brasileiros.

O projeto apresentado por Milton Campos, ministro da Justiça, não fez alterações textuais significativas. Publicado no *Diário do Congresso Nacional* de 24/4/1965, um sábado, ele ganhou o número 2.745/1965 (Brasil, 1965h). O deputado Ulysses Guimarães (MDB) foi seu relator na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados. Os prazos previstos no AI-1²⁴ não foram estritamente observados; ainda assim, imprimiram forte e inegável pressão em favor da abreviação das discussões.

Entre 19 e 21/5/1965, o conceito de *abuso de poder eleitoral* não foi objeto de discussão na CCJ da Câmara, mas os debates confirmam que já circulavam as noções de *abuso de poder político* e de *abuso de poder econômico*. A primeira foi mencionada na defesa do deputado Geraldo Guedes²⁵ em emenda de sua autoria, que garantia ao eleitor o direito de requerer a retificação da sua seção de votação, de modo que ela ficasse próxima à sua residência (Brasil, 1966b, p. 16); a segunda, em discurso do deputado Affonso Celso²⁶ favorável à aplicação imediata (ou seja, nas eleições de 1966) da limitação da propaganda eleitoral aos sete meses imediatamente anteriores à data de realização dos pleitos eleitorais²⁷, discurso criticado por Ulysses Guimarães²⁸ e por Ruy Santos (UDN), então vice-líder do bloco parlamentar

²⁴ Contrariando a tradição constitucional brasileira (Barbosa, 2018, p. 57), o AI-1 deu ao presidente da República poder de iniciativa para apresentar propostas de emenda constitucional, que tramitariam com um procedimento simplificado. Além disso, os projetos de lei do Executivo seriam a partir de então automaticamente aprovados, caso não apreciados no prazo que estabelecia. Havia um propósito nisso: em abril de 1964, Silva (1964, p. 397-398), que fora um dos redatores do Ato Institucional, declarou que "as medidas de ordem jurídica que o Ato consagra visam à aceleração do processo legislativo, quanto a possibilitar as reformas constitucionais e a elaboração das leis".

²⁵ Então filiado ao Partido Social Democrático (PSD).

²⁶ À época filiado ao Partido Trabalhista Brasileiro (PTB).

²⁷ Para "eliminar um dos fatores mais nocivos e sobretudo mais vigorosos do abuso de poder econômico [...] através desta emenda, [...] que se refere à propaganda. De modo que, através desta emenda, procuro fazer com que ela seja regulada pela Justiça Eleitoral e toda e qualquer propaganda individual ou partidária, pelo jornal, revista, rádio, televisão, cinema, faixas, cartazes somente será admitida em lugares previamente determinados pela Justiça Eleitoral, ouvidos os órgãos técnicos de prefeituras municipais e assegurada aos candidatos absoluta igualdade de condições. Por outro lado isto obriga a que candidatos ricos deixem suas casas, seus gabinetes e venham para a praça pública participar dos debates públicos, debater os problemas com o povo, diretamente e não fiquem nos seus gabinetes financiando lá fora seus elementos, seus próprios candidatos para que façam a propaganda, contratem os programas de televisão, rádio, cinema, para que ponham retratos nos jornais com edições saindo diariamente nas páginas principais" (Brasil, 1966b, p. 55). Na página 71 da mesma edição do *Diário do Congresso Nacional*, discurso praticamente idêntico foi creditado ao deputado Geraldo Guedes.

²⁸ "Sr. Presidente, desejava ponderar ao nobre autor da emenda que ela quase ou em sua totalidade foi atendida no substitutivo em lugares diferentes. A propaganda por meio de cartazes poderá ser feita de acordo com as posturas municipais. As faixas não poderão ser colocadas em quaisquer lugares, mas poderão figurar na frente da casa do candidato. Poderá ser posta propaganda no rádio, televisão, até certa altura da campanha, após o que não poderá mais fazer. Assim, parece que, substancialmente em partes diferentes do Código, está regulado o assunto, isto ao desejo de evitar abusos e, inclusive, se lograrmos aprovar emenda que apresentamos, haverá limitação nos gastos" (Brasil, 1966b, p. 55). Resposta igual, que também teria sido proferida pelo deputado Ulysses Guimarães, mas em resposta a Geraldo Guedes, aparece na página 72 da mesma edição do *Diário do Congresso Nacional*.

de maioria da Câmara. Ele criticou o projeto, porque o texto não continha “nenhuma medida que possa coibir o abuso, a não ser aquela da filiação partidária para acabar com o paraquedismo dentro dos partidos” (Brasil, 1965c, p. 3.671).

Em sessão extraordinária noturna, o substitutivo da CCJ foi aprovado. Não houve alteração significativa no Senado. Promulgado em 15/7/1965, o *Código eleitoral* até hoje vigente dispõe no *caput* do art. 222 que é “anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o Art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei”. Por sua vez, o art. 237 afirma que serão punidos “a interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade” (Brasil, [2023]).

O eleitor e o partido político eram partes legítimas para provocar o corregedor-geral ou o regional, com o relato das condutas e a indicação das provas a produzir, para “pedir abertura de investigação para apurar uso indevido do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, em benefício de candidato ou de partido político” (Brasil, [2023]). Contudo, a inovação legislativa não foi acompanhada de esforço algum para definir o que viria a ser a interferência do poder econômico ou o abuso do poder de autoridades; na prática, transferia-se a tarefa ao Poder Judiciário.

Em 3/6/1965 havia sido promulgada a EC nº 14 à Constituição de 1946 (Brasil, 1965d), de iniciativa do presidente da República²⁹. Segundo Fleischer (1994, p. 165), ela fora uma resposta à pretensão de “alguns comandantes militares com ambições de candidatarem-se a governador em 1965”³⁰, a despeito de Milton Campos, que exercia o cargo de ministro da Justiça, ter afirmado na exposição de motivos do Projeto nº 2.746/1965 (Brasil, 1965i), relativo ao *Estatuto dos partidos políticos*, que partira do TSE a sugestão da emenda que trataria das “incompatibilidades eleitorais”³¹.

De fato, na reunião realizada entre os ministros do TSE e os presidentes dos TREs em agosto de 1964 já se declarava a disposição de “voltar à Constituição de 1891, quando se trata das incompatibilidades eleitorais”, a fim de que “seu elenco seja previsto em lei especial e não por dispositivo constitucional, para que, com muito mais facilidade, haja alteração toda vez que for exigida pela evolução nacional” (Reunião [...], 1964, p. 9). Para se fazer uma ideia do que isso significava, é necessário lembrar o tratamento até então dispensado às inelegibilidades. Decidira-se por sua disciplina minuciosa no próprio texto constitucional de 1946 (Tourinho, 1996), retirando-as do jugo das “maiorias cambiantes

²⁹ Pode ser lida em Rodrigues (1965) uma exposição detalhada da tramitação dessa emenda, com transcrição dos debates legislativos e das principais matérias jornalísticas da época.

³⁰ Em março daquele mesmo ano, o brigadeiro José Vicente Faria Lima fora eleito prefeito de São Paulo pela UDN “com o apoio político do ex-presidente Jânio Quadros (cassado pelo AI-1) e do ex-governador Carvalho Pinto, com 30% do voto popular, derrotando outros sete candidatos. Embora militar reformado, a eleição de Faria Lima provocou uma reação rápida por parte do governo militar: em 8 de abril de 1965, baixou a Emenda Constitucional n. 12, que previa a nomeação dos prefeitos das capitais dos estados e territórios e das estâncias hidrominerais por seus respectivos governadores” (Fleischer, 1994, p. 165). Sobre os militares cassados no curso da ditadura civil-militar, ver Schneider (2013).

³¹ À época, ainda não se havia estabilizado o conceito de *inelegibilidade* nos termos em que ele é compreendido hoje. A propósito, ver Neves e Oliveira (2023).

das legislaturas ordinárias”, porque “temia-se, como ainda hoje se teme, o caudilhismo latino-americano”, como afirmou Ferreira (1959, p. 23-24)³². A carga moral associada ao conceito de *inelegibilidade*, que ensejaria críticas futuras³³ e o acompanha desde o início de sua formulação, firmou como uma das finalidades das inelegibilidades a “moralização do voto”, ombreada com o “interesse social” e a “ordem pública” (Ferreira, 1959, p. 22) – não foi, pois, obra da legislação eleitoral da ditadura civil-militar, como pensou Gordilho (2015, p. 8). Ao tempo da formação do conceito de *abuso de poder eleitoral*, o conceito de *inelegibilidade* já integrava o senso comum teórico³⁴, muito embora ainda não estivesse totalmente diferenciado das incompatibilidades.

De qualquer forma, a Mensagem nº 8 do Poder Executivo, que encaminhou o projeto de emenda constitucional (EC), relata que, ao apresentar os anteprojetos do *Código eleitoral* e do *Estatuto dos partidos políticos*, o presidente do TSE Antônio Martins Vilas Boas considerou necessárias três ECs: uma para reger as “incompatibilidades eleitorais”, outra com o escopo de “determinar a coincidência das eleições em dois grupos” – tratou-se disso na EC nº 13/1965 –, e uma terceira, com o fim de permitir “o julgamento dos juízes eleitorais, nos crimes eleitorais, pelos Tribunais Regionais Eleitorais”³⁵.

Em favor dessas soluções militavam vários fatores, que não recomendariam a fixação das inelegibilidades no texto constitucional, mas na lei, para adaptação às novas realidades, como se declarou na Mensagem nº 8, que denunciava “o êxito crescente da influência da função pública e do poder econômico no processo eleitoral, e esses males, ao lado da corrupção e das infiltrações subversivas da ordem democrática, que comprometem cada vez mais o sistema representativo” (Rodrigues, 1965, p. 153). A assombrar os processos eleitorais – que o próprio Golpe de 1964 desrespeitara com a derrubada do presidente da República e as cassações de mandatos parlamentares –, estavam em pé de igualdade a subversão³⁶, a corrupção e a influência da função pública e do poder econômico. Tudo isso deveria ser saneado. Ao mesmo tempo, o debate supunha uma rigidez constitucional que não mais existia desde o Golpe. Na prática, pouco importava que as inelegibilidades de então decorressem de previsão constitucional; os atos institucionais e complementares facilmente contornavam esse obstáculo: alijavam da vida pública quem incomodasse a ditadura.

Em vez de debater a funesta situação política ou a falta de definição do que seria o abuso de poder eleitoral, a oposição explorou a mistura de incompatibilidade com inelegibilidade. Previsivelmente, a estratégia não obteve êxito. Foi rejeitada a subemenda do

³² Em respeito aos limites metodológicos, a história do conceito de inelegibilidade não é objeto de estudo específico neste artigo.

³³ Ver Costa (2018).

³⁴ Expressão aqui utilizada com o sentido que lhe foi dado por Warat (2004, p. 31-32).

³⁵ A mensagem foi transcrita em Rodrigues (1965, p. 152-154).

³⁶ Franco Sobrinho (1969, p. 69) escreveu em 1969 que a subversão fomentava lutas internas e usava “armas psicológicas que tornam a guerra subversiva em guerra psicológica, complementando uma atividade revolucionária com a desmoralização dos costumes e das crenças, dos governos e instituições, ou dos valores naturais da vida comunitária”.

deputado Nelson Carneiro, a qual tentava submeter ao Judiciário as cassações efetuadas com base nos Atos Institucionais, e o projeto foi aprovado. Em entrevista, Caio Mário da Silva Pereira, conhecido civilista e chefe de gabinete do ministro da Justiça³⁷, declarou que Nelson Carneiro pretendia impedir o “saneamento político” e louvou o texto da EC nº 14, que deveria ser redigida “em termos amplos”, sem “descer a um casuísmo desnecessário nem estatuir conceitos herméticos que venham mais tarde embaraçar a ação legislativa” (Nélson [...], 1965, p. 3).

O art. 2º dessa EC (Brasil, 1965d) autorizava a criação, mediante lei especial, de novas espécies de inelegibilidade, desde que necessárias à salvaguarda “do regime democrático” (como se ele estivesse em vigor), da “exação e probidade administrativas” e “da lisura e normalidade das eleições contra o abuso do poder econômico e uso indevido da influência de exercício de cargos ou funções públicas”. Pela primeira vez, o *abuso de poder eleitoral* era mencionado em dispositivo que detinha estatura constitucional, mas a sua definição ficara intencionalmente relegada à “plasticidade da lei comum [exigida] para neutralizar as mil formas novas que vêm surgindo”, como dizia a sua exposição de motivos³⁸. Rompia-se “a unidade do sistema constitucional”, como advertiu Marinho (1965, p. 9-10). A partir de então, em paralelo com as inelegibilidades constitucionais existiriam também as legais, mais facilmente alteráveis por quem exercia o Poder Legislativo e, desse modo, por quem o mantinha sob rédea curta.

A Lei nº 4.738, de 14/7/1965, primeira *Lei de inelegibilidades* desde 1934, recebeu o número imediatamente seguinte ao do *Código eleitoral*, embora tenha sido promulgada no dia anterior. Seu projeto fora apresentado pelo Poder Executivo em 22 de junho, ou seja, menos de um mês antes. Uma das inovações propostas era a possibilidade de reconhecer a inelegibilidade antes mesmo das eleições, fruto de estudos do Ministério da Justiça e da

³⁷ A biografia de Caio Mário da Silva Pereira redigida pelo CPDOC-FGV registra que ele foi fundador da UDN, em abril de 1945. Em 1950, foi o primeiro colocado no concurso para provimento do cargo de professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFMG. Em 1961, foi consultor-geral da República na presidência de Jânio Quadros. Opositor de João Goulart e apoiador do Golpe de 1964, foi chefe de gabinete do ministro da Justiça Milton Campos (1964-1965) e do ministro da Educação Pedro Aleixo (1966) (Pereira [...], c2009).

³⁸ Vale transcrever aqui o seguinte trecho da Exposição de Motivos nº 976-B, de 1965, relativa ao projeto que se converteria na *Lei de inelegibilidades*: “Sente-se que fatores vários contribuem para desaconselhar a rígida fixação das inelegibilidades e incompatibilidades em texto constitucional exaustivo, que dificulta a adaptação dos casos às imposições das necessidades e às exigências do tempo. É que se procura combater o êxito crescente da influência da função pública e do poder econômico no processo eleitoral, e esses males, ao lado da corrupção e das infiltrações subversivas da ordem democrática, comprometem cada vez mais o sistema representativo e exigem a plasticidade da lei comum para neutralizar as mil formas novas que vêm surgindo. Para formar uma ideia desse descompasso, basta confrontar a longa enumeração constitucional com a realidade eleitoral mais recente. A expansão dos fins do Estado e a crescente concentração do poder econômico têm criado funções e situações muito mais capazes de influir nos pleitos eleitorais que aquelas que vem enumeradas no texto da Constituição. De outro lado, a radicalização das posições políticas se tem acentuado com tal força, no mundo, que se torna aconselhável esteja o Poder Legislativo, em sua função ordinária e não apenas na constituinte, em condições de prover aos casos que venham surgindo ao longo das experiências e das conveniências da vida pública” (Brasil, 1965e, p. 4.761). Os limites impostos a este trabalho não permitem um exame pormenorizado desse pronunciamento – mediante a análise do discurso, por exemplo –, mas deve-se registrar que: a) o abuso de poder eleitoral, a corrupção e “radicalização das posições políticas” são colocados no mesmo plano, como se fossem equivalentes funcionais; b) não há a indicação de quem eram os responsáveis pela maior concentração do poder econômico ou pela “radicalização das posições políticas”; e c) o gerúndio foi empregado com a intenção de transmitir uma ideia de durabilidade, como já se mencionou brevemente neste trabalho.

liderança do governo na Câmara, num trabalho que contou com o empenho direto dos respectivos titulares, Milton Campos e Pedro Aleixo (Trabalho [...], 1965, p. 6). Em matéria com o revelador título “Incompatibilidade virtual é fórmula para evitar a eleição de indesejáveis”, a edição de 8/5/1965 do *Jornal do Brasil* deu conta do que denominou *inelegibilidade virtual*:

De acordo com essa fórmula, a inelegibilidade de qualquer candidato poderia ser arguida perante a Justiça eleitoral, mediante a apresentação de provas de atividade corruptora ou subversiva. Em processo especial, de rápida conclusão, a Justiça eleitoral se pronunciaria, verificando-se a declaração de inelegibilidade sempre que fosse reconhecida a validade da prova (Incompatibilidade [...], 1965, p. 4).

Na exposição de motivos do projeto, endereçada ao presidente da República, o ministro da Justiça Milton Campos afirmou que “o drama das democracias modernas é que elas precisam defender-se”; e, depois de citar a Lei italiana nº 645, de 20/6/1952, destinada a reprimir o neofascismo, o art. 18 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha e leis e precedentes judiciais estadunidenses³⁹, asseverou que

[a]s inspirações tanto da lei quanto da Emenda são as mesmas. Através das inelegibilidades, procura-se defender a democracia, e, portanto, o regime representativo inerente a ela em nossa ordem constitucional, contra os fatores que as possa perturbar.

Ora, esses fatores consistem, sobretudo, na subversão e na corrupção, esta resultante principalmente dos abusos do poder do Estado, no exercício indevido da função pública, e do poder econômico, através de seu emprego ilegítimo no processo eleitoral. [...]

De outro lado, esses mesmos fatores constituíram motivações da Revolução, e é natural que sejam também a tônica da legislação revolucionária, preocupada, em benefício da estabilidade democrática, em neutralizar aquelas causas (Brasil, 1965b).

Em outras palavras, sob a pretensa inspiração de normas jurídicas construídas na modernidade central – que, no caso norte-americano, permitiram a perseguição macarthista, ainda que em 1965 o quadro não fosse exatamente o retratado por Milton Campos⁴⁰ –,

³⁹ “Três diplomas legais se destacam no controle da atividade subversiva: *Smith Act*, de 1940; *Internal Security Act*, de 1950; e *Communist Control Act*, de 1954. O primeiro foi elaborado para reprimir, no período da segunda guerra mundial, atividades nazistas e outras de caráter insurreccional cujo objetivo seria destruir o governo dos Estados Unidos. Ao aplicar essa lei contra membros do Partido Comunista norte-americano e à luz da regra do ‘clear and present danger’, a Suprema Corte decidiu pela sua constitucionalidade no caso *Dennis v. United States* (op. cit [American Constitutional Law, de Rocco J. Trasolini], págs. 439/453). A segunda lei surgiu no período da guerra fria e procurou aplacar na opinião pública o sentimento de insegurança. A terceira desenvolveu a legislação anterior e é mais direta na contenção da atividade comunista, tendo obtido aprovação unânime da Câmara dos Representantes e do Senado dos Estados Unidos” (Brasil, 1965b).

⁴⁰ Em *Yates v. United States*, 384 US 298, de 1957, que ele citou no decorrer da exposição de motivos, a Suprema Corte estadunidense na realidade reverteu condenações efetivadas com base no *Smith Act*, deixando claro que aquela lei não proibia “advocacy and teaching of forcible overthrow of the Government as an abstract principle, divorced from any effort to instigate action to that end” (United States, 1957).

buscava-se salvaguardar a “democracia” civil-militar da subversão e dos abusos de poder econômico e estatal.

A *Lei de inelegibilidades* (Brasil, 1965g) cominava inelegibilidade a quem houvesse comprometido ou viesse a comprometer “a lisura e a normalidade de eleição”, mediante “abuso do poder econômico, de ato de corrupção ou de influência no exercício de cargo ou função pública”⁴¹ e aos controladores de empresas ou grupos empresariais monopolistas que não apresentassem à Justiça Eleitoral “prova de que fizeram cessar o abuso do poder econômico apurado, ou de que transferiram, por forma regular, o controle das referidas empresas ou grupo de empresas”, no prazo de seis meses antes do pleito⁴².

A definição de *ato de corrupção* podia ser inferida da remissão ao art. 299 do *Código eleitoral*⁴³, elaborado praticamente no mesmo tempo que a *Lei de inelegibilidades*. Contudo, em dispositivo algum de ambas as leis indicava-se o que vinha a ser *abuso de poder econômico* ou *influência no exercício de cargo ou função pública*⁴⁴. Em última análise, a delimitação das hipóteses de incidência incumbia aos magistrados eleitorais. De fato, o art. 7º da *Lei de inelegibilidades* atribuía à Justiça Eleitoral “o conhecimento e a decisão das arguições de inelegibilidade” (Brasil, 1965g). Num ordenamento em que conviviam a Constituição de 1946, seletivamente mutilada (Paixão, 2020, p. 231), e Atos Institucionais, que se declaravam imunes ao controle do Judiciário, era uma inegável demonstração de confiança da ditadura nos juízes.

Câmara (2021, p. 289) tem razão ao recordar que, na exposição de motivos do projeto de lei, Milton Campos citara a decisão denegatória de registro ao Partido Comunista do Brasil, proferida pelo STF no MS nº 900, e conclui: “pode-se inferir que Campos usou decisões anteriores do STF como forma de calcular uma posição favorável do Judiciário aos pedidos de impugnação, como de fato ocorreu”. O Judiciário correspondeu à confiança que nele fora depositada.

3.1 O abuso de poder eleitoral na práxis do TSE (de 1965 a 23 de janeiro de 1966)

O exame da jurisprudência da época deve ser precedido da advertência feita no primeiro volume do relatório da Comissão Nacional da Verdade:

⁴¹ O presidente da República vetou parcialmente o dispositivo, a fim de suprimir a expressão *sido condenados por haver*. Assim, em vez de dizer que a inelegibilidade era cominada aos que *tenham sido condenados por haver cometido*, a redação final o fazia para aqueles que *tenham cometido*. Essa alteração foi lembrada e mostrou-se decisiva no julgamento no TSE do Recurso nº 2.869 – Classe IV – Minas Gerais (Belo Horizonte), de que se falará adiante.

⁴² Isso valia para os cargos de presidente e vice-presidente da República (art. 1º, I, “I” e “O”), governador e vice-governador (art. 1º, II, “e”), prefeito e vice-prefeito (art. 1º, III, “d”), deputado federal e senador (art. 1º, IV), deputado estadual (art. 1º, V) e vereador (art. 1º, VI, “c”). A inovação foi elogiada por Marinho (1965, p. 12), que considerou de “grande valia” as regras que visavam “a condicionar o abuso do poder econômico no processo eleitoral”.

⁴³ “Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena – reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa” (Brasil, [2023]).

⁴⁴ O art. 237 do *Código eleitoral* estatui que “a interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos” (Brasil, [2023]).

em conjunto, as decisões do Poder Judiciário, quando do período ditatorial, refletem, muitas vezes, seu tempo e seus senhores; são expressões da ditadura e de seu contexto de repressão e violência. Os magistrados que ali estiveram – ou melhor, que ali permaneceram – frequentemente eram parte dessa conjuntura, inclusive porque, por meio da ditadura militar, foi-lhes garantido um assento naqueles tribunais. Quem quer que tenha sido nomeado para o STF, por exemplo, durante a ditadura, tinha clareza das circunstâncias a que estavam jungidos e quais votos eram esperados da sua lavra; sabiam da ausência de garantia dos magistrados; conheciam as reformas promovidas na composição e atribuições do tribunal; e, sobretudo, eram cônscios acerca de quem deveriam servir. Nesse contexto, conclui-se que a omissão e a legitimação institucionais do Poder Judiciário em relação às graves violações de direitos humanos, então denunciadas, faziam parte de um sistema hermético mais amplo, cautelosamente urdido para criar obstáculos a toda e qualquer resistência ao regime ditatorial, que tinha como ponto de partida a burocracia autoritária do Poder Executivo, passava por um Legislativo leniente e findava em um Judiciário majoritariamente comprometido em interpretar e aplicar o ordenamento em inequívoca consonância com os ditames da ditadura (Brasil, 2014, p. 957).

Ressalte-se com isso que tanto a EC nº 14 quanto a *Lei de inelegibilidades* foram aplicadas imediatamente após as eleições de 1965, realizadas apenas para prover o cargo de governador em onze estados⁴⁵. O abuso de poder eleitoral serviu para decretar a inelegibilidade de Sebastião Paes de Almeida por abuso de poder econômico; o abastado candidato a governador de Minas Gerais era apoiado pelo ex-presidente Juscelino Kubitschek, de cujo governo fora ministro da Fazenda⁴⁶.

⁴⁵ “A aparência serena e a personalidade contida, ponderada, não impediam Castello [Branco] de tomar ou sustentar decisões implacáveis. Dando um basta nas articulações eleitorais, determinou o adiamento do pleito presidencial por um ano e permitiu apenas a disputa para os governos de onze unidades da federação em 1965. Nela, dois estados eram considerados cruciais à ordem vigente: Guanabara e Minas Gerais” (Lima, 2020, local. 175-177).

⁴⁶ Sobre ele, o *Jornal do Brasil* traçou o seguinte perfil em 1966: “Silencioso, acanhado, e dinâmico, segundo o depoimento de seus amigos, Sebastião Paes de Almeida sempre começou cedo no trabalho e jamais admitiu bagunça em seu gabinete. Para ele, a ordem também sempre foi sinônimo de progresso. Mineiro de 48 anos e paulista de formação, Paes de Almeida teve muita sorte na vida e só entrou na política porque o Presidente Juscelino Kubitschek o achava um perito em desmanchar ondas, em vez de contribuir para aumentá-las. Mas o progresso de Paes de Almeida não teve início ao ser empossado ministro da Fazenda do governo de Juscelino Kubitschek. Homem público de um lado, homem de grandes iniciativas particulares do outro, assim Paes de Almeida dividiu sua vida nos últimos anos. No intervalo, dava-se ao luxo de contribuir com grandes quantias em dinheiro para a formação de pequenos clubes recreativos em São Paulo. Criou-se uma mitologia em torno desse personagem político e de suas aventuras filantrópicas. Paes de Almeida é o único brasileiro para quem espelho quebrado não representa azar: dedicando-se a produzir e a distribuir vidro plano no Brasil, ele dirige um grupo econômico de 14 indústrias, com capital de mais de Cr\$ 24 bilhões. Ex-seminarista, banqueiro, industrial e fazendeiro, *Tião Medonho* – como gostaria de ser chamado pelos eleitores – é considerado um pioneiro da indústria de vidro plano no Brasil, tendo fundado sua primeira fábrica em São Vicente (São Paulo) em 1938. Paes de Almeida foi acusado de testa-de-ferro dos americanos e, desinteressado do negócio (a VIDROBRAS), passou-o aos franceses, mas ainda ficou muito rico com a indústria e outras atividades agropecuárias. Sua candidatura a Governador de Minas Gerais, em 1965, foi impugnada. No final político de Paes de Almeida só sobraram os bilhões” (Sebastião [...], 1966, p. 3).

Tratava-se de uma pedra cantada. A inelegibilidade de Paes de Almeida já era aventada desde a tramitação do projeto de lei (Código [...], 1965, p. 8), chegando a ser anunciada por Pedro Aleixo, que contava com o veto presidencial à expressão “condenado pela justiça” (Veto [...], 1965, p. 1). A imprensa relatou que as convenções partidárias ocorreram sob a sombra da expectativa de judicialização posterior (PTB [...], 1965, p. 3). No Recurso nº 2.869 – Classe IV – Minas Gerais (Belo Horizonte), por maioria⁴⁷ o TSE reformou decisão proveniente do TRE mineiro, declarando que “os fatos irrogados ao candidato, recorrido, caracterizam comprometimento da lisura e da normalidade da eleição, por abuso de poder econômico” (Brasil, 1965j). Fizeram uso da tribuna Adauto Cardoso, advogado e delegado da recorrente (a UDN), Nelson Hungria, advogado do recorrido (Paes de Almeida) e do PSD, e Gustavo Capanema, coordenador da defesa, que enfatizou a “impossibilidade de uma lei retroagir – na hipótese às eleições de [1962] – para punir alguém por um pretenso e presumível delito, ainda a ser cometido” (TSE [...], 1965, p. 3).

Datado de 7/9/1965, o acórdão chama a atenção pela fragilidade dos seus argumentos⁴⁸. Con quanto tenha ressaltado que “a circunstância de ser o arguido, não milionário, mas bilionário, quiçá um dos raros em nosso país, é em si, constitucionalmente irrelevante” (Brasil, 1965j), o ministro relator Oscar Saraiva ressalvou que a maioria da “imensa fortuna” do candidato não estava em Minas Gerais, mas em São Paulo, no intuito de demonstrar a ausência de vínculo de Paes de Almeida com o estado pelo qual se candidatara⁴⁹. Os votos retroagiram o reconhecimento da inelegibilidade por abuso de poder econômico – que acabara de ser tipificada – à eleição para deputados federais de 1962, apesar de Paes de Almeida jamais ter sido condenado judicialmente por isso. Para caracterizar o abuso, foram citadas, mas não especificadas, “doações, serviços municipais, benemerências”, inclusive para a pavimentação de ruas.

A sessão de julgamento foi pormenorizada em reportagem de página inteira do *Correio da manhã* (TSE [...], 1965, p. 3). Entre outros fatos, registraram-se a presença de um público significativo e a incoerência no posicionamento do procurador-geral eleitoral, Oswaldo

⁴⁷ O ministro Henrique Diniz de Andrada declarou-se impedido e foi substituído após receber uma carta que encaminhava memorial. A missiva era subscrita por Pedro Aleixo, Adauto Lúcio Cardoso e seu tio, o deputado José Bonifácio Lafayette de Andrada, a quem devotava “a estima e respeito que os filhos devem aos pais” (Brasil, 1965j). Diniz de Andrada foi substituído por Esdras Gueiros, advogado do Banco do Brasil (TSE [...], 1965, p. 3). Luís Viana Filho, citado por Leonardo Barbosa, informou que os autores do memorial o intitularam “O Assalto ao Trem Pagador”: “Era a causticante evocação do célebre crime de que fora personagem um tal ‘Tião Medonho’, alcunha sob a qual Paes de Almeida permitira registrar-se” (Barbosa, 2018, p. 69).

⁴⁸ O parecer do procurador-geral eleitoral Oswaldo Trigueiro foi igualmente fraco. Posicionou-se ele em favor da inelegibilidade e da cassação do registro, porque o recorrido era rico e usara sua fortuna na eleição pretérita. A rigor, a manifestação do Ministério Públíco Eleitoral não impôs ao candidato o abuso, mas o mero uso de dinheiro, asseverando: “Se se reconhecesse, aos detentores de fortunas enormes, o direito de fazerem propaganda político-eleitoral, sem qualquer restrição quanto aos meios empregados, ou quanto ao volume dos recursos utilizados, o regime em breve deixará de ser uma democracia em que haja lugar para todos” – como se de fato houvesse –, “e transformar-se-á em regime de vocação plutocrática, que não é o melhor indicado para bem servir ao país” (Brasil, 1965j).

⁴⁹ Essa questão dizia respeito à necessidade de manutenção de quatro anos de domicílio eleitoral na circunscrição, determinada pela EC nº 14/1965, mas foi resolvida com a lembrança de que Paes de Almeida já era deputado federal por Minas, o que geraria um “domicílio eleitoral por ficção jurídica”.

Trigueiro⁵⁰, após a divulgação do resultado, o silêncio foi seguido da cantoria de *Peixe vivo* – “música de guerra do pessedismo juscelinista e que contém uma paródia de propaganda de Paes de Almeida” – pela “multidão que se achava concentrada desde as primeiras horas da tarde diante da sede do PSD” (TSE [...], 1965, p. 3). Paes de Almeida, assistido por Hungria, impetrou no STF o MS nº 16.444/DF, esclarecendo que, “por motivo de *conveniência*, em face da proximidade da data da eleição, deixara de recorrer da decisão impugnada, muito embora fosse *cabível*, no caso, recurso para o Eg. Supremo Tribunal Federal, com apoio no art. 281 do Código Eleitoral” (Brasil, 1967b). O feito só veio a ser apreciado em 7/12/1967, ou seja, depois das eleições. Seguindo o voto do ministro Raphael de Barros Monteiro, a ação constitucional nem sequer foi conhecida, por não se incluir “entre aquelas da competência originária do Eg. Supremo Tribunal Federal” e por estar prejudicado o pedido, pois o impetrante tivera “os seus direitos políticos suspensos por dois anos” (Brasil, 1967b).

Esse não foi o único caso controverso de aplicação do novo conceito. Em 10/6/1966, após renhida discussão resolvida com voto de desempate, o STE negou que o monsenhor Walfredo Gurgel⁵¹ e Clóvis Mota, respectivamente governador e vice-governador eleitos do Rio Grande do Norte, tivessem participação ou “conivência culposa na alegação [de] deturpação da vontade dos eleitores”. Naquela ocasião (Brasil, 1966d, p. 70) também se vaticinou que “a intervenção do Governador [Aluizio Alves, que apoiara a chapa eleita] não foi decisiva, não foi considerada ilícita pelo Tribunal local, cuja decisão é mantida, em face dos elementos de convicção existentes nos autos”. O acórdão de recurso (Recurso contra a diplomação, nº 238 – Classe V – Rio Grande do Norte (Natal)) mereceria um estudo próprio, porque o extenso voto do ministro Décio de Miranda: a) contém elementos embrionários do que muito posteriormente seria denominado *abuso de poder religioso*⁵²; b) fez no TSE a primeira defesa consistente da desnecessidade de coincidência das hipóteses de incidência dos arts. 222 e 237 do Código eleitoral com a de normas penais incriminadoras, deixando clara a independência entre a ilicitude eleitoral e a criminal⁵³; e c) para afastar a ideia da necessidade de dupla tipicidade (administrativa e penal), veiculou no TSE a primeira

⁵⁰ “Causou também surpresa a intervenção do procurador-geral eleitoral, sr. Oswaldo Trigueiro, quando acentuou logo de início que conhecia do recurso. Isso porque, sendo o recurso, formalmente, idêntico ao da véspera, formulado pelo mar. Lott [caso julgado no dia imediatamente anterior], contava-se que fosse opinar pelo não conhecimento. No mérito, o sr. Oswaldo Trigueiro pediu a procedência do apelo da UDN, por não estar caracterizado o domicílio eleitoral do sr. Paes de Almeida e ainda por incorrer nas sanções aplicáveis aos que abusam do seu poderio econômico” (TSE [...], 1965, p. 3).

⁵¹ Filiado ao Partido Social Democrático (PSD), que nacionalmente apoiava Castelo Branco. Em julho de 1965, o então governador potiguar Aluizio Alves declarou ao *Correio Braziliense* que naquele estado nordestino “os dois candidatos [a governador], das facções ‘verde’ e ‘vermelha’” apoiavam o presidente da República (Brum, 1965, p. 3).

⁵² “Os presentes autos encerram provas irrefutáveis da utilização do serviço público estadual em benefício do candidato da chamada ‘Cruzada da Esperança’. Provada e confessada a participação do representado na propaganda do mesmo candidato, assumindo a pregação do Governador o caráter de verdadeira fanatização das massas, o que vale como processo *sui generis* e coação, dado que suprime a igualdade dos candidatos no terreno da propaganda partidária, influindo desfavoravelmente contra o livre pronunciamento das urnas” (Brasil, 1966d, p. 72).

⁵³ “Nos itens 1º e 4º deste resumo, encontro, *data venia*, clara ofensa aos arts. 222 e 237 do Código Eleitoral. A eficácia, no plano eleitoral, dos vícios previstos nesses dispositivos, não depende de que os fatos apurados se apresentem com a tipicidade de crimes eleitorais, nem, quando se identificarem como tais, depende de se percorrer prévia ou simultaneamente a via processual adequada à apuração criminal” (Brasil, 1966d, p. 83).

tentativa de conceituação dos abusos de poder econômico⁵⁴ e de poder de autoridade (hoje mais conhecido como *abuso de poder político*), o que evidencia a influência do Direito Administrativo na construção deste último.

A importância desse precedente, acrescida da relevância de seu emissor, que compusera a comissão do anteprojeto do *Código eleitoral* e figuraria posteriormente em outras composições do TSE, exige a análise de alguns pontos desse voto. Equiparou-se à violação da legalidade o abuso de poder, que podia ser desafiado por MS e HC⁵⁵. Em seguida, defendeu-se a aplicação da “teoria do desvio de poder” no âmbito eleitoral, como instrumento de “proteção da igualdade democrática entre os candidatos”. Para isso, usou-se o que tinham assentado os publicistas brasileiros. Traçou-se inclusive um paralelo entre as “atribuições da autoridade” e o “poder discricionário”, na tentativa de “forçar a teoria” a ajustar-se aos casos examinados, que não versavam exatamente sobre atos discricionários. De qualquer forma, o julgado isentou de responsabilidade o então governador, que se candidatou a deputado federal pela governista Aliança Renovadora Nacional (Arena) (Brasil, 1966d).

O tema do abuso de poder eleitoral voltou a ser aventado nos Recursos de Diplomação nºs 235, 236 e 237 – Classe V – Paraíba, apreciados junto com os Recursos nºs 2.897, 2.899, 2.900 e 2.904 – Classe IV – Paraíba, que discutiram as inelegibilidades de João Agripino Filho e Severino Bezerra Cabral, arenistas eleitos, respectivamente, governador e vice-governador da Paraíba “por uma margem apenas de 2.900 votos”. Em 30/8/1966, o TSE recusou-se a atestar a existência de “desvio ou abuso do poder de autoridade e interferência do poder econômico”, embora tenham declarado a inelegibilidade de Severino Cabral, porque não se afastara tempestivamente da presidência do Banco Auxiliar do Povo S.A., “de Campina Grande, mantendo, com sua família, o controle acionário do referido estabelecimento” (Brasil, 1966c).

No Recurso nº 2.398 – Classe IV – Piauí (Teresina), julgado em 18/10/1966, manteve-se o registro de candidatura de Petronio Portela Nunes (Arena) a senador, que fora impugnada pelo oposicionista Movimento Democrático Brasileiro (MDB) por “abuso de poder econômico, de ato de corrupção ou de influência no exercício do cargo ou função pública”. O TSE alegou que alguns fatos – mas sem especificar quais – não foram comprovados e que outros – também não identificados – “não tiveram o alcance e configuração [potencialidade lesiva] que os faça incluir na previsão e na sanção da lei de inelegibilidades” (Brasil, 1966e).

Na sessão de 27/10/1966, o TSE voltou a reconhecer abuso de poder econômico no Recurso nº 2.948 – Classe IV – São Paulo, o qual dizia respeito ao pedido de candidatura de Joaquim Leite de Almeida, capitão exonerado do Exército com base no AI-9 e filiado

⁵⁴ “A interferência do poder econômico pode verificar-se por meios diretos, punidos criminalmente, tais os previstos nos arts. 299, 302, 303, 304, 334 do Código Eleitoral, ou por meios insidiosos, sutis, até mais eficazes, que escapam a qualquer sanção criminal” (Brasil, 1966d, p. 83).

⁵⁵ “O abuso de poder corresponde a uma certa violação da legalidade, mas não necessariamente da lei penal. Para anular o ato de qualquer autoridade, que configure abuso de poder, a Constituição assegura ao particular o uso do mandado de segurança, ou do *habeas corpus* se o detimento ilegal é à liberdade da pessoa, sem que o suplicante da correção tenha necessidade de identificar no ato abusivo o ilícito penal” (Brasil, 1966d, p. 83).

MDB⁵⁶. O TSE asseverou que: a) uma demissão estribada em Ato Institucional equivalia a uma declaração de indignidade para o oficialato, situação ensejadora de inelegibilidade nos termos do art. 182, § 3º, da Constituição de 1946 (Brasil, [1967a]); e b) o recorrente “confessadamente subornou um escrutinador da Junta Apuradora para se beneficiar de 205 votos. [...] E o depoente, além de corromper, abusou do seu poder econômico para levar a efeito a planejada corrupção” (Brasil, 1966f)⁵⁷.

No dia seguinte, 27/10/1966, o TSE fez incidir a *Lei de inelegibilidades* a fatos ocorridos em 1962, mantendo a negativa do registro de candidatura de Millo Cammarosano (Arena) em razão de sua participação em fraude eleitoral “praticada por funcionários da Justiça Eleitoral” e atestada pelo TRE paulista em 4/12/1963 (Brasil, 1966g). A fraude, “como preparador de registros eleitorais destinados à eleição [que se iria] realizar” também levou à inelegibilidade de Mario Ribeiro Teixeira, candidato a prefeito de Santo Antônio de Leverger pela sublegenda Arena-1 (Brasil, 1966h). Contudo, menos de um mês depois, em 11/11/1966, no Recurso nº 2.971 – Classe IV – Ceará (Fortaleza), o TSE recusou-se a ver abuso de poder econômico na conduta do candidato a deputado federal Jonas Carlos da Silva (Arena), que promovera propaganda eleitoral antecipada e paga. Nesse caso, o TSE valeu-se da tese da irretroatividade (Brasil, 1966i). Por outro lado, no Recurso nº 2.989 – Classe IV – Ceará (Fortaleza), Moacir de Oliveira Vieira, candidato a deputado estadual pelo MDB e oficial do Exército reformado por “decisão de um Conselho de Justificação por atos de corrupção (agiotagem, cheques sem fundo, etc.)”, teve sua inelegibilidade unanimemente confirmada pelo TSE em 13/11/1966, em decisão que continha apenas três parágrafos, fazendo remissão a “provas irrefutáveis” (Brasil, 1966j).

A impressão de que as normas constitucionais e legais repressivas do abuso de poder eleitoral eram usadas de forma instrumental e seletiva é reforçada pelo fato de se ter localizado, nesse período, apenas um julgado do TSE a condenar político do arco de sustentação da ditadura civil-militar. Nas palavras do ministro Célio Silva, relator do Recurso nº 2.993 – Classe IV – Ceará (Fortaleza), decidido em 14/11/1966, foi cancelado o registro do candidato a deputado estadual Marconi José Figueiredo de Alencar (Arena) porque ficara provado

que o recorrido, quando Prefeito de Araripe, recebeu da Secretaria de Saúde medicamentos destinados aos Postos de Saúde e da Secretaria de Educação e Cultura materiais

⁵⁶ Joaquim Leite de Almeida participava da política paulista antes mesmo da ditadura. Em 1960, era superintendente da Companhia Municipal de Transportes Coletivos do Município de São Paulo, quando teve seu nome envolvido em uma farsa, um suposto plano para assassinar o presidente eleito Jânio Quadros (Pistoleiro [...], 1960, p. 16). Em 1961, candidatou-se a vice-prefeito de São Paulo (Povo [...], 1961, p. 2) e, no ano seguinte, a deputado federal pela coligação janista PTN-MTR (Relação [...], 1962, p. 9).

⁵⁷ “Ele confessadamente subornou um escrutinador da Junta Apuradora para se beneficiar de 205 votos. Afirma que o fez, no objetivo maior, de comprovar a fraude na apuração, desde que os votos que criminosamente lhe foram computados, eram insuficientes para permitir-lhe galgar, sequer, uma décima suplência. Mas, é de se indagar, assim procedendo, não estará acaso comprometendo a lisura e a normalidade das eleições e corroborando para a desmoralização do processo eleitoral? Foi o recorrente partícipe eficiente e indissociável da fraude pois não podem medrar corrompidos se não existirem corruptores. E o depoente além de corromper, abusou do seu poder econômico para levar a efeito a planejada corrupção” (Brasil, 1966f).

escolares destinados aos estabelecimentos de ensino. Não deu, de imediato, destinação àquela mercadoria. Reteve-a por longo espaço de tempo e só posteriormente, quando já descompatibilizado e em plena campanha da sua candidatura à [sic] deputado estadual, resolveu distribuí-las, através de amigos e correligionários políticos, em outros municípios (Brasil, 1966k)⁵⁸.

Em nenhum dos casos pesquisados foram debatidos os limites do recém-inventado abuso de poder eleitoral. A nova figura somente foi objeto de alguma reflexão teórica numa oportunidade, o Recurso de Diplomação nº 238 – Classe V – Rio Grande do Norte (Natal). Ainda assim, citaram-se nesse acórdão conceitos oriundos do Direito Administrativo sem a devida preocupação de articulá-los concretamente com as questões que o caso impunha. Chegou-se até a falar de atos discricionários para justificar a alusão ao desvio do poder, sem demonstração alguma de que a situação fática subjacente dizia respeito de fato à discricionariedade administrativa. Pior ainda: na maioria das vezes, o abuso de poder eleitoral foi usado de forma seletiva, como instrumento de perseguição ao que restara da oposição à ditadura. O conceito servia, portanto, aos propósitos do regime. Por isso, não surpreende que ele continuasse a ser prestigiado no ciclo de institucionalização “revolucionária” inaugurado com a substituição da retalhada Constituição de 1946 por outro texto constitucional. Sem surpresas, o art. 148 da Constituição de 1967⁵⁹ será bastante similar ao art. 2º da EC nº 14.

4 Análise do abuso de poder eleitoral no seu período formativo inicial

O estudo da história do conceito de *abuso de poder eleitoral* mostra que no seu período formativo inicial não houve um esforço mínimo de definição dos significados ou dos limites dessa nova figura. Esse silêncio, no entanto, era semanticamente relevante. Como Koselleck (2006, p. 102) destacou, nenhum

autor pode criar algo novo sem voltar-se para o *corpus* estabelecido da linguagem, para aqueles recursos linguísticos criados diacronicamente no passado recente ou mais remoto e compartilhados por todos os falantes e ouvintes. Compreender ou ser compreendido pressupõe um conhecimento prévio de como a linguagem foi usada.

⁵⁸ O voto prossegue: “Pouco importa que o seu procedimento se tenha exteriorizado quando não mais exercia o cargo de Prefeito ou que a distribuição se tenha feito em municípios outros daquele onde fora [sic] Prefeito. Como bem salientou a Procuradoria [Regional Eleitoral] recorrente, se a distribuição houvesse ocorrido no Município onde era [sic] Prefeito e durante o seu mandato, talvez fosse difícil apurar o caráter abusivo da sua conduta. [...] Aquele que, no exercício de cargo ou função pública, recebe material destinado a Postos de Saúde e a estabelecimentos de ensino e o retém injustificadamente, para só vir distribuí-lo após descompatibilizar-se para concorrer a cargo eletivo, por certo pratica ato que pode vir a comprometer a lisura e a normalidade da eleição” (Brasil, 1966k).

⁵⁹ “Art. 148 – A lei complementar poderá estabelecer outros casos de inelegibilidade visando à preservação: I – do regime democrático; II – da probidade administrativa; III – da normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas” (Brasil, [1985]).

Toda palavra e todo conceito têm, portanto, um impulso diacrônico contra o qual qualquer um que busque um novo significado precisa operar.

Seja de *direito*, de *poder econômico* ou de *poder político*, o vocábulo *abuso* sugere a ideia de *mau uso*. Punir esse mau uso alinhava-se com o discurso moralizante articulado pelos defensores do Golpe e do início da ditadura. Porém, que moral era essa? Além de calar a quem a ela se opunha⁶⁰, ela era no mínimo hipócrita, já que “o ambiente político criado pela ditadura militar tornou propício um assédio pernicioso do poder econômico sobre a vontade estatal” (Tavares, 2015, p. 1.053). O *nomen juris* adotado também apelava para uma origem estrangeira, vinda da modernidade central, tida como paradigmática para o ordenamento nacional. Ele sugeria que, à semelhança do abuso de direito ou do desvio de poder, a estrutura da nova categoria jurídica coibiria condutas que “mereçam ser qualificadas valorativamente de ‘abusivas’ [...] sem especificar, em termos de propriedades descriptivas, em que condições uma certa ação merece tal qualificação valorativa”, deixando tal tarefa aos magistrados (Atienza; Ruiz Manero, 2006, p. 41, tradução nossa). Esse espaço normativo supostamente faria com que o conceito fosse adaptável às mais diferentes situações e servisse como espécie de válvula de segurança. Contudo, essa válvula depende do operador que de fato a maneja.

É provável que essa fosse a intenção dos formuladores do conceito, apesar da carência de fontes documentais e, passados tantos anos, orais. Cabe aqui lembrar o já citado depoimento dado ao *Jornal do Brasil* por Caio Mário da Silva Pereira, que teve participação decisiva no processo de invenção da figura. Como se viu anteriormente, opondo-se ao deputado Nelson Carneiro, Caio Mário defendeu que a definição deveria ser de tipicidade aberta, e não estrita.

De fato, o art. 2º, III, da EC nº 14/1965 permitiu a criação de outras hipóteses de inelegibilidade, para que fosse protegida a “lisura e [a] normalidade das eleições contra o *abuso do poder econômico* e uso indevido da influência de exercício de cargos ou funções públicas”, sem nenhuma preocupação em identificá-las. O mesmo dispositivo da EC nº 14/1965 também falava da proteção da “lisura e [da] normalidade das eleições contra [...] [o] uso indevido da influência de exercício de cargos ou funções públicas” (Brasil, 1965d, grifo nosso). O *caput* do art. 237 do *Código eleitoral* menciona o “desvio ou abuso do poder de autoridade”, expressão repetida no § 2º do mesmo artigo (Brasil, [2023]). Ao mesmo tempo que acenavam para o abuso de direito e o abuso de poder econômico, os colaboradores da ditadura igualmente o faziam com o abuso e o desvio de poder do Direito Público; todos eles dependiam da concretização do Poder Judiciário. Em outras palavras, essa dubiedade não só era conhecida, mas muito provavelmente foi induzida – a começar pela escolha de sintagmas parecidos

⁶⁰ Discurso que, num plano mais amplo, usava da censura para “combater ameaças contra valores morais e espirituais da nacionalidade, formação cívico-moral do homem brasileiro (em particular da juventude), laços familiares, dentre outras tantas designações utilizadas para referir à ‘guerra psicológica’ que setores opositores supostamente travavam” (Quinalha, 2020, p. 1.729-1.730).

com os que rotulavam conceitos já conhecidos e entronizados no ordenamento – pelos juristas que colaboraram com o regime para criar o conceito de *abuso de poder eleitoral*.

Saliente-se o padrão de alta integração e de sólido consenso entre as elites militares e judiciárias, identificado por Pereira (2010), que estudou decisões da Justiça Militar federal do período, como legalidade autoritária. Porém, quando se observa o campo eleitoral, vê-se que a colaboração entre o Judiciário e a ditadura não se limitava aos julgamentos, ao uso instrumental do Direito positivado. Ela incluía a própria elaboração das normas constitucionais e legais com as quais os juízes posteriormente julgariam. Anteprojetos foram elaborados pelo TSE, encampados pelo Poder Executivo, aprovados pelo que restava do Legislativo e, de forma circular, aplicados pelo próprio Judiciário. O grau de cooperação era muito superior ao registrado por Anthony Pereira. Isso pode explicar por que continuaram a ser realizadas algumas eleições, mesmo que limitadas e instabilizadas pela interferência de manipulações casuísticas, nos diversos experimentos eleitorais da ditadura civil-militar (Barbosa, 2017, p. 147-148).

5 Conclusão

Para a construção do conceito de *abuso de poder eleitoral* foi decisiva a participação de uma elite de juristas brasileiros, que transitavam entre cargos políticos, acadêmicos e judiciários desde o Golpe de 1964. Seus nomes ainda são protegidos por uma espécie de autocontenção velada dos pesquisadores, um silêncio sobre colaboradores da ditadura que conseguiram montar redes – muitas das quais ainda ativas – de apoio no meio acadêmico (Seelaender, 2012, p. 415-416).

A escassez de fontes disponíveis não autoriza que algo se afirme conclusivamente. Quando se consideram alguns aspectos – como a) a composição da comissão do TSE que elaborou o anteprojeto do atual *Código eleitoral*; b) o discurso moralizante do início da ditadura civil-militar que se alinhava com a ideia de correção do Direito pela moral; c) os debates parlamentares efetuados quando tramitaram os projetos que se converteram na EC nº 14/1965, no *Código eleitoral* e na *Lei de inegibilidades*; e d) a práxis do TSE –, é possível afirmar que muito provavelmente tenha existido a intenção de insinuar a filiação da nova figura ao abuso de direito e/ou o abuso de poder, considerados como oriundos da modernidade central. Tratava-se, no entanto, de algo novo, distinto dos conceitos de que parecia descender, inventado pela ditadura civil-militar que buscava institucionalizar-se. E esse algo novo precisava, na sua aplicação concreta, da atuação do Poder Judiciário, que à época mantinha estreita colaboração com os detentores do poder.

Por que ocorreu essa invenção do abuso de poder eleitoral? A análise dos usos concretos do conceito na práxis do TSE do período estudado apontou que não houve tentativas relevantes de defini-lo, impor limites ou elaborar um rol de casos paradigmáticos capazes de favorecer a previsibilidade dos processos eleitorais. Logo, a invenção não ocorreu

verdadeiramente para melhorar a qualidade das escolhas dos eleitores nas limitadas eleições que foram mantidas.

Em boa parte dos julgamentos pesquisados, o abuso de poder eleitoral foi usado como instrumento de perseguição ao que restava de oposição à ditadura civil-militar, após os expurgos promovidos pelos Atos Institucionais. Por isso, é possível dizer que a invenção teve o propósito de alijar das disputas e impingir inelegibilidade a opositores e não simpatizantes da ditadura civil-militar, mas também foi direcionada contra candidatos cujo capital político era pouco significativo, ao menos para os ministros que então compunham o TSE. É sintomático disso o fato de que eles raramente se davam ao trabalho de fundamentar as suas decisões. No constitucionalismo instrumental da modernidade periférica, a divisão real de poder não se relaciona estritamente com a filiação a partidos políticos, especialmente se eles forem artificialmente criados, como foi o caso do Brasil.

Compreender as origens autoritárias, o uso instrumental que se fez do conceito e o simples, mas importante fato de que se trata de uma inovação, com todo um campo semântico construído posteriormente (e não por supostos ancestrais vindos da modernidade central) é essencial para, em tempos de ameaças ao Estado democrático de Direito, refletir sobre (e atualizar) o que o abuso de poder eleitoral representa e pode representar. Talvez assim seja considerada a pretensão de efetivação emanada da atual Constituição, evitando-se usos seletivos como os relatados neste trabalho. Mas essa é outra história.

Referências

- AGRA, Walber de Moura. *Poder econômico, financiamento eleitoral e a não concretização da Constituição econômica*. 2018. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
- ALVIM, Frederico Franco. *Abuso de poder nas competições eleitorais*. Curitiba: Juruá, 2019.
- AMARAL prepara as sugestões do PSD à Reforma Eleitoral. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, ano 74, n. 146, p. 1, 23 jun. 1964. Disponível em: http://memoria.bn.br/doctreader/DocReader.aspx?bib=030015_08&Pesq=inelegibilidade&pagfis=54878. Acesso em: 15 maio 2024.
- ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018. (Série Colóquios de Excelência, n. 2). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/10028>. Acesso em: 15 maio 2024.
- _____. The ballot under the bayonet: election law in the first years of the Brazilian civil-military regime (1964-1967). *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 145-170, jan./abr. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201707>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/68911>. Acesso em: 15 maio 2024.
- BARRERA, Leticia. ¿Ruptura o continuidad?: a propósito de la transición de la Corte Suprema de la dictadura a la democracia. In: BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (ed.). *¿Usted también, doctor?: complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Ed., 2015. p. 327-344.

BENTO, Juliane Sant'Ana; ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana Rodrigues. Doutrinadores, políticos e “direito administrativo” no Brasil. *Política & Sociedade: revista de sociologia política*, Florianópolis, v. 16, n. 37, p. 286-314, set./dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5007/2175-7984.2017v16n37p286>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2017v16n37p286>. Acesso em: 15 maio 2024.

BIM, Eduardo Fortunato. O polimorfismo do abuso de poder no processo eleitoral: o mito de Proteu. *Revista de Direito Administrativo*: RDA, Rio de Janeiro, v. 230, p. 113-139, out./dez. 2002. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v230.2002.45918>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45918>. Acesso em: 15 maio 2024.

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, 1964a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Mantém 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, 1965a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.956-A, de 1965. Estabelece novos casos de inelegibilidades, com fundamento no art. 2º da Emenda Constitucional nº 14. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1965b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=208314>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Brasília, DF: CNV, dez. 2014. v. 1. E-book. Disponível em: https://www.gov.br/memoriasreveladas/pt-br/assuntos/comissoes-da-verdade/volume_1_digital.pdf. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Congresso Nacional. Ata da 1ª Sessão Conjunta, em 1º de março de 1966. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, DF, ano 21, n. 2, p. 6-67, 2 mar. 1966a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/17123?sequencia=1>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1967a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Discussão única do Projeto 2.745-A, de 1965, que institui o Código Eleitoral; tendo parecer, da Comissão de Constituição e Justiça, pela constitucionalidade e pela juridicidade, com substitutivo. *Diário do Congresso Nacional*: seção 1, Brasília, DF, ano 20, n. 66, p. 3.668-3.673, 27 maio 1965c.

_____. Emenda Constitucional nº 9, de 22 de julho de 1964. Altera os artigos 38, 39, 41, 45, 81, 82, 83, 95, 132, 138 e 203 e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1964b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-64.htm. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Emenda Constitucional nº 14, de 3 de junho de 1965. Altera o inciso IX do art. 124 e o art. 139 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1965d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc14-65.htm. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Exposição de Motivos nº 976-B, de 1965, do Ministro da Justiça. *Diário do Congresso Nacional*: seção 1, Brasília, DF, ano 20, n. 83, p. 4.761-4.762, 23 jun. 1965e.

_____. Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950. Institui o Código Eleitoral. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1965f]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l1164.htm. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2023]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4737-15-julho-1965-356297-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Lei nº 4.738, de 14 de julho de 1965. Estabelece novos casos de inelegibilidades, com fundamento no artigo 2º da Emenda Constitucional número 14. Brasília, DF: Presidência da República, 1965g. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4738.htm. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Notas taquigráficas das reuniões realizadas de 19 a 21-5-65 - 12ª, 13ª, 14ª, 15ª e 16ª reuniões plenárias. *Diário do Congresso Nacional*: seção 1, Brasília, DF, ano 21, n. 121, p. 2-142, 31 ago. 1966b. Suplemento.

_____. Projeto nº 2.745, de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário do Congresso Nacional*: seção 1, Brasília, DF, ano 20, n. 43, p. 2.147-2.165, 24 abr. 1965h.

_____. Projeto nº 2.746, de 1965. Institui o Estatuto Nacional dos Partidos Políticos. *Diário do Congresso Nacional*: seção 1, Brasília, DF, ano 20, n. 43, p. 2.165-2.168, 24 abr. 1965i.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus* nº 40.836/GB. *Habeas corpus* denegado, por não haver ilegalidade ou abuso de poder a corrigir. Impetrante: Ekel Luiz Servio de Souza. Paciente: Nilo Marques França. Relator: Min. Vilas Boas, 23 de setembro de 1964c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=57653>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança* nº 13.942/DF. Mandado de segurança concedido, por voto de desempate. - Os atos administrativos podem ser rescindidos. Mas, quando já operaram efeito, tomando o caráter de direito adquirido, a Autoridade deve indicar, precisamente, o vício ou ilegalidade de que se achem contaminados, para se possibilitar o controle judicial sobre a revogação [...]. Requerentes: Alba Cristina Alves Brandão e outros. Coator: Presidente da República. Relator: Min. Vilas Boas, 31 de julho de 1964d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84005>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança* nº 16.444/DF. Mandado de segurança visando a declaração de inelegibilidade temporária, imposta pelo Tribunal Superior Eleitoral. Matéria que escapa daquelas que se incluem como da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Não conhecimento do "writ", com a remessa dos autos ao Eg. Tribunal Superior Eleitoral. Requerente: Sebastião Paes de Almeida. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Raphael de Barros Monteiro, 7 de dezembro de 1967b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84405>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Representação* nº 611/SP. Pertence à Assembleia Legislativa o poder de emendar, de vez que essa prerrogativa, quando usada, não exprima abuso de poder. Reclamação improcedente. Representante: Procurador-Geral da República. Representada: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Min. Vilas Boas, 3 de dezembro de 1964e. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263502>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Anteprojeto de Código Eleitoral e de Estatuto Nacional dos Partidos Políticos. *Boletim Eleitoral*, Brasília, DF, ano 14, n. 161, p. 181-249, dez. 1964f. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/2130>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta* nº 469 - Classe X - Distrito Federal. Propaganda política por entidade não instituída regularmente: cabe à autoridade policial coibir abusos à livre manifestação do pensamento. Relator: Min. Afrâni Costa, 6 de dezembro de 1955a. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/13650>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Dr. Geraldo da Costa Manso. *Boletim Eleitoral*, Brasília, DF, ano 36, n. 427, p. 133-135, fev. 1987. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1823>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Mandado de Segurança nº 25 – Classe II – Distrito Federal*. Indefere-se pedido de Mandado de segurança que não verse sobre direito líquido e certo. Não se pode considerar ilegalidade ou abuso de poder decisão judicial, embora errada, desde que a ação se haja movido consoante o rito, e respeitados tenham sido seus trâmites e o direito das partes. Impetrantes: Partido Socialista Brasileiro (Seção do Distrito Federal) e outro. Órgão coator: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Pedro Paulo Penna e Costa, 25 de janeiro de 1955b. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/76897>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recursos de Diplomação nº 235, 236, 237 – Classe V – Paraíba. Recursos nº 2.897 a 2.899, 2.900 a 2.902, 2.904 – Classe IV – Paraíba*. Recurso contra a diplomação dos candidatos aos cargos de Governador e Vice-Governador da Paraíba. Recursos parciais. Conhecidos os recursos parciais e transferida a apreciação da matéria neles contida para os recursos de diplomação [...]. Recorrentes: Senadores Rui Carneiro e Argemiro de Figueiredo (Recurso n. 235); Raimundo de Gouveia Nóbrega e outros (Recurso n. 236); Procurador Regional Eleitoral (Recurso n. 237). Recorridos: João Agripino Filho e Severino Bezerra Cabral (Recursos n. 235 e 236); Severino Bezerra Cabral (Recurso n. 237). Relator: Min. Antônio Gonçalves de Oliveira, 30 de agosto de 1966c. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/12457>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso de Diplomação nº 238 – Classe V – Rio Grande do Norte (Natal). Recurso ordinário e especial contra diplomação do candidato eleito ao cargo de Governador e Vice-Governador do Estado do Rio Grande do Norte. Improcedência dos recursos. Os candidatos não tiveram participação nem são acusados de conivência culposa na alegação deturpação da vontade dos eleitores [...]. Relator: Min. Antônio Gonçalves de Oliveira, 10 de junho de 1966. *Boletim Eleitoral*, Brasília, DF, ano 16, n. 182, p. 70-92, set. 1966d. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmui/bitstream/handle/bdtse/2270/1966_boletim_eleitoral_a16_n182.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso nº 2.398 – Classe IV – Piauí (Teresina). Rejeita a preliminar de nulidade do M.D.B. contra o registro do Dr. Petrônio Portela Nunes e nega provimento ao recurso. Recorrente: Movimento Democrático Brasileiro. Recorridos: Tribunal Regional Eleitoral; Aliança Renovadora Nacional. Relator: Min. Henrique Diniz de Andrade, 18 de outubro de 1966. *Boletim Eleitoral*, Brasília, DF, ano 16, n. 183, p. 142-217, out. 1966e.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso nº 2.869 – Classe IV – Minas Gerais (Belo Horizonte)*. Recurso de inelegibilidade, fundado no art. 13 da Lei 4.738/65, de que se conhece. Domicílio eleitoral. A exceção do § 2º do art. 139 da Constituição (Emenda Constitucional n. 14) aplica-se a exercente atual de mandato de deputado federal [...]. Recorrente: União Democrática Nacional (Seção de Minas Gerais). Recorridos: Deputado Sebastião Paes de Almeida; Partido Social Democrático (Seção de Minas Gerais). Relator: Min. Oscar Saraiva, 7 de setembro de 1965j. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/12915>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso nº 2.948 – Classe IV – São Paulo*. É inelegível com fundamento na letra L do art. 1º, inciso I da Lei 4.738 quem corrompe escrutinador de mesa apuradora para obtenção ilícita de votos mesmo sob color de comprovar irregularidades no processo de apuração. Recorrente: Joaquim Leite de Almeida. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. João Henrique Braune, 27 de outubro de 1966f. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/17452>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso nº 2.952 – Classe IV – São Paulo*. 1) Inelegibilidade. Fraude eleitoral. Afirmação do Tribunal Regional Eleitoral quanto à coautoria do candidato e de funcionários da Justiça Eleitoral. Efeitos que se comunicam ao coautor [...]. Recorrentes: Millo Cammarosano; Aliança Renovadora Nacional. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Victor Nunes Leal, 28 de outubro de 1966g. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/8154>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso nº 2.963 – Classe IV – Mato Grosso (Cuiabá)*. É inelegível, nos termos do art. 1º, inciso I, letra L da Lei 4.738/65, preparador eleitoral que pratica, no exercício de suas funções, irregularidade grave que ensejou, do Tribunal Regional Eleitoral competente, declaração de responsabilidade criminal. Recurso conhecido e provido. Recorrente e recorrido: não indicados. Relator: Min. Oscar Saraiva, 7 de novembro de 1966h. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/10468>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso nº 2.971 – Classe IV – Ceará (Fortaleza). – Não incorre na inelegibilidade da letra L, inciso I, do art. 1º da Lei n. 4.738-65, a propaganda doutrinária feita pelo candidato antes de escolhido candidato pela Organização Política. – Negou-se provimento ao recurso. Recorrentes: Procurador Regional Eleitoral; Aliança Renovadora Nacional. Recorrido: Tribunal Regional Eleitoral. Relator: Min. Américo Godoy Ilha, 11 de novembro de 1966. *Boletim Eleitoral*, Brasília, DF, ano 16, n. 185, p. 331-332, dez. 1966i. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/2279/1966_boletim_eleitoral_a16_n185.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso nº 2.989 – Classe IV – Ceará (Fortaleza). Inelegibilidade prevista na alínea L, art. 1º da Lei 4.738 – Confirma-se a decisão do Tribunal “a quo” que a declarou com base em provas irrefutáveis. Recorrente: Movimento Democrático Brasileiro. Recorrido: Procurador Regional Eleitoral. Relator: Min. Henrique Diniz de Andrade, 13 de novembro de 1966j. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/13416>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso nº 2.993 – Classe IV – Ceará (Fortaleza). Compromete a lisura e a normalidade de eleição aqueles que, no exercício de cargo ou função pública, recebe material destinado a Postos de Saúde e estabelecimentos de ensino e os retém injustificadamente para só vir a entregá-los após desincompatibilizar-se para concorrer a cargo eletivo [...]. Recorrente: Procuradoria Regional Eleitoral do Ceará. Recorrido: não indicado. Relator: Min. Célio Silva, 14 de novembro de 1966k. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/17441>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1.346 – Classe X – Pernambuco (Bezerros). Representação sobre violência policial a cujo respeito o Tribunal Regional já tomou as devidas providências. Relator: Min. Antônio Vieira Braga, 17 de setembro de 1958a. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/86690>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 5.791 – Processo nº 1.024 – Classe X – Distrito Federal. Instruções sobre propaganda partidária e campanha eleitoral. Relator: Min. José Duarte Gonçalves da Rocha, 24 de junho de 1958. *Boletim Eleitoral*, Brasília, DF, ano 7, n. 84, p. 694-696, jul. 1958b. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/2033>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 5.909 – Consulta nº 1.257 – Classe X – Distrito Federal. Instruções complementares às que expediu o Tribunal sobre propaganda partidária. Relator: Min. Antônio Vieira Braga, 1º de setembro de 1958c. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/22997>. Acesso em: 15 maio 2024.

BRINDEIRO, Geraldo. Discurso do Doutor Geraldo Brindeiro, Procurador-Geral da República. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Antônio Martins Villas Boas: (centenário do seu nascimento), 15.11.1996: sessão plenária realizada em 21.5.1997. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1999. p. 22-24. (Série Centenário de Nascimento, 4). Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/3367/212556.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 maio 2024.

BRUM, Nasi. O governo e a notícia. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, n. 1.577, 22 jul. 1965. 1º Caderno, p. 3. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=028274_01&pesq=%22Walfredo%20Gurgel%22%20ineleg%C3%ADAvel&hf=memoria.bn.br&pagfis=19434. Acesso em: 15 maio 2024.

CÂMARA, Heloísa Fernandes. Genealogia e usos do Ato Institucional – inclusão da excepcionalidade na ordem constitucional. *História do Direito*: RHD, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 272-299, jul./dez. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/hd.v2i3.82954>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/82954>. Acesso em: 15 maio 2024.

CAMPOS, Pedro; VASCONCELOS, Claudio Beserra de. A aliança empresarial-militar e a ditadura brasileira: a atuação de empresários em escolas militares e de integrantes das forças armadas em companhias privadas durante o regime pós-1964. *Brasiliiana: journal for Brazilian studies*, London, v. 10, n. 2, p. 200-220, 2021. DOI: <https://doi.org/10.25160/bjbs.v10i2.128416>. Disponível em: <https://tidsskrift.dk/bras/article/view/128416>. Acesso em: 15 maio 2024.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Imagens da imparcialidade entre o discurso constitucional e a prática judicial*. São Paulo: Almedina, 2017. (Coleção Teses).

CASTELO diz a juízes que é preciso banir a fraude das eleições. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, ano 74, n. 184, 6 ago. 1964. 1º Caderno, p. 4. Disponível em: https://memoria.bn.gov.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=030015_08&pesq=%22paes%20de%20almeida%22%20ineleg%C3%ADvel&pasta=ano%20196&hf=memoria.bn.br&pagfis=56631. Acesso em: 15 maio 2024.

CAVALCANTE defende o ato institucional. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, ano 81, n. 26.269, p. 5, 15 dez. 1960. Disponível em: <https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19601215-26269-nac-0005-999-5-not>. Acesso em: 15 maio 2024.

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. *Lua Nova: revista de cultura e política*, São Paulo, n. 95, p. 259-288, maio/ago. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/0102-6445259-288/95>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/8RfRB7FzjkNr8HCMgmSfSb>. Acesso em: 15 maio 2024.

CIOTOLA, Marcello. *Os atos institucionais e o regime autoritário no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CÓDIGO Eleitoral tem emenda de senadores. *Correio da Manhã*, Rio de Janeiro, ano 65, n. 22.155, p. 8, 27 jun. 1965. Disponível em: https://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=089842_07&pesq=%22paes%20de%20almeida%22%20ineleg%C3%ADvel&pasta=ano%20196&hf=memoria.bn.br&pagfis=65932. Acesso em: 15 maio 2024.

COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

COSTA, Tailaine. A inelegibilidade decorrente da exclusão do servidor público: restrição democrática ou moralista? In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (org.). *Tratado de direito eleitoral: elegibilidade e inelegibilidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. t. 3, p. 449-461.

CRUZ, Sebastião C. Velasco e; MARTINS, Carlos Estevam. De Castello a Figueiredo: uma incursão na pré-história da “abertura”. In: SORJ, Bernardo; ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de (org.). *Sociedade e política no Brasil pós-64*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 8-90. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/b4km4/pdf/sorj-9788599662632.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

FERREIRA, Pinto. O problema da inelegibilidade. *Revista Forense: doutrina, legislação e jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 186, p. 20-28, nov./dez. 1959.

FLEISCHER, David. Manipulações casuísticas do sistema eleitoral durante o período militar, ou como usualmente o feitiço se voltava contra o feiticeiro. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; D'ARAUJO, Maria Celina (org.). *21 anos de regime militar: balanços e perspectivas*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1994. p. 154-197.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *História breve do constitucionalismo no Brasil*. 2. ed. ampl. Curitiba: Ed. UFPR, 1970.

_____. *Subversão e contra-subversão: ensaio jurídico de conhecimento histórico*. 2. ed. Curitiba: Ed. UFPR, 1969.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.

GORDILHO, Maria Celina Monteiro. *Cassação de mandato, suspensão de direitos políticos e inelegibilidade: relações entre direito e política no regime militar brasileiro (1968-1970)*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.realp.unb.br/jspui/handle/10482/18902>. Acesso em: 15 maio 2024.

INCOMPATIBILIDADE virtual é fórmula para evitar a eleição de indesejáveis. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, ano 75, n. 105, 8 maio 1965. 1º Caderno, p. 4. Disponível em: https://memoria.bn.gov.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=030015_08&pesq=%22paes%20de%20almeida%22%20ineleg%C3%ADvel&pasta=ano%20196&hf=memoria.bn.br&pagfis=68172. Acesso em: 15 maio 2024.

KOSELLECK, Reinhart. Uma resposta aos comentários sobre o *Geschichtliche Grundbegriffe*. In: JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (org.). *História dos conceitos: debates e perspectivas*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Loyola: IUPERJ, 2006. p. 97-109.

LEÃO FILHO, José. Vilas Boas quer advogar após aposentadoria aos 70 no STF. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, ano 75, n. 275, 23 nov. 1966. 1º Caderno, p. 11. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=030015_08&Pesq=%22martins%20vilas%20boas%22&pagfis=92478. Acesso em: 15 maio 2024.

LIMA, Danilo Pereira. *Legalidade e autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964*. Salvador: JusPODIVM, 2018. (Coleção Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação).

LIMA, Luiz Octavio de. *Os anos de chumbo: a militância, a repressão e a cultura de um tempo que definiu o destino do Brasil*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2020. E-book.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979. (Ariel Derecho).

MARINHO, Josaphat. Inelegibilidades no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 2, n. 6, p. 3-12, jun. 1965. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180750>. Acesso em: 15 maio 2024.

MILTON vai a Magalhães. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, ano 74, n. 146, 23 jun. 1964. 1º Caderno, p. 4. Disponível em: http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=030015_08&Pesq=inelegibilidade&pagfis=54881. Acesso em: 15 maio 2024.

MIRANDA, Décio Meireles de. In: FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. *Dicionário histórico-biográfico brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, CPDOC, c2009. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/miranda-decio-meireles-de>. Acesso em: 15 maio 2024.

NÉLSON quer com subemenda impedir saneamento político, diz Professor Caio Mário. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, ano 75, n. 122, 28 maio 1965. 1º Caderno, p. 3. Disponível em: http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=030015_08&Pesq=inelegibilidade&pagfis=69054. Acesso em: 15 maio 2024.

NEVES, André Luiz Batista; OLIVEIRA, João Glicério de. Breve história da chamada teoria “clássica” das inelegibilidades: por que a doutrina brasileira as separa das condições de elegibilidade? *Revista Jurídica UniCuritiba*, Curitiba, v. 1, n. 73, p. 692-722, jan./mar. 2023. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/6334>. Acesso em: 15 maio 2024.

NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. (Biblioteca Jurídica WMF).

_____. Os Estados no centro e os Estados na periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 52, n. 206, p. 111-136, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/512453>. Acesso em: 15 maio 2024.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidades*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NÓVO Código Eleitoral em estudos no Supremo. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, ano 74, n. 102, 1º maio 1964. 1º Caderno, p. 5. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=030015_08&pesq=%22martins%20vilas%20boas%22&pasta=ano%201964&hf=memoria.bn.br&pagfis=52678. Acesso em: 15 maio 2024.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; PATRUS, Rafael Dilly. O poder constituinte no Brasil pós-1964: contribuição à problematização da teoria do fenômeno constitucional no limiar entre constitucionalismo e democracia. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 63, p. 529-548, jul./dez. 2013. DOI: <https://doi.org/10.12818/P.0304-2340.2013v63p529>. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v63p529>. Acesso em: 15 maio 2024.

O PODER econômico. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, ano 70, n. 247, 20 out. 1960. 1º Caderno, p. 3. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=030015_08&Pesq=%22Joaquim%20Leite%20de%20Almeida%22%20tse&pagfis=11188. Acesso em: 15 maio 2024.

OSIEL, Mark J. Dialogue with dictators: judicial resistance in Argentina and Brazil. *Law & Social Inquiry*, [s. l.], v. 20, n. 2, p. 481-560, 1995. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.1995.tb01069.x>.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Milano, v. 43, n. 1, p. 415-458, 2014. Disponível em: <https://www.quadernifiorentini.eu/biblioteca/index.htm>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). *História do Direito*: RHD, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 227-241, jul./dez. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78728>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/78728>. Acesso em: 15 maio 2024.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo de Andrade. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ*, Belo Horizonte, ano 1, n. 6, jan./dez. 2008. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/137/10573/18838?searchpage=1&keywords=mem%C3%B3ria%20direito%20ditadura%20militar>. Acesso em: 15 maio 2024.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. In: FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. *Dicionário histórico-biográfico brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, CPDOC, c2009. Disponível em: <https://www18.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/caio-mario-da-silva-pereira-1>. Acesso em: 15 maio 2024.

PEREIRA, Francelino. *Milton Campos: o reformador social e político*. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

PISTOLEIRO de “araque” queria “assassinar” o Presidente eleito para ser funcionário. *Correio Paulistano*, São Paulo, ano 107, n. 32.076, p. 16, 19 out. 1960. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=090972_11&pesq=%22Joaquim%20Leite%20de%20Almeida%22&pasta=ano%20196&hf=memoria.bn.br&pagfis=4278. Acesso em: 15 maio 2024.

PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. Brasília, DF: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

POVO decidiu nas urnas os destinos da cidade. *Correio Paulistano*, São Paulo, ano 107, n. 32.211, 28 mar. 1961. 1º Caderno, p. 2. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=090972_11&pesq=%22Joaquim%20Leite%20de%20Almeida%22%20%22ademar%20de%20barros%22&pasta=ano%20196&hf=memoria.bn.br&pagfis=6667. Acesso em: 15 maio 2024.

PTB de Minas prepara-se para convenção, vivendo o drama da expectativa. *Diário do Paraná*, Curitiba, ano 11, n. 3.407, 8 jun. 1965. 1º Caderno, p. 3. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=761672&pesq=%22paes%20de%20almeida%22%20ineleg%C3%ADvel&pasta=ano%20196&hf=memoria.bn.br&pagfis=53915>. Acesso em: 15 maio 2024.

QUINALHA, Renan. Censura moral na ditadura brasileira: entre o direito e a política. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1.727-1.755, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/44141>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/zd8s7mKbBzNHXrsHrhkm6DP/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 15 maio 2024.

RECONDO, Felipe. A sabatina de André Mendonça: quem o indicou era seu principal adversário. *JOTA*, Brasília, DF, 1º dez. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/analise/andre-mendonca-sabatina-quem-o-indicou-era-seu-principal-adversario-01122021>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. *Tanques e togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. (Coleção Arquivos da Repressão no Brasil).

RELAÇÃO alfabética dos candidatos registrados com os respectivos números. *Correio Paulistano*, São Paulo, ano 109, n. 32.659, p. 9, 23 set. 1962. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=090972_11&pesq=%22Joaquim%20Leite%20de%20Almeida%22%20%22ademar%20de%20barros%22&pasta=ano%20196&hf=memoria.bn.br&pagfis=13726. Acesso em: 15 maio 2024.

REUNIÃO da reforma eleitoral dá voto ao semi-analfabeto. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, ano 74, n. 183, 5 ago. 1964. 1º Caderno, p. 9. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=030015_08&pesq=%22Geraldo%20da%20Costa%20Manso%22&pasta=ano%20196&hf=memoria.bn.br&pagfis=56602. Acesso em: 15 maio 2024.

RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no direito eleitoral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

RODRIGUES, Rogério Costa. Inelegibilidades. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 2, n. 7, p. 149-250, set. 1965. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180676>. Acesso em: 15 maio 2024.

SALDANHA, Nelson Nogueira. *História das ideias políticas no Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. (Coleção Biblioteca Básica Brasileira). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/1052>. Acesso em: 15 maio 2024.

SCHINKE, Vanessa Dorneles; CASTRO, Ricardo Silveira. O relatório da Comissão Nacional da Verdade: o capítulo sobre a atuação do Poder Judiciário durante a ditadura civil-militar brasileira. *Espaço Jurídico Journal of Law*: EJLL, Joaçaba, v. 18, n. 1, p. 143-163, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.18593/ejll.v18i1.7679>. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/7679>. Acesso em: 15 maio 2024.

SCHINKE, Vanessa Dorneles; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Poder Judiciário e regime autoritário: democracia, história constitucional e permanências autoritárias. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 2, p. 41-59, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v6i2.45091>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/45091>. Acesso em: 15 maio 2024.

SCHNEIDER, Nina. The forgotten voices of the *militares cassados*: reconceptualising “perpetrators” and “victims” in post-1985 Brazil. *Brasiliana: journal for Brazilian studies*, London, v. 2, n. 2, p. 313-344, Nov. 2013. DOI: <https://doi.org/10.25160/bjbs.v2i2.8297>. Disponível em: <https://tidsskrift.dk/bras/article/view/8297>. Acesso em: 15 maio 2024.

SEBASTIÃO Paes de Almeida. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, ano 75, n. 241, 13 out. 1966. 1º Caderno, p. 3. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=030015_08&pesq=%22paes%20de%20almeida%22%20ineleg%C3%ADvel&pasta=ano%20196&hf=memoria.bn.br&pagfis=90758. Acesso em: 15 maio 2024.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (org.). *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 415-432. (Biblioteca de História do Direito).

SILVA, Carlos Medeiros. Observações sobre o ato institucional. *Revista Forense: doutrina, legislação e jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 61, n. 206, p. 397-398, abr./jun. 1964.

SOUZA, José Colombo de. In: FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. *Dicionário histórico-biográfico brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, CPDOC, c2009. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/sousa-jose-colombo-de>. Acesso em: 15 maio 2024.

SOUZA, André Lucas Delgado. *Ministro Moreira Alves e uma possível influência sobre seus pares no exame das causas de inelegibilidade*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito) – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2018/03/AndreDelgado.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

TAVARES, André Ramos. Facções privadas e política econômica não democrática da ditadura brasileira. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC, Belo Horizonte, v. 9, n. 32, p. 1.047-1.066, maio/ago. 2015.

TORELLY, Marcelo Dalmas. *Justiça de transição e Estado constitucional de direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. (Coleção Fórum. Justiça e Democracia, 2). E-book.

TOURINHO, Arx. O cinqüentenário da Constituição brasileira de 1946 e as liberdades públicas. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 33, n. 132, p. 115-123, out./dez. 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176484>. Acesso em: 15 maio 2024.

TRABALHO comum Milton-Aleixo para definir os incompatíveis. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, ano 75, n. 105, 8 maio 1965. 1º Caderno, p. 6. Disponível em: http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=030015_08&Pesq=inelegibilidade&pagfis=68174. Acesso em: 15 maio 2024.

TSE declara Paes de Almeida inelegível. *Correio da Manhã*, Rio de Janeiro, ano 65, n. 22.217, 8 set. 1965. 1º Caderno, p. 3. Disponível em: https://memoria.bn.gov.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=089842_07&pesq=%22paes%20de%20almeida%22%20ineleg%C3%ADvel&pasta=ano%20196&hf=memoria.bn.br&pagfis=66269. Acesso em: 15 maio 2024.

TSE registra MDB e ARENA contra o voto de Colombo. *Correio da Manhã*, Rio de Janeiro, ano 75, n. 22.383, 25 mar. 1966. 1º Caderno, p. 3. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=089842_07&pasta=ano%20196&pesq=%22colombo%20de%20souza%22&pagfis=78104. Acesso em: 15 maio 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957). June 17, 1957. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/298/>. Acesso em: 15 maio 2024.

VELLOSO, Carlos. Discurso do Senhor Ministro Carlos Velloso. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Antônio Martins Villas Boas*: (centenário do seu nascimento), 15.11.1996: sessão plenária realizada em 21.5.1997. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1999. p. 10-19. (Série Centenário de Nascimento, 4). Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/3367/212556.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 maio 2024.

VETO vai alijar Paes. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, n. 1.568, p. 1, 10 jul. 1965. Disponível em: https://memoria.bn.gov.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=028274_01&Pesq=%22paes%20de%20almeida%22%20ineleg%C3%ADvel&pagfis=19272. Acesso em: 15 maio 2024.

VILAS-BOAS, Antônio Martins. In: FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. *Dicionário histórico-biográfico brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, CPDOC, c2009. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/vilas-boas-antonio-martins>. Acesso em: 15 maio 2024.

VILLAR, João Heliófar de Jesus; AGUIAR, Júlio César de; TABAK, Benjamin Miranda. O abuso de poder nas eleições: a transgressão à luz da economia comportamental. *REPATS – Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, DF, v. 4, n. 1, p. 38-66, jan./jun. 2017. DOI: <https://doi.org/10.31501/repats.v4i1.7990>. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/repats/article/view/7990>. Acesso em: 15 maio 2024.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: _____. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Coordenação de Orides Mezzaroba et al. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 27-34. (Coleção Warat, v. 2).

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

A retenção dolosa de salário segundo a Constituição: perfil dogmático e de política criminal

Wage theft according to the Brazilian Constitution: dogmatic profile and criminal policy

Hugo Souto Kalil¹

Resumo

A Constituição determina a criminalização da retenção dolosa de salário. Porém, passadas mais de três décadas desde sua promulgação, a lei necessária para tipificar o crime ainda não foi editada pelo Congresso Nacional. Baseado nos anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, este artigo considera aspectos constitucionais e de política criminal envolvidos no debate sobre a criminalização da retenção dolosa de salário. Conclui que o constituinte originário se manifestava pela aplicação do crime de apropriação indébita nos casos de retenção dolosa de salário e que o legislador ordinário teria liberdade para regular a matéria, mas deve conciliar o mandado de criminalização com a proibição da prisão civil por dívidas.

Palavras-chave: retenção dolosa de salário; Direito Constitucional; Assembleia Nacional Constituinte; Direito Penal; mandado de criminalização.

Abstract

The Brazilian Constitution determines the criminalization of intentional salary withholding, commonly referred to as *wage theft*. However, more than three decades since its promulgation, the National Congress has not yet enacted the necessary law to define and penalize this crime. Based on annals of the 1987-1988 National Constituent Assembly, this article considers the constitutional and criminal policy aspects involved in debate on the criminalization of intentional salary withholding. It concludes that the original constituent was in favor of applying the crime of misappropriation in cases of intentional salary withholding and that the ordinary legislator has the freedom to regulate the matter, but must reconcile the criminalization order with the prohibition of civil imprisonment for debts.

¹ Hugo Souto Kalil é mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, DF, Brasil; doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; advogado do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. E-mail: kalil@senado.leg.br

Keywords: intentional wage withholding; Constitutional Law; National Constituent Assembly; Criminal Law; criminalization mandate.

Recebido em 1º/2/24

Aprovado em 30/4/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p177

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

O art. 7º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) estabelece como direito social dos trabalhadores a “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa” (Brasil, [2023]). Trata-se de um mandado de criminalização: uma determinação constitucional para que o legislador ordinário crie a figura do crime com o objetivo de proteger um bem jurídico relevante⁴. No caso, o bem jurídico tutelado é o salário, que tem natureza alimentar e é essencial para a dignidade e a subsistência do trabalhador e de sua família. A retenção dolosa de salário ocorre quando, de forma intencional e injustificada, o empregador deixa de pagar ao empregado o valor correspondente ao trabalho realizado no prazo e na forma estabelecidos em lei ou em contrato.

No entanto, já decorreram mais de três décadas desde a promulgação da CRFB, e o mandado de criminalização da retenção dolosa de salário não foi atendido pelo Congresso Nacional; ainda não há lei específica que defina os elementos do tipo penal, a pena aplicável e as condições de procedibilidade da ação penal. Geradora de insegurança jurídica, essa lacuna foi levada ao Supremo Tribunal Federal (STF) pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 82, proposta pelo procurador-geral da República em face da omissão legislativa atribuída ao Congresso. Seus argumentos eram que a ausência de uma lei federal criminalizadora da retenção dolosa do salário violava o direito social ao salário protegido constitucionalmente e que a não criminalização dessa conduta provocava a

² KALIL, Hugo Souto. A retenção dolosa de salário segundo a Constituição: perfil dogmático e de política criminal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 243, p. 177-196, jul./set. 2024. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p177. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/243/ril_v61_n243_p177

³ Kalil, H. S. (2024). A retenção dolosa de salário segundo a Constituição: perfil dogmático e de política criminal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(243), 177-196. https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p177

⁴ Sobre isso, Santos (2013, p. 28) observa: “Por outro lado, com a existência de mandados expressos de criminalização, o bem jurídico deixa de ter apenas uma função negativa e passa a exercer, também, uma função positiva, na medida em que o constituinte já estabelece previamente a necessidade de tutela penal de determinados bens jurídicos, diretamente relacionados aos direitos fundamentais”.

redução arbitrária e injustificada do nível de proteção desse direito, numa clara infração do princípio da proporcionalidade. O quadro reclamava a incidência do princípio da proibição de proteção deficiente⁵ de direitos fundamentais.

O objetivo deste artigo é refletir sobre os aspectos constitucionais e de política criminal que devem informar a eventual deliberação do Congresso Nacional sobre a criação de uma figura de crime com esse propósito. Para isso, pretende-se responder a questões relacionadas: a) ao grau de vinculação do legislador ordinário ao mandado constitucional de criminalização, aos aspectos dogmáticos ou de política criminal que devem interferir em sua decisão; e b) ao modo de conciliar o mandado de criminalização da retenção dolosa de salário com a proibição geral de prisão por dívidas prevista no art. 5º, LXVII, da CRFB e na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Na primeira parte, o artigo resgata o debate sobre o tema na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (ANC), a fim de se compreenderem adequadamente tanto as premissas de que se valeram deputados e senadores em sua atuação como legisladores constituintes para estabelecer o mandado de criminalização, quanto o sentido que então se atribuía à expressão *retenção dolosa de salário*. Em seguida, examina o conceito e as características dos mandados constitucionais de criminalização, bem como os critérios para a sua interpretação e aplicação, em especial a forma e o grau de vinculação impostos ao legislador ordinário por esses preceitos constitucionais. Na terceira parte, apresenta algumas propostas legislativas nacionais e de Direito Comparado que visam promover a proteção contra o não cumprimento da obrigação de pagar salário e compatibilizá-la com a proibição de prisão por dívidas. Por fim, tece algumas considerações sobre a necessidade e a conveniência de criminalizar a retenção dolosa de salário em face das disposições criminais a seu respeito.

2 Os debates sobre a retenção dolosa de salários na Assembleia Nacional Constituinte

O exame do processo constituinte de 1987-1988 ajuda a esclarecer o que dispõe o art. 7º, X, da CRFB. A disposição foi introduzida pela Emenda nº 11, do deputado Domingos Leonelli (PMDB-BA), no âmbito da fase B da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos, com a seguinte redação: “A lei protegerá o salário e punirá como crime a apropriação definitiva ou temporária de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado” (Brasil, 1987d). Depois, a emenda foi acolhida parcialmente pelo relator da Subcomissão, deputado Mário Lima (PMDB-BA), que justificou o tema em relatório:

⁵ Ou *Untermaßverbot*, na doutrina alemã.

CRIMINALIZAÇÃO DA FALTA DE PAGAMENTO DO SALÁRIO

No Brasil, é um crime desrespeitar a propriedade privada nos seus mais variados aspectos.

Entretanto, é frequentemente desrespeitado o salário, que é uma propriedade do trabalhador depois que o serviço já foi prestado.

A Subcomissão qualificou como crime o procedimento do empregador que deixa de pagar o salário após a prestação do serviço, consagrando, assim, a equidade de tratamento social (Brasil, 1987e, p. 8).

Lima propôs a seguinte redação: “[Art. 3º] A Lei protegerá o salário e definirá os casos em que a falta de pagamento dele caracterize ilícito penal” (Brasil, 1987f, p. 202). Em 22/5/1987, a Subcomissão aprovou o destaque de Leonelli para que a redação fosse a de sua emenda. Na ocasião, ele assim defendeu a proposta:

O SR. CONSTITUINTE DOMINGOS LEONELLI – Esta é, talvez, a emenda mais cara à minha participação nesta Assembléia Constituinte. [...] eu devo dizer aos Srs. Constituintes que foi uma redação longamente debatida durante nossa campanha eleitoral, com todo movimento sindical, debatida em sete encontros nacionais de sindicatos de várias horas no III e no IV Encontro Nacional do DIAP. [...] Nesse sentido, Sr. Presidente, creio que, quanto ao mérito, estendendo a proteção do código penal ao trabalho, como ela é hoje já estendida ao capital, à propriedade, equiparando o crime do empregado que rouba uma ferramenta de trabalho ao patrão que rouba seu salário, com esta redação. Essa intenção, esse mérito, eu escrevi tão rapidamente, ficará melhor assegurado na nova Constituição. Nesse sentido, proponho a adoção que é, digamos assim, a proposição, a redação original da nossa proposta constitucional e o que vem seguindo e os debates em vários encontros sindicais, em várias organizações e em várias instâncias também do pensamento nas lides trabalhistas. [...]

O SR. CONSTITUINTE DOMINGOS LEONELLI – “A lei protegerá o salário e punirá como crime a apropriação definitiva ou temporária de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado.”

Inclusive tem o conceito do trabalho já realizado como uma mercadoria, ela é mais precisa nesse sentido (Brasil, 1987f, p. 202-203, grifo nosso).

A emenda recebeu apoio da Subcomissão, foi aprovada por unanimidade e passou a integrar o anteprojeto, enviado na fase seguinte para o debate na Comissão da Ordem Social, na qual se produziram duas emendas. A Emenda nº 576, do deputado Cunha Bueno (PDS-SP), pretendia eliminar do dispositivo o mandado de criminalização e incumbir ao legislador ordinário as hipóteses de autorização da retenção salarial; suas justificativas eram a proteção da família e o fato de não caber à Constituição fixar crimes (Brasil, 1987a).

Por sua vez, a Emenda nº 1.056, do deputado Francisco Küster (PMDB-SC), tornava inafiançável o crime de apropriação da remuneração (Brasil, 1987b). O senador Almir Gabriel (PMDB-PA), relator da Comissão da Ordem Social, deu parecer contrário à Emenda nº 576 e acolheu parcialmente a Emenda nº 1.056, apenas para adotar na redação o termo *retenção* em vez de *apropriação*: “Art. 4º – A lei protegerá o salário e punirá como crime a retenção definitiva ou temporária de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado” (Brasil, [2018], p. 3).

Apresentado o parecer, houve nova rodada de emendas. Quatro emendas foram propostas na fase G: a) a Emenda nº 739, do deputado Roberto Balestra (PDS-GO), que substituía o mandado de criminalização pela determinação genérica de punição da retenção salarial quando ocorrida “sem justificativa legal”; b) a Emenda nº 788, do deputado Luís Roberto Ponte (PMDB-RS), que suprimia todo o artigo, por entender que os atrasos de pagamento, além de excepcionais, decorriam de impossibilidade de os empregadores efetuarem o adimplemento, razão por que seria um erro qualificar a conduta como crime; c) a Emenda nº 1.004, de Cunha Bueno, com o mesmo teor da mencionada Emenda nº 576; e d) a Emenda nº 1.090, do deputado Salatiel Carvalho (PFL-PE), que também visava à supressão do art. 4º da proposta do relator – o qual rejeitou as quatro em seu parecer (Brasil, 1987c).

Aprovada na Comissão da Ordem Social, a proposta seguiu para a Comissão de Sistematização. Nas fases J e K, ela recebeu 5 emendas, cujos conteúdos repetiam emendas anteriores, com o fim de suprimir a disposição ou de retirar o mandado de criminalização da retenção remuneratória. Do mesmo modo, na fase de Plenário da Comissão de Sistematização, foram numerosas as emendas apresentadas à disposição: 27 emendas na fase M e 28 na fase O.

Nesse período, o Plenário votou dois destaques. No destaque nº 3.028/1987 (Brasil, 1988b, p. 1.287-1.288), o deputado José Geraldo (PMDB-MG) solicitava que se inserisse no texto a expressão *sem justa causa*: “A lei protegerá o salário e definirá como crime a retenção, sem justa causa, de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado”. Justificava a alteração com o possível prejuízo aos trabalhadores, que não poderiam contar com adiantamentos ou financiamentos dos patrões, já que eventual retenção posterior para o pagamento poderia ser considerada crime. Em voto contrário, o deputado Roberto Freire (PCB-PE) abordou a questão da impossibilidade de pagamento e defendeu a primazia do interesse do empregado:

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE – Eu pediria a atenção dos Constituintes, apelando, inclusive, para o bom senso. É meio difícil se admitir qualquer retenção de salário por trabalho realizado que tenha justa causa. Isto é uma questão de bom senso. Agora vejam o que pretende o Constituinte José Geraldo, na sua argumentação. Diz S. Exa. o seguinte: É importante colocar a justa causa porque pode haver a impossibilidade do pagamento por falta de recurso do empregador. Isso é um dado que atenta para algo fundamental. O salário por um trabalho realizado significa sobrevivência

não do trabalhador, a sobrevivência de sua família. É um verdadeiro absurdo se admitir [sic] exceções por um trabalho realizado e não remunerado. [...] Evidentemente, não há cabimento em se discutir justa causa para retenção de um trabalho que foi realização e que têm que ser remunerado. (Palmas.) (Brasil, 1988b, p. 1.288, grifo nosso).

Em seguida, Mário Lima fez uso da palavra para posicionar-se contrariamente ao destaque:

O SR. CONSTITUINTE MARIO LIMA – Sr. Presidente, Srs. Constituintes: Acho que está claro o texto do Relator. A retenção é quando for proposital. Eu daria um exemplo: uma empresa construtora empreiteira está fazendo uma obra para o Governo, não recebe, ela tem motivo para não pagar o salário. Agora, a retenção admite-se que seja voluntária, ela reteve para especular com o dinheiro do salário dos trabalhadores. Do mesmo modo que o trabalhador não pode lançar mão de nada de propriedade do empresário, o empresário também não tem o direito de lançar mão do que é propriedade do trabalhador. Claro! Se o empresário não recebe, ele não pode pagar. E dou este exemplo: ele está fazendo uma obra, o Governo não lhe paga, ele não tem condições de pagar ao seu empregado; não é retenção, é um atraso motivado pela circunstância – justa causa. *A retenção é quando fica caracterizado que ele deixou de pagar ao trabalhador, objetivando tirar proveito dessa retenção.* Portanto, a minha opinião é que deve manter o texto do Relator (Brasil, 1988b, p. 1.288, grifos nossos).

O deputado Bernardo Cabral (PMDB-AM), relator-geral da ANC, encaminhou voto contrário ao destaque, que acabou rejeitado na Comissão de Sistematização. O segundo destaque, votado em seguida sob o nº 4.376/1987 (Brasil, 1988b, p. 1.288-1.292), do deputado Ademir Andrade (PMDB-PA), previa multa diária por atraso, sem prejuízo de manter o termo *crime* no texto da disposição. O destaque foi retirado pelo autor, a pedido de outros parlamentares.

Na ocasião, travou-se um debate. Domingos Leonelli, que havia sido o autor originário da disposição, posicionou-se em sentido oposto; entendia que a introdução de multa de caráter pecuniário afastaria a possibilidade de lei ordinária impor as penas criminais apropriadas; e aqui se subentende o receio de que a Constituição afastasse a possibilidade de penas privativas de liberdade. Mário Lima, contudo, justificou a desnecessidade de eventual acréscimo – e neste ponto elucida o sentido planejado pelos constituintes para a norma:

O SR. CONSTITUINTE MARIO LIMA – Sr. Presidente, Srs. Constituintes, sou disciplinado e, por isso, vou usar exatamente os cinco minutos regimentais. Creio que o texto do Relator está conciso, está claro, não cabendo mais dúvidas. Atraso é uma coisa, retenção é outra. O atraso pode ser involuntário, mas a retenção, Srs. Constituintes, é voluntária. Realmente, já era hora de haver justiça. Conheço diversos casos de trabalhadores que foram demitidos e saíram das portas das fábricas conduzidos pela polícia para responder a inquérito na delegacia. Conheço, também, casos de

empresários que, fazendo obras públicas, trabalhando para outras empresas, recebem as medições das obras e esquecem de pagar o trabalhador. Eu citaria, ainda, um fato ilustrativo de um trabalhador que teve os seus salários retidos, não pagos, e foi reclamar junto ao Juiz local. E, como todo julgamento tem a fase de conciliação, foi proposto a este trabalhador um acordo. Ele tinha trabalhado, fazia jus aos seus salários e, no entanto, o Juiz lhe fez uma proposta de acordo. Qual era a proposta de acordo? Que ele recebesse metade dos seus salários que havia ganho honestamente. E, diante da sua impotência, ele preferiu receber metade do seu salário, mas teve um gesto significativo. Havia, sobre a mesa do Juiz, uma Consolidação das Leis do Trabalho. Ele abriu, rasgou e disse: “Sr. Juiz, a metade é do Sr. e a outra metade é minha.” Essa é a realidade. Há empresários que atrasam o pagamento, porque sabem que o trabalhador é mais fraco e não resiste a uma demanda judicial. Essa é a grande realidade. O atraso é proposital, o atraso é feito, porque ele sabe que, na Justiça do Trabalho, o trabalhador é mais fraco para demandar. Daí achamos que esse artigo da Constituição punirá o mau empresário, o mau patrão, aqueles que usam ainda o expediente de explorar e prejudicar o trabalhador. *Claro que o atraso involuntário, o atraso motivado por questões alheias à vontade do empresário esse será tolerado pela lei*, quando regulamentarem esse artigo da Constituição. *E, obviamente, aquele atraso maldoso, voluntário, que visa tirar proveito do dinheiro do trabalhador, este atraso será criminalizado, para haver igualdade entre o capital e o trabalho.* Da mesma maneira que o trabalhador, ao se apropriar do patrimônio do patrão é levado à polícia, é responsabilizado criminalmente, esse mau patrão, que se apropria indevidamente do salário, honesta e justamente ganho, deve também ser criminalizado. Daí, entendermos que o texto do Relator está conciso, está claro, não comporta dúvida e somente punirá os maus patrões, *aqueles que realmente se apropriam de maneira desonesta, de maneira injusta, de maneira indevida do salário legitimamente ganho* (Brasil, 1988b, p. 1.289, grifos nossos).

Depois de um impasse no andamento dos trabalhos sobre temas mais delicados, formou-se um grupo parlamentar – o Centro Democrático ou *Centrão* –, com cerca de 300 cadeiras na ANC⁶. Diante de dificuldades regimentais do processo constituinte, o *Centrão* apresentou a Emenda nº 2.038, com 240 assinaturas, que alterava a disposição: “A lei protegerá o salário e definirá como crime a sua retenção dolosa” (Brasil, 1988a, p. 7.711); tratava-se de uma das alterações que desaguiaram num verdadeiro projeto substitutivo de ANC. Essa emenda e a disposição originária foram objetos de destaque para a votação no Plenário (fase S) e são relevantes para interpretar o dispositivo. De fato, com o Destaque nº 2.022, pretendia-se excluir da emenda do *Centrão* o qualificativo *dolosa* (Brasil, 1988a, p. 7.711-7.715). Autor do destaque, o deputado Edmilson Valentim (PCdoB-RJ) defendeu a retirada do adjetivo, por ele dificultar a caracterização do crime de retenção de salário; argumentou que toda retenção de salário deveria ser punida – por esquecimento, por aplicação financeira ou por qualquer outro motivo.

⁶ Para uma síntese da atuação regimental e política do *Centrão* na fase de Plenário da ANC, ver Nogueira (c2023).

O deputado Luiz Soyer (PMDB-SP) defendeu a manutenção do termo *dolosa* no texto do *Centrão*, alegando que ela evitaria que qualquer forma de retenção de salário fosse considerada crime, mesmo em casos de atraso involuntário ou circunstancial:

Temos de deixar claro que isso ocorrerá somente quando houver retenção dolosa, isto é, quando a empresa atrasa porque quer. Ela, então, assumirá os riscos. *Atraso doloso, com má-fé*, caracteriza crime, e a empresa responderá criminalmente. Mas acho muito difícil colocarmos isso no texto constitucional, mesmo que o caso seja culposo (Brasil, 1988a, p. 7.712, grifo nosso).

Bernardo Cabral defendeu a manutenção do qualificativo *dolosa* no texto do *Centrão*, alegando que ele era irrelevante, pois não havia retenção culposa de salário. Argumentou que a lei definiria como crime apenas a retenção indevida e intencional do salário, a qual configuraria dolo. Afirmou também que *dolosa* não prejudicava o texto e que seguia o princípio do *quod abundat non nocet* (“é melhor sobrar que faltar”) (Brasil, 1988a, p. 7.712). Por fim, o texto do *Centrão* foi mantido, com a confortável maioria de 316 votos favoráveis (eram necessários 280 para mantê-lo).

Apreciou-se depois o Destaque nº 421, que tratava de uma emenda para afastar a imposição de mandado de criminalização; de forma mais ampla, determinava que a “lei protegerá o salário contra a retenção de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado” (Brasil, 1988a, p. 7.715-7.719). Seu autor, o deputado Joaci Góes (PMDB-BA), discursou com veemência contra a criminalização, por compreender: a) que grandes empresas não atrasam salários; b) que, no caso de atraso, seria difícil identificar os responsáveis, de forma que os diretores e agentes superiores não seriam punidos; c) que apenas pequenos empresários seriam alcançados pelo mandado de criminalização; e d) que, sobretudo, ao trabalhador interessava a preservação efetiva do poder de compra do salário:

Suponhamos que o texto da Comissão de Sistematização afirme que a lei protegerá o salário e definirá como crime a retenção de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado. Suponhamos que as grandes empresas estatais, que não atrasam o pagamento dos seus salários, atrasassem. Quem iria para a cadeia por isto? Seria o presidente da empresa, o seu diretor financeiro, o Presidente da República? Seria, na prática, impossível identificar o responsável por este crime. E se uma multinacional, que não atrasa o seu salário, atrasasse, quem iria para a cadeia? Mr. Rockefeller? Mr. Down? Certamente que não, e também não iria o seu diretor no Brasil. O mesmo raciocínio aplica-se a muitas empresas brasileiras. Mas quem atrasa, precisamente, o pagamento do salário no Brasil? São as médias, as pequenas e microempresas brasileiras, que representam 99,8% do organismo empresarial. Neste caso, dirigiria uma pergunta aos eminentes Líderes dos chamados partidos de esquerda, ao meu amigo Haroldo Lima, ao Constituinte Luiz Inácio Lula da Silva, ao Líder do PDT, do PC do B: sabem V. Exa,

de 99,8% de médias, pequenas e microempresas brasileiras, quantas são as que têm 10 ou menos empregados? Existem, estimadamente, mais de três milhões e meio de pequenas empresas, e são precisamente elas que atrasam o pagamento dos salários. Então, nessas empresas, onde há maior identidade entre o gerente e o proprietário, é que o drama do relacionamento se verifica de modo pessoal. É isso que queremos? Colocar na prisão esses pequenos empresários que muitas vezes ganham até menos, por exemplo, em termos de Brasil, do que os privilegiados operários do ABC paulista? É isso que queremos? Certamente que não. O texto da Comissão de Sistematização caracterizaria uma das duas situações: ou aplicaríamos pena de morte para ladrão de galinhas – e na base desse perfeccionismo está a origem do jeitinho brasileiro, porque fazemos leis que não são aplicadas na prática – ou iríamos colocar na prisão a maioria esmagadora dos empresários brasileiros. E onde é que reside o pecado do texto do “Centrão”? Fala em uma proteção muito genérica ao trabalhador quando ocorre o atraso do salário, quando o que interessa efetivamente ao trabalhador é que o seu salário, não sendo pago em dia, seja pago com correção monetária e juros, o que não acontece na atual conjuntura (Brasil, 1988a, p. 7.715).

Suscitou-se a prejudicialidade desse destaque que aprovou o termo *dolosa*, mas o presidente da ANC, deputado Ulysses Guimarães (PMDB-SP), rejeitou a questão. Ao contrapor-se ao destaque, Bernardo Cabral sublinhou que a exigência do dolo teria o efeito de evitar a punição injusta de pequenas empresas em dificuldades:

O SR. BERNARDO CABRAL (PMDB-AM. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, tenho pelo eminente Constituinte Joaci Góes uma especial amizade, e S. Exa está devidamente exausto por saber que ela é daquelas suficientemente forte para vencer o tempo, a distância e o silêncio. Mas nem por isso, Sr. Presidente, me privo de pedir ao eminente Constituinte Joaci Góes que me ouça sobre este ponto. O salário é propriedade do trabalhador a partir do instante da realização do contrato. Ora, se a retenção que a lei vai prever acontecerá e que, portanto, dirá quando é que se constitui na apropriação indébita de propriedade alheia por parte do empregador, é evidente que ele está dando o contraponto daquela circunstância que já devia definir como crime de apropriação indébita, quando o empregado, ainda que de forma temporária, se apropria dos objetos de seu empregador a tal ponto que, quando esta apropriação ocorre, é levada a notícia do fato criminoso à polícia e resulta numa justa causa para a demissão. Ora, a emenda do eminente Constituinte Joaci Góes nada diz quanto à proteção do emprego. Aliás, S. Exa. foi, inclusive, injusto com o autodenominado “Centrão”, porque este grupo não trata, com a severidade que S. Exa. declarou, o problema desta retenção. Quando se coloca – e aqui gostaria que o eminente Constituinte Joaci Góes me desse o privilégio de sua atenção – em relevo as dificuldades de empresas pequenas, empresas que não terão como pagar, evidentemente que aí está afastada a possibilidade do fato doloso. Ora, há dolo quando se comete crime com ânimo de fazê-lo. Não se argúi culpa, negligência, imperícia e imprevisão (Brasil, 1988a, p. 7.716, grifo nosso).

O destaque foi rejeitado por 368 constituintes. E a disposição adquiriu a redação e o sentido que se firmariam no texto promulgado em 5/10/1988.

3 O perfil constitucional da retenção dolosa de salário

A análise do processo de formação histórico-legislativa do disposto no art. 7º, X, da CRFB, permite verificar que a ANC optou por equilibrar-se entre duas vertentes.

De um lado, havia um conjunto de interesses que advogava a criminalização de qualquer ato de retenção, culposa ou dolosa, porque compreendia que o trabalho, uma vez prestado, já seria bastante para inverter a propriedade do recurso econômico correspondente ao salário e para impor ao empregador a efetiva transferência da posse desse bem. De outro lado, com base em distintos argumentos, existia o interesse contraposto, o de não haver necessidade ou conveniência em definir como crime a retenção ou apropriação salarial e de deixar o tema para a lei. Os principais argumentos nessa linha sustentavam que a definição do *crime* não permitiria certos descontos costumeiros ou prioritários (pensões alimentícias, financiamentos etc.) ou que imporiam excessivo risco a empresas em dificuldades, que não teriam a intenção de deixar de pagar.

Esses debates na ANC permitem ao intérprete do Direito constatar aspectos que transcendem o enunciado daquele artigo. Distintos interesses confrontaram-se durante todo o processo da ANC, como se observa no elevado número de emendas apresentadas em suas diversas fases. A tese da inversão automática (*ficta*) ou de pleno direito da propriedade prevaleceu em todas as fases da ANC, o que se infere tanto dos discursos apresentados – em especial o do relator-geral, para quem o salário era propriedade do trabalhador a partir do instante da realização do contrato – quanto do termo empregado durante os trabalhos da ANC – *apropriação* nas fases iniciais, substituído depois por *retenção*.

Outro aspecto que reforça essa ideia é o paralelo – frequentemente aludido nos discursos que trataram do tema – entre o crime de apropriação de bens e utensílios do empregador pelo empregado e a apropriação ou retenção indevida de salário. O constituinte originário entendeu que a remuneração do serviço já prestado não constituía mero crédito, direito relativo; ela devia ser equiparada a autêntico bem material, sob a posse do empregador, mas de propriedade do empregado, o que levava à conclusão de que a sua retenção indevida constituía o mesmo crime de apropriação indébita. Aspecto também proeminente que triunfou nas fases finais da ANC foi a clara preocupação de que se considerasse indevida a retenção apenas quando se tratasse de uma escolha livre e deliberada do empregador e informada por má-fé, por um dolo especial mais largo que o dolo naturalístico e genérico de deixar de pagar a obrigação trabalhista.

Os debates na Comissão de Sistematização e no Plenário da ANC, especialmente os relacionados ao termo *dolosa*, demonstram que o constituinte não se limitou ao dolo genérico. Como já se assinalou, supunha-se que a apropriação decorresse de ato de desonestidade,

de má-fé ou de enriquecimento sem causa para que estivesse configurada uma retenção dolosa. Assim, sem se preocupar com a dogmática penal, na discussão acerca do dolo o constituinte antecipou aspectos que diziam respeito à culpabilidade da conduta e que se poderiam resolver tecnicamente pela instituição de um tipo subjetivo mais alargado em relação ao tipo objetivo. Isto é: embora o constituinte originário se tenha limitado à expressão *retenção dolosa*, a ele não lhe bastava o dolo natural – a consciência e a vontade de deixar de adimplir a obrigação trabalhista remuneratória –, mas um elemento subjetivo específico do tipo: o de que a conduta qualificada pela má-fé tivesse a finalidade de conferir uma vantagem indevida ao empregador.

Quanto aos debates a respeito do mandado de criminalização do art. 7º, X, da CRFB, é preciso interpretá-los em consonância com o disposto no art. 5º, LXVII, da CRFB, o qual determina que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (Brasil, [2023]). A despeito de mencionar apenas a prisão civil por dívidas, o dispositivo tem uma dimensão objetiva, cujos efeitos se irradiam por todo ordenamento jurídico, o que inclui os campos da política criminal e do Direito Penal para obstar a instituição do delito de mera dívida.

A discussão não é de todo estranha ao sistema jurídico-constitucional. Ao fazer o controle de convencionalidade da hipótese de prisão civil do depositário infiel em precedente convertido em marco na interpretação de tratados internacionais, o STF decidiu: a) que, em virtude do seu estatuto supralegal, a CADH prevalece sobre a legislação infraconstitucional; e b) que, embora a CRFB autorize a prisão civil do depositário infiel, a vigência do *Pacto de San José da Costa Rica* impede que o legislador ordinário estabeleça um marco normativo que permita a prisão por dívida fora dos casos de descumprimento de prestação alimentícia – trata-se do chamado *efeito paralisante* desse tratado de direitos humanos (Sarlet, 2013).

O art. 7º, item 7, da CADH não se limita à prisão civil: “Ninguém deve ser detido por dívida. Esse princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (Organização dos Estados Americanos, 1992). Dessa maneira, qualquer opção legislativa que se destine a observar o mandado constitucional de criminalização do art. 7º, X, da CRFB deve atentar na vedação de que o crime esteja limitado apenas ao dolo genérico de não pagar o salário, desde que este seja considerado uma dívida de valor. Nesse caso, ressalva-se a hipótese de que o legislador ordinário, informado pela inequívoca vontade do constituinte originário, venha a adotar a tese da inversão automática (*ficta*) ou de pleno direito da propriedade do salário, a ser considerado um bem material equiparado. Assim, o eventual crime não seria a falha no pagamento de dívida, mas a subtração patrimonial.

4 O mandado de criminalização à luz dos princípios constitucionais do Direito Penal

É necessário compreender os limites do mandado constitucional de criminalização, pois é difícil escapar à constatação de que ele e os direitos e garantias fundamentais estão imbricados; afinal, trata-se de normas que instituem um dever de proteção a certos bens jurídicos, cuja relevância os alçou ao patamar das escolhas rígidas do texto constitucional. À dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde o fato de os direitos ensejarem a pretensão de que se adote determinada conduta – a qual pode ser negativa (tal como o respeito à liberdade de outrem) ou positiva (tal como a prestação), ou também pode referir-se à atribuição de uma competência subjetiva (Branco, 2000, p. 152). Ao lado dessa dimensão coexiste a dimensão objetiva, e ambas mantêm relação de remissão e complementaridade:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais são da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos (Branco, 2000, p. 153).

Como consequência da dimensão objetiva, releva a concepção de que o bem jurídico tutelado pelo direito fundamental correspondente passe a ser visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado, a assumir contornos mais complexos que a mera perspectiva individual poderia compreender. Em sua perspectiva objetiva, o direito fundamental legitima até mesmo restrições a liberdades individuais, como a interdição do uso de certas drogas ou a imposição do cinto de segurança, em razão do bem jurídico da vida, protegido pelo correspondente direito fundamental (Branco, 2000, p. 153).

Outra consequência relevante dessa perspectiva é a existência de uma obrigação: o Poder Público deve proteger os bens jurídicos abarcados nos direitos fundamentais, respeitadas a liberdade de conformação legislativa e a busca de um mínimo de eficácia. Dessa forma, mesmo os direitos de defesa apresentam viés de prestação positiva, já que impõem a adoção de medidas que lhes assegurem a adequada manutenção:

Além desses efeitos, a concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas do ordenamento jurídico tem uma importância capital, não só teórica, para as tarefas do Estado. Partindo dessa premissa da vinculação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário aos direitos fundamentais (art. 1.3 GG), surge não só uma obrigação (negativa) do Estado de abster-se de ingerências no âmbito que aqueles direitos protegem mas também uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo aquilo que sirva

à realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não conste uma pretensão subjetiva dos cidadãos (Hesse, 2009, p. 71).

Assim, a formação de um mandado constitucional de criminalização de determinado gênero de condutas assenta-se justamente na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sobretudo o fato de o constituinte reconhecer um específico dever do Estado de proteger bens jurídicos de estatura constitucional. A norma de proteção ao salário, que impõe a criminalização de sua retenção dolosa, corresponde a uma norma definidora de direitos fundamentais, apesar de veiculada na forma de um dever estatal de proteção; e que também, em relação ao mandado de criminalização, promova a redução do campo de conformação legislativa ordinária para impor que o Estado diminua a abrangência das liberdades individuais nesse campo.

Nenhum mandado de criminalização, todavia, é parte do núcleo dos direitos fundamentais, ou seja, da esfera de intangibilidade que os torna imunes até mesmo a reformas constitucionais. A decisão do legislador constituinte de incriminar uma conduta, enquanto legítima, foi tomada em caráter acessório, com o fim de prover a proteção de determinado bem jurídico de elevada dignidade social e constitucional. O que está em questão não é a definição de uma conduta ou de um gênero de condutas como *crime*, mas sim a preservação dos bens cuja destruição se busca evitar com a proibição e a intervenção penal.

Disso resulta: a) que, de acordo com o constituinte reformador, se podem revogar os mandados de criminalização, desde que mantida a essência do direito fundamental correspondente ao bem jurídico tutelado; e b) que, segundo o legislador ordinário, a conformação das condutas definidas como *crime*, sem prejuízo do mandado constitucional de criminalização, deve ser interpretada em consonância prática com os princípios constitucionais do Direito Penal. Um deles é o da intervenção mínima, com seus diversos postulados (fragmentariedade, necessidade, *ultima ratio* etc.), razão por que é ampla a margem de definição de condutas, elementos do ilícito típico, e da eventual necessidade e quantidade de pena. Em outras palavras, um mandado de criminalização não corresponde a uma ordem de *intervenção máxima* ou de *prima ratio*. Como afirma Grau (2009, p. 101), “o Direito não se interpreta em tiras”. Em sintonia com essa conclusão, Dias (1999, p. 80, grifo nosso) afirma:

Naturalmente, onde o legislador constitucional aponte expressamente a necessidade de intervenção penal para tutela de bens jurídicos determinados, tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (embora, ainda aqui, *fique uma larga e incontornável margem de liberdade à legislação ordinária no que toca ao exato âmbito e à concreta forma da criminalização, bem como, em princípio, às sanções com que os comportamentos devem ser ameaçados e à sua medida*).

Decorrente da concepção garantista que prevalece no Direito Penal contemporâneo, há nos bens jurídicos o caráter de valor cuja defesa é “condição indispensável do livre desenvolvimento da personalidade do homem” (Dias, 1998, p. 57). Tal qualidade resulta da função do Direito Penal como *ultima ratio*, ou seja, de sua índole subsidiária, segundo a qual não se deve submeter toda espécie de lesão ao controle penal, mas somente as que sejam insuportáveis para a vida comunitária. Roxin (1986, p. 27) afirma que “para o direito penal isso significa que o seu fim somente pode derivar do Estado e, como tal, apenas pode consistir em garantir a todos os cidadãos uma vida em comum livre de perigos”.

5 O problema da retenção dolosa de salário

À luz dos princípios mencionados, o legislador ordinário deve examinar a imposição constitucional de criminalizar a *retenção dolosa* do salário, a fim de avaliar a suficiência da preservação do bem jurídico tutelado no âmbito penal, considerada a prevalência das condutas que possam afrontar um bem jurídico sobre as condutas de agressão consideradas socialmente intoleráveis. Isso não significa que o legislador ordinário esteja de algum modo impedido de criar o ilícito típico de retenção dolosa de salário; sustentar tal posicionamento seria contrário à liberdade de conformação do Congresso Nacional, que, como intérprete legitimado das escolhas dos cidadãos, pode adaptar a legislação, dada alguma necessidade política ou social. Contudo, essa análise servirá para avaliar se há mora legislativa em relação a esse dever, conforme sustenta o procurador-geral da República na inicial da ADO nº 82.

A primeira questão é a possibilidade de incidência da figura típica da apropriação indébita na hipótese de retenção dolosa de salário. Como já se demonstrou, o constituinte originário supôs encontrar no dever de adimplemento dos salários um ato equiparado à posse ou à detenção de coisa alheia. Não é gratuito o emprego do termo *retenção*, que remete ao exercício de direito sobre bem alheio, e que substituiu *apropriação*; como já se ressaltou, os anais da ANC tornam indubitável esse entendimento. No entanto, ao sustentarem uma compreensão mais tradicional e técnica da disposição contida no art. 168 do Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código penal (CP)), os legisladores constituintes deixaram de reconhecer a incidência do tipo de ilícito da apropriação indébita nos casos de retenção salarial dolosa, qualificando-a como *fato atípico*⁷. Por esse motivo, deve-se evidenciar que a suposta mora legislativa decorre antes de tudo de certa impermeabilidade de órgãos do Poder Judiciário à vontade do Poder Constituinte originário.

Mesmo diante de uma redação tão clara como a do art. 7º, X, da CRFB, as cortes continuam a interpretar o CP à luz de conceitos e de entendimentos anteriores a 1988 e ignoram o que o novo regime constitucional impôs: o salário constituiria *propriedade* do empregado a partir da conclusão do serviço e, assim, passível de retenção injusta. Para fins criminais,

⁷ Ver Poll (2020).

ela se equipararia, pois, à subtração de coisa alheia móvel de que trata o art. 168 do CP. O elemento normativo do tipo *coisa alheia móvel*, seu objeto material e jurídico, poderia ter alargada a sua interpretação diante da evidente equiparação do salário a *res*, dado que se sujeita a retenção e qualifica-se como propriedade de *pleno direito* do empregado desde o momento em que presta o serviço firmado em contrato, quando ocorre *ipso facto* a inversão da propriedade. Em outras palavras, sem excluir que o legislador viesse a propor lei especial sobre o tema, a configuração constitucional do salário, para os fins do delito concebido pelo art. 7º, X, da CRFB, já assegurava o suporte técnico-dogmático necessário para o enquadramento da retenção salarial como apropriação indébita. Não era (e ainda não é) necessária atuação suplementar alguma do Poder Legislativo, embora ela possa vir a ocorrer a qualquer tempo.

É possível apontar certo enfraquecimento da legalidade estrita do Direito Penal. No entanto, tal argumento não seria preciso, pois o conceito de *coisa alheia* não é dado pela natureza, mas pelo Direito. Assim, desde que aceita a premissa de que a ordem constitucional de 1988 equipara o salário a coisa – ainda antes de seu efetivo pagamento –, as conclusões já estariam dadas pela norma penal, sem qualquer desvio dogmático ou fragilização de garantias penais constitucionais. Aqui, pois, exclui-se a mera legislativa. A solução pode e deve ser demandada ao Poder Judiciário, ao qual caberia atribuir as consequências devidas à vontade objetiva do legislador constituinte, evidente na redação do mandado de criminalização, e conferir ao art. 168 do CP uma interpretação conforme à Constituição.

Em 1989, o Senado Federal chegou a aprovar o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 179, de Fernando Henrique Cardoso (PSDB-SP), que determinava a aplicação das penas da apropriação indébita para a retenção dolosa de salários⁸:

§ 3º A retenção dolosa do pagamento do salário sujeitará o responsável às penas cominadas no artigo 168 do Código Penal.

§ 4º Ocorre retenção dolosa quando o empregador deixar de efetuar o pagamento dentro de quinze dias a contar do vencimento da obrigação e utilizar, a partir do dia vinte do mês de competência, de quaisquer importância ou créditos, para atender quaisquer outros compromissos ou interesses (Brasil, 1989, p. 1-2).

A segunda questão diz respeito à liberdade de conformação do legislador. Como se viu, perpassava a discussão do tema na ANC o argumento de que nem toda falha de pagamento deveria ser qualificada como *crime*, mas apenas aquelas em que a conduta do empregador fosse dolosa e qualificada por uma especial desonestidade, com o fim de obter vantagem decorrente do atraso ou do descumprimento do dever de remunerar. A isso sobreveio a

⁸ A matéria foi enviada à revisão da Câmara dos Deputados e nela tramitou durante décadas até ser arquivada em 31/1/2023 em virtude de uma alteração no art. 105 do regimento interno da Casa.

vedação da prisão por dívida, de natureza penal ou civil – por força da CADH, internalizada com *status supralegal*.

Diante disso, são possíveis algumas soluções. Um exemplo é a lei portuguesa nº 7/2009, de acordo com a qual, no caso de descumprimento do pagamento de salários, ocorre o acionamento de um regime de interdições similar ao da falência, e são vedados aos administradores ou empregadores certos atos de gestão:

Artigo 324º

Efeitos para o empregador de falta de pagamento pontual da retribuição

1 – *Ao empregador em situação de falta de pagamento pontual de retribuição é aplicável o disposto no artigo 31º.*

2 – O acto de disposição do património da empresa praticado em situação de falta de pagamento pontual de retribuições, ou nos seis meses anteriores, é anulável nos termos do artigo 314º.

3 – *A violação do nº 1 é punida com pena de prisão até 3 anos, sem prejuízo de pena mais grave aplicável ao caso. [...]*

Artigo 313º

Actos proibidos em caso de encerramento temporário

1 – Em caso de encerramento temporário de empresa ou estabelecimento a que se refere o nº 1 do artigo 311º, o empregador não pode:

- a) Distribuir lucros ou dividendos, pagar suprimentos e respectivos juros ou amortizar quotas sob qualquer forma;
- b) Remunerar membros dos corpos sociais por qualquer meio, em percentagem superior à paga aos respectivos trabalhadores;
- c) Comprar ou vender acções ou quotas próprias a membros dos corpos sociais;
- d) Efectuar pagamentos a credores não titulares de garantia ou privilégio com preferência em relação aos créditos dos trabalhadores, salvo se tais pagamentos se destinarem a permitir a actividade da empresa;
- e) Efectuar pagamentos a trabalhadores que não correspondam ao rateio do montante disponível, na proporção das respectivas retribuições;
- f) Efectuar liberalidades, qualquer que seja o título;
- g) Renunciar a direitos com valor patrimonial;
- h) Celebrar contratos de mútuo na qualidade de mutuante;
- i) Proceder a levantamentos de tesouraria para fim alheio à actividade da empresa.

2 - A proibição a que se refere qualquer das alíneas d) a g) do número anterior cessa em caso de declaração expressa neste sentido, por escrito, de dois terços dos trabalhadores abrangidos (Portugal, [2023], grifos nossos).

Assim, no regime português o crime não é o simples descumprimento de contrato, hipótese equiparável à prisão por dívida; para a eventual violação do regime de atos proibidos, que passa a incidir sobre a empresa ou sobre o empregador a partir do atraso no pagamento de salários, as penalidades equivalem às proibições definidas para os casos de encerramento temporário.

Porém, há alternativas como: a) enquadrar como crimes apenas as hipóteses mais graves e maliciosas de retenção salarial, o que possibilita a incidência imediata no regime penal; e b) se o empregador aceita a prestação de serviço pelo empregado, previamente ciente de que não poderá ou não desejará remunerá-lo conforme o avençado, mas silencia ou o induz a crer que as condições estão mantidas, parece óbvio o enquadramento típico da conduta em crime de estelionato, porque preenche todos os elementos do tipo de ilícito. Aqui, o maior obstáculo seriam as dificuldades de natureza probatória dessa alternativa; entretanto, não há empecilho de ordem de política criminal ou de dogmática penal em relação a esse possível enquadramento. Como já se sublinhou, em geral o alcance de um mandado de criminalização não é atribuído pela norma constitucional: sua determinação está na esfera de conformação legislativa ordinária, se se observam os princípios da proteção ao bem jurídico e da subsidiariedade e fragmentariedade da intervenção penal.

Assim, por exemplo, o legislador ordinário de 2016 excluiu deliberadamente a motivação de cunho político da incidência da lei que pune criminalmente o terrorismo (art. 2º, *caput* e § 2º, da Lei nº 13.260/2016) e limitou de forma incontestável sua aplicação em hipóteses de manifestação criminológica do problema, ainda que haja um mandado constitucional de criminalização vigente contra o gênero de condutas que se denomina *terrorismo* (Brasil, [2023], art. 5º, XLIII).

De igual modo, não se poderia imputar a eventual inconstitucionalidade da decisão do legislador ordinário devida a seu silêncio, para não se ampliarem as hipóteses já existentes de crime em caso de retenção salarial, notadamente a do estelionato praticado pelo empregador em face de seus empregados – uma manifestação mais próxima da exigência de que a retenção estivesse informada por uma especial má-fé do empregador.

6 Conclusão

Tema em aberto na ordem constitucional, a criminalização da retenção dolosa de salário adquire contornos mais precisos sob o ângulo dos debates ocorridos na ANC.

Com fundamento nas discussões que nortearam seu processo legislativo, pode-se compreender como um mandado de criminalização dirigido ao legislador ordinário se

orienta para proteger um bem jurídico de dignidade constitucional: o salário do trabalhador. Depreende-se dos debates, no entanto, que o descumprimento deve ser intencional e eivado de má-fé, ou seja, não pode decorrer de meras dificuldades financeiras da empresa. Apesar de indissociavelmente imbricado ao direito fundamental social do trabalhador, o mandado de criminalização não é um direito fundamental em si mesmo. Dessa forma, o legislador ordinário tem uma razoável liberdade para sua concreta regulamentação.

A perspectiva vitoriosa nos debates da ANC foi a da inversão automática (*ficta*) da propriedade, no sentido de que, prestado devidamente o trabalho, o salário passava a ser uma mercadoria (*res*) sob a posse direta do empregador, a quem caberia o dever de transmiti-lo ao trabalhador. Sob essa óptica, a retenção dolosa seria uma forma especial de apropriação indébita – e foi essa a perspectiva adotada pelo PLS nº 179/1989, jamais levado ao Plenário da Câmara dos Deputados. A tese da inversão *ficta*, contudo, não encontrou ressonância no Poder Judiciário, que entendeu pela não incidência do delito de apropriação indébita aos casos de descumprimento do dever de pagar salário.

O desafio de equilibrar na prática os vetores constitucionais da matéria poderia acarretar o estabelecimento de uma figura de crime em etapas, como se dá no Direito português, visto neste estudo como modelo adequado: diante do não pagamento de salário, estabelecem-se deveres especiais para a empresa e o empregador – tais como não distribuir dividendos, não efetuar pagamentos a credores quirografários, não conceder liberalidades ou não fazer levantamentos em tesouraria etc. – até que se resolva a situação de insolvência.

Por outro lado, o legislador poderia em tese reservar a criminalização aos casos mais graves de defraudação do trabalhador. Para isso, ele já dispõe de suficiente previsão de ilícito típico no delito de estelionato; esta seria, pois, uma solução independente de nova intervenção do Poder Legislativo. Porém, os padrões probatórios exigidos para a caracterização da conduta nos tipos objetivo e subjetivo do delito seriam muito elevados e dificultariam a efetiva aplicação da lei penal. Além disso, a criminalização do não pagamento de salário seria um retrocesso jurídico-constitucional – a instituição de um crime de dívida –, matéria de deliberação legislativa interdita em virtude da proteção dos direitos humanos conferida pela CADH e pela CRFB.

Decorridas mais de três décadas da vigência da CRFB, o desafio apresenta-se primeiramente ao legislador, mas também ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, que já contam com instrumentos para promover a persecução penal em alguns casos, seja pela figura do estelionato, seja pela reavaliação da perspectiva da inversão da propriedade.

Referências

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica: IDP, 2000. p. 103-196.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Ata da 209^a Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 25 de fevereiro de 1988. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília, DF, ano 2, n. 191, 26 fev. 1988a. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagen/d/pdf/191anc26fev1988.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. *Emenda nº 576: etiqueta 700576-8*. Autor: Deputado Cunha Bueno. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, jun. 1987a. v. 182. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-182.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. *Emenda nº 1.056: etiqueta 701056-7*. Autor: Deputado Francisco Küster. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, jun. 1987b. v. 182. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-182.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. *Emendas oferecidas ao substitutivo*. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, jun. 1987c. v. 184. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-184.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Ata de votação do Projeto de Constituição do senhor relator Bernardo Cabral: 32^a Reunião Extraordinária, de 24 de setembro a 18 de novembro de 1987. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília, DF, ano 2, n. 171, 27 jan. 1988b. Suplemento "C". Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagen/d/pdf/sup171Canc27jan1988VolumeI-II.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos. *Emenda nº II: etiqueta 7A0011-6*. Autor: Deputado Domingos Leonelli. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, jun. 1987d. v. 189. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-189.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos. *Relatório*. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987e. v. 190. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-190.pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos. 24^a Reunião Ordinária em 22 de maio de 1987. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília, DF, ano 1, n. 104, p. 174-218, 25 jul. 1987f. Suplemento. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagen/d/pdf/sup104anc25jul1987.pdf#page=174>. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. *Quadro histórico dos dispositivos constitucionais: art. 7º, inciso X*. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, [2018]. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/35463/quadro_historico_art_007_%20X.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 179, de 1989*. Altera o artigo 459 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Autor: Senador Fernando Henrique Cardoso. Brasília, DF: Senado Federal, 1989. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9446842&ts=1693591976131&disposition=inline&_gl=1*17pjaff*_ga*MTAzOTc2MTQ0NC4xNjQ2NjY3NzM3*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMzYxMjkwNC4xMi4xLjE3MDM2MTI5MzMzMuMC4wLjA. Acesso em: 15 maio 2024.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU; UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Faculdade de Direito. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. v. 1.

_____. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida et al. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP. Linha Direito Comparado).

NOGUEIRA, André Magalhães (colab.). Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. In: FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. *Atlas histórico do Brasil*. [Rio de Janeiro]: FGV, CPDOC, c2023. Disponível em: <https://atlas.fgv.br/verbete/5742>. Acesso em: 15 maio 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 15 maio 2024.

POLL, Roberta Egger. Retenção dolosa de salário: impressões a respeito do descumprimento de legislação trabalhista e/ou infração penal. *Revista da Escola Judicial do TRT4*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 191-213, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://rejtrt4.emnuvens.com.br/revistaejud4/article/download/41/50>. Acesso em: 15 maio 2024.

PORTUGAL. *Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro*. Aprova a revisão do Código do Trabalho. [Lisboa]: Diário da República, [2023]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/7-2009-602073>. Acesso em: 15 maio 2024.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986. (Vega Universidade. Direito e Ciência Jurídica).

SANTOS, Cleopas Isaías. Mandados expressos de criminalização e função positiva do bem jurídico-penal: encilhando o Leviatã. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 77, p. 26-37, dez./jan. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao art. 5º, LXVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação executiva de Léo Ferreira Leoncy. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 462-472. (Série IDP).

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

A Administração Pública ganha eficiência com a autonomia formal do Banco Central? Uma avaliação sob a óptica do Direito Administrativo

Does Public Administration become more efficient with the formal autonomy of Central Bank of Brazil? An Administrative Law assessment

Cesar Rodrigues van der Laan¹

Resumo

O artigo avalia os efeitos do novo formato organizacional do Banco Central do Brasil (Bacen) após a aprovação da sua autonomia em 2021. Para isso, analisa o referencial normativo aplicado e a *agencificação* da autarquia, e confronta a tese da autonomia informal do Bacen com fatos estilizados e as alterações já observadas em suas relações administrativas advindas da Lei Complementar nº 179/2021. Como resultado, aponta-se maior eficiência e transparência da Administração Pública derivadas do novo paradigma legal. A atuação direta do Planalto sobre a política monetária transforma-se em influência sobre a pauta pública nacional, dado o poder de agenda do Governo, com efeitos mais funcionais que os verificados anteriormente. Conclui-se que há mudança institucional relevante que supera a disseminada percepção de ingerência política indevida que justificou a criação daquela lei. Também se refuta a tese da autonomia prévia *de facto*, que pode ser interpretada, no máximo, como uma autonomia informal controlada.

Palavras-chave: Banco Central; independência formal; autonomia legal; política monetária.

Abstract

This paper analysis the recent institutional changes regarding the autonomy of the Central Bank of Brazil (Bacen). For such, it focuses on the construction of the normative framework of

¹ Cesar Rodrigues van der Laan é doutor e mestre em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil, com doutorado-sanduíche na Universidade de Cambridge, Cambridge, Inglaterra; especialista em Direito Legislativo pelo Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil; coordenador de Pesquisa Jurídica do Veredicto Projeto de Extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; consultor legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. E-mail: cesarvdl@yahoo.com

the monetary policy, also contrasting the previous thesis of the *de facto* autonomy of Bacen until 2021, to the initial changes observed after the legal autonomy. Overall, the text argues that the recent institutional changes have improved the efficiency and transparency of the Brazilian monetary policy. The influence of the government (specifically, the President) on monetary policy have become more transparent. Public government statements affect market expectations and interest rates in the same or better way they did during the previous controlled institutional arrangement before 2021. In this sense, there is a shift to a positive perception of the government interference as it turns to be public, enhancing efficiency and transparency of the monetary policy framework, also refusing the informal autonomy thesis.

Keywords: Central Bank of Brazil; formal independence; legal autonomy; monetary policy.

Recebido em 18/8/23

Aprovado em 28/11/23

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p197

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

A adição da eficiência no rol dos princípios constitucionais da Administração Pública pela Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 4/6/1998, inaugurou um importante viés de análise sobre a qualidade da gestão pública. A mudança deriva de um processo de modernização de que resultou um novo desenho organizacional do Estado, em busca do aumento de eficiência (Pereira, 1996). Tal aspecto positivou-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) como princípio a ser observado não apenas pela União, mas pela Administração Pública direta e indireta dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (Brasil, [2023]). Segundo Pereira (1996), a modernização ou o aumento da

² VAN DER LAAN, Cesar Rodrigues. A Administração Pública ganha eficiência com a autonomia formal do Banco Central?: uma avaliação sob a óptica do Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 243, p. 197-222, jul./set. 2024. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p197. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/243/ril_v61_n243_p197

³ Van Der Laan, C. R. (2024). A Administração Pública ganha eficiência com a autonomia formal do Banco Central?: uma avaliação sob a óptica do Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(243), 197-222. https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p197

eficiência⁴ da Administração Pública decorreria, a médio prazo, de um complexo projeto de reforma, por meio do qual se procuraria a um só tempo fortalecer a Administração Pública direta (o “núcleo estratégico do Estado”) e descentralizar outros componentes organizacionais. Uma das formas dessa descentralização ocorreu com a implantação de *agências autônomas*, espécie administrativa até então inédita no País. A partir daí, desenvolveu-se a tendência de uma arquitetura mais policêntrica de Administração, projetada em rede, composta por agências reguladoras independentes, cujo controle de gestão tem base mais finalística que hierárquica (Miranda, 2021).

Desde então, evidencia-se a crescente preocupação em imprimir eficiência ao agir administrativo sob moldes distintos da estruturação da Administração federal gestada pelo Decreto-lei (DL) nº 200, de 25/2/1967. Nessa reorganização institucional também se observa uma tendência de isolar ou mitigar a influência política sobre decisões de cunho técnico-administrativo. Isso levou a um novo foco de pesquisa sobre as alterações do arcabouço legal da Administração Pública, visando avaliá-las justamente sob o novo parâmetro constitucional. Nesse campo de avaliação das estruturas administrativas de Estado, a autonomia do Banco Central do Brasil (Bacen) é um dos temas mais destacados na agenda nacional. Ainda no primeiro semestre de 2003, no começo da primeira gestão de Luiz Inácio Lula da Silva, o Ministério da Fazenda já publicara o documento *Política econômica e reformas estruturais*, propondo maior independência ou autonomia operacional da autarquia (Brasil, 2003)⁵. O objetivo declarado era assegurar uma gestão mais eficiente e transparente da política monetária (PM) por meio da reformatação organizacional⁶.

No entanto, os mais de dezoito anos de interregno até a promulgação da lei da autonomia do Bacen – Lei Complementar (LC) nº 179/2021 – sugerem que o tema sempre foi controverso. Ao longo desse período, houve um processo de amadurecimento político, sobretudo associado à constatação de que a preservação do poder de compra da moeda, ou o controle inflacionário, é essencial para o bem-estar da população. Disso resulta o aprimoramento do marco jurídico relativo ao Bacen. De todo modo, o tema ainda não alcança consenso político. Streck (2023), por exemplo, afirma que a LC nº 179/2021 criou um centro de poder paralelo, em que o presidente do Bacen acaba detendo mais poder que o presidente da República, ao colocar a PM no topo da hierarquia das políticas econômicas.

De fato, não se pode desconsiderar que, na organização administrativa, o chefe do Executivo é o responsável, em *ultima ratio*, pela execução das políticas públicas autorizadas

⁴ Adota-se aqui um significado amplo de *eficiência*, à luz da doutrina administrativista, que apresenta uma concepção de *eficiência* relacionada geralmente ao conceito de *boa administração*, conforme Mello (2021) e Mendes e Branco (2015); mas também se observa a concepção da economia neoclássica, que se vincula a aspectos de *economicidade* e *eficácia* e à busca do melhor resultado possível com a alocação de recursos menor possível.

⁵ Utilizam-se como sinônimos *autonomia* e *independência* do Bacen, conforme a tradição dos estudos nessa área.

⁶ “De acordo com essa reforma, o governo define a política econômica, em particular as diretrizes da política monetária a ser implementada pelo Banco Central, cuja gestão pode ser publicamente avaliada pela capacidade de cumprir as diretrizes estabelecidas. Nesse desenho, garante-se maior transparência à política monetária, definida pelo governo, e são criados mecanismos de avaliação da execução desta política pelo Banco Central” (Brasil, 2003, p. 12).

pelo Legislativo. Nos termos do art. 76 da CRFB (Brasil, [2023]), o Poder Executivo é exercido pelo presidente da República, o que implica seu poder de decisão sobre a PM. Da mesma forma, o DL nº 200/1967 autoriza-o a avocar e decidir sobre qualquer assunto na esfera da Administração federal, por motivo de relevante interesse público (Brasil, [1998], art. 170) – o que lhe garante interferir na execução de todas as políticas públicas federais, inclusive a PM.

O presente artigo insere-se nesse âmbito com o objetivo de refletir sobre os efeitos da modelagem institucional do Bacen introduzida pela LC nº 179/2021, especialmente sob o prisma da eficiência da Administração e da política pública conduzida pela autarquia. Apesar do curto período de tempo desde a promulgação dessa LC, há evidências de alteração substantiva na relação entre o Bacen e o Planalto em direção a um formato institucionalizado mais positivo, como almeja o Congresso Nacional diante do novo *locus* administrativo do Bacen. Até onde se pôde conhecer, o presente estudo justifica-se tanto pela singularidade da metodologia utilizada quanto pelo ineditismo da avaliação proposta sobre a alteração legislativa mencionada e a política pública conduzida pelo Bacen – com enfoque não apenas sobre a autarquia em si, mas em sua relação institucional com a Presidência da República. Segue-se uma abordagem de pesquisa do Direito Administrativo voltada a pensar modelos de gestão aprimorados pelo setor público, que melhor se traduzam em políticas públicas de bem-estar social.

Além desta breve introdução, a seção 2 do trabalho, de caráter normativo-analítico, apresenta a construção do marco jurídico-constitucional do Bacen e da PM, examinando seu *locus* na Administração Pública federal, num processo que culmina na *agencificação* da autarquia com as modificações impostas pela lei de autonomia do Bacen. A seção 3, empírica, confronta a tese de autonomia operacional informal do Bacen com episódios estilizados de sua relação institucional com o Planalto anteriores à LC nº 179/2021, conjecturando sobre o estado de coisas prévio à aprovação da LC. A seção 4, analítica, identifica os benefícios teóricos esperados da autonomia *de jure* e aponta efeitos iniciais concretos derivados da inovação institucional da Administração Pública. Na última seção seguem as conclusões.

2 Construção do referenciamento normativo da política monetária e do Bacen

A estrutura normativa corrente da PM no arcabouço jurídico do País envolve tanto dispositivos da CRFB quanto leis ordinárias e complementares, além de normas infralegais. Porém, trata-se de um arcabouço normativo construído antes da CRFB: remonta aos anos 1960, quando, com o DL nº 200/1967, os governos militares redesenharam a estrutura organizacional básica da Administração Pública federal.

Antes desse DL, a Lei nº 4.595, de 31/12/1964, estruturara o Sistema Financeiro Nacional (SFN) e dispusera sobre a PM e as instituições monetárias, bancárias e creditícias do País. Foram criados o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Bacen, entes da Administração

Pública federal especializadas em regular e supervisionar o mercado financeiro e monetário. A Lei nº 4.595/1964 instituiu o Bacen como fruto de uma reorganização administrativa do aparato estatal federal, transformando a anterior Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc)⁷ em autarquia federal, com personalidade jurídica e patrimônio próprio (Brasil, [2021b], art. 8º)⁸. Concebida ainda sob a égide da Constituição de 1946, atribuía à União a competência de emissão monetária e de legislar sobre sistema monetário, o que foi seguido pelas Constituições de 1967 e 1969 sem alteração⁹.

A CRFB não alterou esse delineamento organizacional do Bacen estabelecido na Lei nº 4.595/1964. Porém, distintamente do regime constitucional de 1946 e de 1967-1969, a CRFB menciona *banco central* no dispositivo sobre a indicação e a aprovação de nomes de autoridades ocupantes de cargos públicos no qual se define a competência do Senado para aprovar a indicação de seu presidente e seus diretores (art. 52, III, d), com prévia escolha e posterior nomeação pelo presidente da República (art. 84, XIV). Também lhe atribui a emissão da moeda soberana, função característica de um banco central moderno, e o papel de caixa único da União (Brasil, [2023], art. 164).

Há também duas referências ao Bacen no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CRFB, em que se afasta a União de operações bancárias renegociadas em 1987, embora provenientes de repasse de recursos do Bacen (ADCT, art. 47, § 6º); e que o autoriza a administrar o sistema eletrônico para leilões de precatórios, uma questão de natureza operacional de finanças públicas (ADCT, art. 97, § 9º, I). Contudo, a CRFB não amplia nem reduz o que estruturalmente já existia *de facto* na condução da PM. Não estabelece um formato organizacional preciso, assim como não o faz para outras entidades específicas da Administração Pública indireta. Isso sugere que a questão da autonomia do Bacen seja matéria infraconstitucional, com a CRFB recepcionando qualquer formato adotado - o que se alinha com Maia (2014) e com a manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar constitucional a LC nº 179/2021¹⁰.

⁷ A Sumoc foi criada no final da primeira gestão de Getúlio Vargas como presidente da República, por meio do DL nº 7.293, de 2/2/1945, com a finalidade de exercer o controle do mercado monetário, funcionando como autoridade monetária doméstica antes da criação propriamente de um banco central. Em termos administrativos, era órgão da Administração direta, sem personalidade jurídica própria, subordinado ao ministro da Fazenda.

⁸ “Art. 8º A atual Superintendência da Moeda e do Crédito é transformada em autarquia federal, tendo sede e fórum na Capital da República, sob a denominação de Banco Central da República do Brasil, com personalidade jurídica e patrimônio próprios este constituído dos bens, direitos e valores que lhe são transferidos na forma desta Lei e ainda a apropriação dos juros e rendas resultantes, na data da vigência desta lei, do disposto no art. 9º do Decreto-Lei número 8.495, de 28/12/1945, dispositivo que ora é expressamente revogado” (Brasil, [2021b], grifo nosso).

⁹ A criação do Bacen como autarquia é anterior à própria edição do DL nº 200/1967, o que sugere um caráter catalisador desse DL na organização administrativa federal, e não propriamente fundante de um novo formato de organização administrativa.

¹⁰ “Há visões como a dos autores da ação, segundo a qual ela retira de governos eleitos o controle sobre a política econômica e monetária. E há visões opostas, professadas por economistas e atores institucionais, como a OCDE e o Banco Mundial, de que a PM deve ser preservada das interferências políticas, muitas vezes motivadas por interesses eleitorais de curto prazo e que cobram um preço alto no futuro. Como se percebe, trata-se de questão essencialmente política, que não se situa no âmbito da interpretação constitucional, mas sim no plano da liberdade de conformação legislativa do Congresso Nacional. Como consequência, deve o Supremo Tribunal Federal ser deferente para com as escolhas políticas do Poder Legislativo” (Brasil, 2021d, p. 3, grifo nosso).

Cronologicamente, são as seguintes as fontes materiais da PM em vigor:

- Lei nº 4.595, de 31/12/1964, que cria o CMN e o Bacen – *Lei do sistema financeiro nacional (SFN)*;
- CRFB (arts. 164 e 192);
- Decreto nº 3.088, de 21/6/1999, que institui o sistema de metas de inflação;
- Lei nº 13.820, de 2/5/2019, que dispõe sobre as relações financeiras entre a União e o Bacen e sobre a carteira de títulos mantida pelo Bacen para a condução da PM;
- Resolução CMN nº 4.831, de 25/6/2020, que fixa a meta para a inflação e seu intervalo de tolerância para 2023;
- Lei Complementar nº 179, de 24/2/2021, que define os objetivos do Bacen e dispõe sobre a sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de seu presidente e de seus diretores;
- Resolução CMN nº 4.918, de 24/6/2021, que fixa a meta para a inflação e seu intervalo de tolerância para 2024;
- Lei nº 14.185, de 14/7/2021, que dispõe sobre o acolhimento pelo Bacen de depósitos voluntários à vista ou a prazo das instituições financeiras;
- Resolução CMN nº 5.018, de 23/6/2022, que fixa a meta para a inflação e seu intervalo de tolerância para 2025; e
- Resolução CMN nº 5.091, de 30/6/2023, que fixa a meta para a inflação e seu intervalo de tolerância para 2026.

Desse modo, há normas definidas tanto no nível constitucional e legal quanto no infralegal. Destaque-se especialmente estes dispositivos da CRFB:

Art. 164. [...] § 2º O banco central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros. [...]

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram (Brasil, [2023], grifo nosso).

Como se observa, apesar de sua centralidade no ordenamento jurídico, a CRFB é bastante sucinta em suas disposições sobre o Bacen e suas atribuições. De todo modo, o art. 164 positiva a execução da PM pelo Bacen, o qual já a conduzia anteriormente à própria CRFB: a autarquia foi criada em 1964 pela Lei nº 4.595/1964 e recepcionada como LC por força do art. 192, que estabelece a regulação do SFN por LCs¹¹. Por sua vez, a LC nº 179/2021 é a primeira a ser editada, desde então, a regulamentar o art. 192, o que justamente positiva

¹¹ O art. 192 teve sua redação original bastante reduzida pela EC nº 40/2003, que desconstitucionalizou diversos aspectos anteriormente expressos, deixados para serem tratados por LCs.

a autonomia formal do Bacen. Isso se relaciona ao fato de a CRFB ter recepcionado um sistema fundado em normas gestadas nos anos 1960 e ainda em vigor, as quais se estendem em diversos diplomas legais preexistentes à CRFB – como a própria Lei nº 4.595/1964 –, que se mostram suficientemente funcionais para abranger todas as mudanças regulatórias que gradativamente se têm implantado desde então¹².

A despeito de o SFN ter sido objeto de inúmeras disposições legais e infralegais ao longo dos anos¹³, a questão da autonomia do Bacen não chegou a ser efetivamente enfrentada, embora tenha começado a ser pautada publicamente no final dos anos 1980. Pode-se até considerar o tema uma omissão legislativa. Porém, não se deve desconsiderar que se trata de assunto que foi sendo construído e debatido ao longo de anos, influenciado também pelo movimento de *agencificação* regulatória federal com a chamada *Reforma Bresser* a partir do final dos anos 1990. Pode-se constatar a construção de um amadurecimento do tema, mas não subsumir a *limine* a omissão legislativa. A alteração legislativa veio a ocorrer apenas em 2021, com a LC nº 179, que introduziu a grande novidade institucional relacionada ao SFN e à organização administrativa federal.

A Lei nº 4.595/1964 constitui o marco normativo de sua estruturação corrente, a partir da criação tanto do Bacen quanto do CMN – este definidor e aquele executor de políticas econômicas e financeiras. Salientem-se os seguintes dispositivos:

Art. 3º A política do Conselho Monetário Nacional objetivará: [...]

VII – Coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa. [...]

Art. 9º Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: [...]

III – determinar o recolhimento de até cem por cento do total dos depósitos à vista e de até sessenta por cento de outros títulos contábeis das instituições financeiras, seja na forma de subscrição de Letras ou Obrigações do Tesouro Nacional ou compra de

¹² De fato, antes da CRFB, as matérias relativas ao SFN privado eram encontradas somente na legislação infraconstitucional, entre as quais estão: as Leis nºs 4.131, de 3/9/1962, e 4.390, de 29/8/1964, que tratam de capitais estrangeiros; a Lei nº 4.380, de 21/8/1964, que regula o Sistema Financeiro de Habitação; a Lei nº 4.595, de 31/12/1964, que dispõe sobre a política e instituições monetárias, bancárias e creditícias; a Lei nº 4.728, de 14/7/1965 (*Lei do mercado de capitais*), que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento; o DL nº 70, de 22/11/1966, que trata da regionalização e do funcionamento de associações de poupança e empréstimo; o DL nº 73, de 21/11/1966 (*Lei dos seguros*), que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados e regula as operações de seguro e resseguros; e a Lei nº 6.385, de 7/12/1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Estruturantes do SFN, essas normas ainda vigoram.

¹³ Caso da Lei nº 12.865, de 9/10/2013, que, ao regular o segmento de cartões de crédito e arranjos de pagamentos, além de inserir novas instituições no âmbito da regulação, inclui o Bacen no âmbito da outra grande função da autarquia: a regulação do SFN.

títulos da Dívida Pública Federal, seja através de recolhimento em espécie, em ambos os casos entregues ao Banco Central do Brasil, a forma e condições por ele determinadas, podendo: [...]

XII – efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais, consoante remuneração, limites, prazos, formas de negociação e outras condições estabelecidos em regulamentação por ele editada, sem prejuízo do disposto no art. 39 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Brasil, [2021b], grifos nossos).

Segundo tais dispositivos, cabe ao CMN a coordenação da PM (art. 3º) e ao Bacen, sua execução. Isso inclui o cumprimento e a complementação das normas expedidas pelo CMN (art. 9º); a determinação do recolhimento compulsório sobre depósitos à vista e a prazo (art. 10, III), e a realização das operações de compra e venda de títulos públicos federais como instrumento de PM (art. 10, XII).

Igualmente, o sistema de metas de inflação foi implantado pelo Poder Executivo pelo Decreto nº 3.088/1999, que estabeleceu essa sistemática como diretriz para fixar o regime da PM, delegando ao CMN a definição das metas anuais e dos respectivos intervalos de tolerância¹⁴. O Bacen manteve-se como executor das políticas necessárias ao cumprimento das metas fixadas (Brasil, [2017], art. 2º). Trata-se da configuração atual da PM em suas duas dimensões: a gerencial (do CMN) e a operacional (do Bacen), estabelecida na LC nº 179/2021.

Quanto à legislação, destacam-se duas leis. A Lei nº 13.820/2019 dispõe sobre as relações financeiras entre a União e o Bacen e sobre a carteira de títulos mantida pelo Bacen para a condução da PM. Ela é o fundamento que autoriza o Tesouro Nacional a transferir títulos públicos ao Bacen, a fim de que este os negocie para fins de PM; ou seja, permite o controle da quantidade de moeda na economia real, balizada pela taxa de juros definida e recalibrada nas reuniões do Comitê de Política Monetária (Copom)¹⁵ a cada 45 dias¹⁶. Por sua vez, a Lei nº 14.185/2021 adicionou novo instrumento de calibragem da PM, ao autorizar o acolhimento de depósitos voluntários à vista ou a prazo das instituições financeiras no Bacen; ao lado da negociação de títulos públicos, os chamados depósitos voluntários de instituições financeiras no Bacen são um mecanismo alternativo à disposição da autarquia para a execução da PM.

Também em nível infralegal, têm-se editado resoluções do CMN definidoras das metas anuais de inflação. A meta de inflação é de 3,25% para 2023, reduzida para 3% nos dois anos seguintes, o que justificaria a PM contracionista em execução pelo Bacen entre 2021 e 2023. A Tabela resume as metas de inflação vigentes para 2023 a 2026.

¹⁴ Isso ocorre logo após o término do regime de câmbio fixo estabelecido desde o início do Plano Real.

¹⁵ O Copom é um órgão do Bacen, criado em 20/6/1996 por meio da Circular Bacen nº 2.698.

¹⁶ Operacionalmente, são os títulos públicos negociados pelo Departamento de Mercado Aberto (Demab), do Bacen, sediado no Rio de Janeiro.

Tabela – Metas vigentes para a inflação (2023-2026)

Ano	Normativo	Data	Meta	Tolerância	Intervalo
2023	Resolução CMN nº 4.831	25/6/2020	3,25	1,5	1,75-4,75
2024	Resolução CMN nº 4.918	24/6/2021	3	1,5	1,5-4,50
2025	Resolução CMN nº 5.018	23/6/2022	3	1,5	1,5-4,50
2026	Resolução CMN nº 5.091	30/6/2023	3	1,5	1,5-4,50

Fonte: elaborada pelo autor.

Conquanto até há pouco o Bacen não tivesse autonomia legal, os resultados positivos alcançados em termos de redução da inflação e de maior estabilidade monetária no País – que permitiram a permanência de presidentes da autarquia por períodos mais longos – levaram à percepção e à disseminação da visão de inúmeros autores de que o arcabouço institucional da PM, sob o regime de metas de inflação, já configuraria uma autonomia operacional do Bacen, mesmo que não formalizada. A tese ficou conhecida como *autonomia informal* (ou *de facto*) do Bacen e seria complementada pela autonomia *de jure*, que teria, pois, caráter muito mais consolidador de um estado de coisas do que propriamente inovador.

Assim, a promulgação da LC nº 179/2021 completou o quadro normativo do Bacen. Especificamente, a LC define os objetivos do Bacen (art. 1º) e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de seu presidente e de seus diretores (arts. 3º a 5º). Para isso, extinguiu o vínculo da autarquia com o Ministério da Fazenda e transformou-a em autarquia de natureza especial (art. 6º)¹⁷. A autonomia formal também se traduziu no estabelecimento de mandatos fixos de quatro anos para os membros da diretoria colegiada do Bacen, autorizada uma recondução, aspecto que se diferencia do regime especial das agências reguladoras. A perda de mandato passou a ocorrer em situações bastante específicas (Brasil, 2021a, art. 5º), suprimida a possibilidade de afastamento *ad nutum* pelo Planalto, aspecto que configura a chamada *autonomia orgânica* do ente administrativo. São mecanismos que suprimem a tutela hierárquica do Governo Federal sobre o Bacen e a PM.

Há também a não coincidência dos mandatos do presidente da República e do presidente do Bacen, e a troca escalonada dos demais diretores, dois a dois, a cada dois anos. O controle da atuação do Bacen é exercido pelo Senado, em audiências semestrais na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) da Casa (art. 11) – forma de controle externo em vigor desde antes da LC nº 179/2021. Além disso e da investidura a termo de seus dirigentes e da estabilidade dos mandatos, o Bacen tornou-se mais autônomo ao ter garantida a autonomia técnica, operacional, administrativa e financeira (art. 6º), o que o aproxima do regime de

¹⁷ “Art. 6º O Banco Central do Brasil é autarquia de natureza especial caracterizada pela ausência de vinculação a Ministério, de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia técnica, operacional, administrativa e financeira, pela investidura a termo de seus dirigentes e pela estabilidade durante seus mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei Complementar ou de leis específicas destinadas à sua implementação” (Brasil, 2021a, grifo nosso).

agências reguladoras federais estabelecido no art. 3º da Lei nº 13.848/2019¹⁸. Isso se justifica porque, em tese, a autonomia legal de uma autarquia ou agência impede sua submissão à ingerência direta do poder estatal. Em conjunto, as novas prerrogativas organizacionais do Bacen propiciam a chamada *autonomia funcional*¹⁹, que significa a tomada de decisões de política monetária sem a ingerência política, direta e hierárquica, dos governantes²⁰. Dessa forma, a blindagem legal amplia o caráter eminentemente técnico das decisões do Copom, já que isoladas do Planalto.

Essa *agencificação* aproximou o desenho organizacional do Bacen ao das agências reguladoras, dado que estabelecidas como autarquias com prerrogativas especiais desde a reforma administrativa de 1998. Também o aproximou do modelo organizacional já consolidado da CVM, entidade da Administração Pública indireta reguladora do mercado de capitais, que adquiriu autonomia formal com a Lei nº 10.411/2002, mas com características *sui generis*. Uma peculiaridade da autonomia administrativa do Bacen é que as agências reguladoras ainda mantêm um vínculo de controle, conquanto não finalístico, com algum Ministério da União, decorrente da supervisão ministerial dos entes indiretos, ao passo que o Bacen deixou de ser vinculado ao Ministério da Fazenda. De todo modo, esse vínculo tem natureza de coordenação e não de subordinação (Bandeira, 2006, p. 36).

Esse tipo de controle pela Administração Pública federal envolve precipuamente “decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta” (Brasil, 2006). Como se observa, apresenta um caráter de controle interno, inclusive da legalidade dos atos administrativos do ente da Administração indireta. No caso do

¹⁸ “Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela *ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação*” (Brasil, 2019a, grifo nosso).

¹⁹ Evidencia-se uma peculiaridade da natureza especial conferida ao Bacen no art. 6º da LC nº 179/2021: omite-se a autonomia funcional, atributo expresso no art. 3º da Lei nº 13.848/2019 (*Lei das agências reguladoras*). Contudo, entendemos que isso não afasta a autonomia funcional *de facto* do Bacen, sobretudo em suas decisões de PM, dadas as demais prerrogativas listadas na LC nº 179/2021 e a própria finalidade do Legislativo em aprová-la. A LC nº 179/2021 garante-lhe independência decisória na execução de PM, como instância administrativa final, além da independência política com o mandato de seus dirigentes. Desse modo, há uma autonomia funcional, que conceitualmente implica a decisão em última instância administrativa, vedada a anulação ou a revogação dos atos pelo Poder Executivo central. Isso acontece em relação às decisões do Copom, mas não sobre todas as suas decisões administrativas. Em virtude de uma particularidade da organização administrativa do SFN, muitas decisões do Bacen – em especial as sanções administrativas decorrentes de sua atividade de fiscalizador e sancionador das instituições financeiras (os entes regulados) – são passíveis de recurso administrativo a órgão colegiado fora do Bacen (no caso, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, integrante do Ministério da Fazenda). Esse aspecto colide com a definição de *autonomia funcional* em si e impede que de fato conste no novo texto legal; mas, quanto ao fato de a meta de inflação caber exclusivamente ao Bacen, isso não elimina a ideia de autonomia funcional da PM quanto a escolhas na execução das definições do CMN.

²⁰ Cabe ao Bacen o controle sobre os dois principais preços de uma economia monetária moderna com inserção internacional: os juros e o câmbio. No entanto, a discussão da autonomia formal do Bacen sempre esteve restrita à definição dos juros, mesmo porque desde 1999 o Brasil adota um regime de câmbio flutuante, em que não há propriamente uma decisão do Bacen quanto à taxa cambial nominal. Além disso, caso o País adotasse um regime cambial fixo, organizacionalmente a decisão de definição da taxa cambial também caberia ao CMN, em virtude de suas prerrogativas estabelecidas no art. 4º, V, da Lei nº 4.595/1964 (Brasil, [2021b]).

Bacen, esse vínculo ministerial foi extinto, naturalmente sem afastar as prerrogativas de controle da Controladoria-Geral da União (CGU) que lhe são próprias. Outra peculiaridade encontra-se na forma de conexão do Bacen com o poder político, que ocorre por meio do CMN. O Conselho é formado predominantemente por agentes políticos do Governo Federal (os ministros da Fazenda e do Planejamento, além do presidente do Bacen), que definem, organizacionalmente, os parâmetros da PM executada pelo Bacen. Inexiste estrutura similar na Administração Pública federal que ligue, por exemplo, a Antaq ao Ministério dos Transportes.

No Direito positivo brasileiro, as autarquias constituem modalidade de descentralização administrativa. O DL nº 200/1967 (Brasil, [1998]) conceitua a autarquia como entidade destinada a executar atividades características da Administração Pública. Atua em serviços típicos do Estado, que exigem especialização, além de requererem organização própria e pessoal especializado. Esse é o caso do Bacen, que concentra atividades típicas do Estado, com alto grau de especialização técnica. Enquadra-se, portanto, como autarquia típica, à luz do que dispõe o art. 8º da Lei nº 4.595/1964 (Brasil, [2021b]).

Outro aspecto relevante é o caráter executório de uma política pública por uma autarquia especial. Isso se situa à parte do chamado *núcleo estratégico* de Governo Federal, segundo o desenho organizacional de Pereira (1996). Assim como a CVM, o Bacen é o executor de uma política pública, com poder regulatório infralegal, amparado por uma autonomia legal, mas que está sob o *frame* dos parâmetros legais, seguindo a lógica kelseniana do Direito. Ademais, a autonomia e a imparcialidade técnica das autarquias especiais na execução de políticas públicas têm sido reconhecidas pelos tribunais. Em julgado acerca de uma agência reguladora estadual (ADI nº 2.095/RS), o STF avaliou não existir conflito entre a autonomia técnica do Bacen e a autonomia do chefe do Poder Executivo, e que não lhe cabe definir as políticas de governo, mas executá-las (Brasil, 2019c)²¹.

O caso é ilustrativo do questionamento, especialmente de caráter político, sobre a concessão legal de autonomia a autarquias especiais, que, no caso discutido no Judiciário, se trata de uma agência reguladora estadual. Porém, funciona nos mesmos moldes e recebe críticas semelhantes: a contestação de sua autonomia normativa frente o chefe do Poder Executivo. Pode-se apontar uma questão subjacente que envolve a clássica divisão tripartite que estrutura os Estados nacionais no Ocidente. O modelo policêntrico de administração gerencial moderna, descentralizada, cria subcentros de poder estatal, em que se retira poder de decisão do chefe do Executivo, em tese responsável pelo comando de todo o aparato administrativo estatal.

²¹ “A atuação da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Rio Grande do Sul – AGERGS não se opõe à autonomia do Chefe do Poder Executivo (II do art. 84 da Constituição da República). Não lhe incumbe atuar na conformação de políticas de governo, mas prevenir e arbitrar, conforme a lei e os contratos, os conflitos de interesses entre concessionários e usuários ou entre aqueles e o Poder concedente. 2. É da essência da regulação setorial a autonomia das agências para a definição dos valores de tarifas, observados os termos e a juridicidade do contrato subjacente” (Brasil, 2019c, p. 1, grifo nosso).

3 Autonomia operacional informal do Bacen antes da LC nº 179/2021?

Uma visão bastante disseminada sobre o Bacen é a de que já atuava com autonomia operacional informal ou *de facto* – mesmo sem autonomia formal ou *de jure*, implantada apenas em 2021. Segundo Schapiro (2022), entre 1999 e 2020 o Bacen contou com uma autonomia operacional na prática, mesmo sem ter mandato estabelecido em lei para seus dirigentes. Para o autor, a organização administrativa weberiana do Bacen (composta por quadro técnico), garantiu-lhe coesão e limitou o controle político exercido por meio das nomeações. Além disso, o reconhecimento de sua capacidade regulatória reforçou um comportamento deferente das demais autoridades em relação à autarquia. Diante disso, a autonomia *de jure* não modificaria substancialmente sua atuação, de caráter já eminentemente técnico, isolado da política²².

Porém, há episódios que apontam que essa percepção pode não ter sido algo solidificado, imune a ingerências políticas, sugerindo ser pouco aderente a tese de autonomia operacional do Bacen até 2021. Por um lado, em termos organizacionais, o Bacen operou como autarquia típica do modelo do DL nº 200/1967 até a edição da LC nº 179/2021. Embora se considere que tenha tido algum grau de autonomia na tomada de decisão acerca da taxa de juros básica da economia, essa autonomia não pode ser considerada desde já uma diferenciação específica ou uma *agencificação de facto* do Bacen. Inclusive, é impróprio mencionar o regime das agências reguladoras antes da LC nº 179/2021. Diferentemente do Bacen, elas já nasceram sob o regime diferenciado da autarquia de natureza especial, o que ocorreu com o Bacen apenas com a LC nº 179/2021.

No Direito positivo nacional, a criação de autarquias constitui modalidade de descentralização administrativa. Segundo o DL nº 200/1967, autarquias são entidades destinadas a executar atividades típicas da Administração Pública²³. Elas atuam em serviços típicos de Estado que exigem especialização, organização própria e pessoal especializado. Esse é o caso do Bacen, que concentra atividades de Estado com alto grau de especialização técnica, sendo até 2021 uma autarquia típica. A existência de quadros técnicos próprios em carreira específica desde sua criação é elemento de estabilidade para a autarquia; no entanto, isso não configura um diferencial para classificá-la como autarquia de natureza especial, figura jurídica que requer previsão legal e que surge apenas com a *Reforma Bresser*. Se se pudesse apontar autonomia informal, esta seria a autonomia típica da autarquia, mas que não se confunde com a autonomia legal de uma agência reguladora.

Ao mesmo tempo, pode-se apontar que a mais importante característica teórica da autarquia de natureza especial consiste na autonomia técnica das decisões perante o Poder

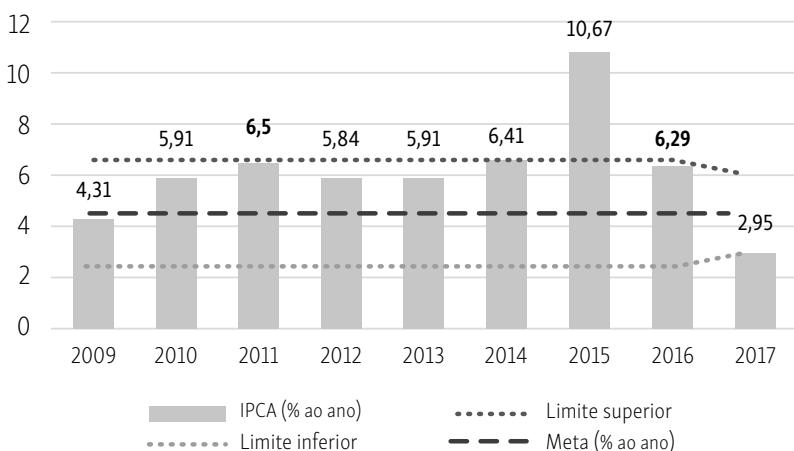
²² Miranda (2021) também identifica uma independência operacional *de facto* do Bacen, a partir da introdução do sistema de metas de inflação em 1999.

²³ Nos termos do DL nº 200/1967, autarquia é “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada” (Brasil, [1998], art. 5º, I).

Executivo, como o demonstra a tradição desenvolvida com as agências reguladoras. Isso é garantido pelo regime administrativo especial que as distancia da ingerência política externa sobre seus quadros decisórios, em regra aprovados pelo Senado Federal²⁴. Até 2021, não é possível constatar que isso tenha sido verdadeiro em relação ao Bacen. Ao contrário, é o próprio histórico de interferência do Planalto sobre suas decisões que impulsionou a alteração legislativa de 2021.

Para corroborar essa visão, recorre-se ao que comumente o jornalismo econômico registrou acerca da ingerência política sobre o Bacen e a PM. Foi corriqueira a divulgação de episódios envolvendo interferência política na definição da taxa Selic, o centro da PM. Maia (2014) afirma que, se cabe ao Bacen a execução das medidas necessárias ao cumprimento das metas de inflação fixadas pelo CMN, o direcionamento (político ou técnico) da autarquia federal influencia a eficiência da PM. Assim, qualificar o Bacen como autarquia especial permite-lhe uma atuação mais técnica, isolada da política²⁵.

Gráfico 1 – Inflação, meta e limites de variação da inflação anual



Fonte: elaborado pelo autor com base em dados do Banco Central.

Provavelmente, o mais notório e emblemático caso de ingerência política tenha ocorrido durante os mandatos de Dilma Rousseff (2011-2016), em que o Bacen, sob o comando de Alexandre Tombini, passou a perseguir o teto superior e não a meta central de inflação estipulada pelo CMN. Isso se verificou ao longo do período presidencial, consistindo em

²⁴ Os dirigentes das agências reguladoras federais exercem mandato de duração fixa nos termos da Lei nº 13.848/2019.

²⁵ A rigor, a decisão somente técnica não garante o acerto da PM, como sugere o caso histórico da política do *Encilhamento* na República Velha, quando ainda não existia um banco central para conduzir a PM. Porém, reduz a chance de decisão errada, sob premissas voltadas para objetivos não relacionados com o controle da inflação, mas meramente eleitoreiros, por exemplo.

alteração relevante da condução da PM doméstica. O resultado concretizou-se na elevação consistente da inflação no período, que passou a oscilar no patamar de 6% ao ano, e não mais em torno do centro da meta de 4,5% (Gráfico 1). Essa PM mais condescendente com a inflação é denominada *fraca* ou *dovish*²⁶.

A grande imprensa divulgou reiteradamente episódios de alterações inesperadas na PM²⁷. Nesse contexto, em 19/10/2011 a revista *Veja* publicou matéria intitulada “Banco Central vive seu pior momento no governo Dilma”, destacando o alinhamento do Bacen com o Ministério da Fazenda e o descontrole da inflação. Da mesma forma, destacava que o Copom reduzia a Selic enquanto a inflação avançava bem acima do teto da meta (Costa; Sverberi, 2011)^{28 29}. Esses registros desvelam a relação hierárquica, durante a gestão de Dilma Rousseff, entre o Planalto e o Bacen, que se traduziu no afastamento de qualquer margem de autonomia operacional do regime de metas existente até então. Nesse cenário, a interpretação predominante foi de que o Bacen deixou de perseguir a meta inflacionária definida pelo CMN conforme critérios técnicos.

Mais precisamente, a alteração na condução da PM começa antes mesmo do primeiro mandato de Dilma Rousseff: durante o período eleitoral em 2010. Em meados daquele ano, o Bacen viu-se obrigado a alterar abruptamente a trajetória altista da PM restritiva que comandava e toda sua comunicação institucional. O ano registrava o período de maior crescimento da economia em décadas, com taxa asiática de mais de 7%, mas com inflação também crescente, já acima de 5%. No entanto, o Bacen acabou mantendo a Selic no patamar de 10,75% a partir de agosto daquele ano, apesar da sinalização altista que se vinha indicando até aí. O ciclo altista foi retomado apenas no ano seguinte, após o período de transição eleitoral. Enquanto isso, o IPCA acelerou-se em mais de 6%.

Esse episódio de interferência política é muito ilustrativo sobre o descontrole da inflação. A parada súbita do ciclo de aperto monetário em meados de 2010 acabou elevando o patamar de inflação, pois a não contenção tempestiva do processo inflacionário em 2010 levou a uma maior necessidade posterior de elevação de juros pelo Bacen em 2011, atingindo patamar mais elevado do que era necessário se tivesse mantido o ciclo de aperto monetário em implantação em 2010. A súbita alteração da PM foi registrada por Melo (2019), para

²⁶ Ao lado de outras mudanças de gestão macroeconômica, o período ficou registrado na literatura econômica como *Nova matriz econômica*; ver Pessoa (2017).

²⁷ É ilustrativa a manchete de 1º/9/2011, no G1, “Ministro nega interferência do Planalto em decisão do Copom”, divulgada no contexto em que o Bacen reduziu os juros de 12,50% para 12%, mesmo com a inflação acima do teto superior da meta (Lima, 2011).

²⁸ “Em julho [de 2011], quando a Selic passou para 12,5%, o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) acumulava uma alta de 6,87% em doze meses – acima, portanto, do topo da meta de inflação. Em agosto [de 2011], quando os juros voltaram para 12% em um movimento brusco e incompreensível, o IPCA fechou o mês a 7,23% no acumulado dos 12 meses” (Costa; Sverberi, 2011).

²⁹ O site econômico *InfoMoney* também repercutiu a interferência do Planalto sobre o Bacen: “paira no mercado a impressão de forte influência do Governo no corte da taxa básica de juros” (Vieira, 2011). O corte de juros visto como surpresa para o mercado também foi noticiado pelo *Uol* (Jornais, 2011).

quem “o período pré-eleitoral das eleições de 2010 foi marcado por uma grande oscilação nas expectativas, em uma trajetória que é análoga aos ciclos eleitorais” (Melo, 2019, p. 21).

Em tese, o caso exemplifica o que se chama *teoria de ciclos políticos*, a qual sustenta que, antes das eleições, os partidos que apoiam o governo optam por estimular variáveis-chave, como a própria taxa de juros, para obterem resultados de curto prazo. Ou seja, o governo tende a promover maior crescimento de curto prazo, o que cria pressões inflacionárias em períodos pré-eleitorais (tanto pela elevação dos gastos públicos quanto pela PM “mais frouxa”), de modo a influenciar os resultados das eleições. Não há, entretanto, compromisso com as consequências dessas políticas no médio e no longo prazo. Isso significa que, com o objetivo de influenciar o cenário eleitoral, “os partidos incumbentes fomentam políticas fiscais e monetárias com o intuito de gerar um aumento da atividade econômica no curto prazo” sem se preocuparem com outros impactos macroeconômicos (Melo, 2019, p. 30). Após as eleições, o partido vencedor assume uma postura austera, para controlar as pressões inflacionárias, o que em tese acabaria por anular os efeitos obtidos com o aquecimento da economia no período eleitoral. No entanto, a ingerência política dificulta a formação das expectativas inflacionárias, gera mais inflação e aumenta a volatilidade dos ciclos econômicos (Melo, 2019, p. 30).

Outro episódio bastante ilustrativo da interferência política sobre o Bacen ocorreu durante a presidência de Dilma Rousseff. Em 2013, a redução dos juros pelo Bacen para o nível de 7,25% também foi considerada errônea, sem respaldo em condições objetivas da economia. O resultado foi inflação mais elevada naquele ano, que fechou em quase 6% (Cataldo, 2016). Nessas condições de leniência com inflação mais elevada, as próprias expectativas inflacionárias dos agentes econômicos acabam des ancoradas e torna-se mais custoso o retorno a um patamar inflacionário menor. Isso se torna ainda mais difícil numa economia historicamente indexada, em que a inflação passada é facilmente transmitida aos preços futuros, alimentando o ciclo inflacionário de forma rápida.

Em janeiro de 2016, a *Folha de S.Paulo* noticiou que a presidente reconhecia ter sabido da reunião com o então presidente do Bacen na véspera da reunião do Copom, mas sem admitir propriamente interferência política no Bacen (Nery, 2016), discurso também confirmado pelo presidente do Bacen à época (Martello, 2016). No período, a grande mídia chegou a associar tal influência a um movimento do Planalto para a preservação do seu mandato, antes do processo de *impeachment*. Isso configura caso de ingerência política ou uso da máquina pública, em particular a própria PM para fins políticos, comportamento que a autonomia administrativa *de jure* do Bacen visou coibir.

Nos mandatos anteriores do presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) também eram notórias as reuniões pré-Copom entre o chefe da República e o então presidente do Bacen, Henrique Meirelles, realizadas extraoficialmente. A definição dos juros submetia-se ao crivo (político) do Planalto, o que também contraria a tese da autonomia informal do Bacen anterior à LC nº 179. Essa realidade sugere que essa tese tenha sido algo muito mais relacionado a um objetivo a ser alcançado que propriamente uma realidade, de modo que a

formalidade legal da autonomia do Bacen efetivamente faz diferença sobre a forma de relação institucional entre o Bacen e a política. A maior autonomia *de jure* torna-se *de facto*, pois a não coincidência dos mandatos dos presidentes da República e do Bacen cria uma situação em que, sempre por dois anos, a PM é comandada por agentes de grupos políticos distintos (em caso de alternância do poder político federal, como entre 2022 e 2023). Isso reduz, senão elimina, interferências políticas não esperadas sobre a execução da PM.

A importância da autonomia *de jure* de uma autarquia especial também pode ser avaliada em outro caso notório de ingerência política sobre outra autarquia especial, a Anvisa. Entre 2020 e 2021, foram flagrantes as tentativas de interferência do Governo Federal na aprovação de vacinas pela Anvisa durante a gestão da pandemia da Covid-19, o que se tornou objeto de investigação pelo Senado Federal no âmbito da *CPI da Pandemia*. Embora se possa considerar que a autonomia formal não tenha garantido total blindagem da agência reguladora, o caso sugere que teria sido muito mais contundente a intromissão se inexistisse autonomia formal. Há fortes indícios de que a ingerência do então presidente da República Jair Bolsonaro (2019-2022) tenha atrasado a aprovação da vacina Coronavac, desenvolvida pelo Instituto Butantan, de São Paulo. A aprovação só foi efetivamente concedida à Anvisa após sucessivas semanas de declarações do mandatário contrárias à vacina.

Também foi emblemática a tentativa do Planalto de fazer a Anvisa aprovar a mudança das bulas de cloroquina para indicar seu uso (não comprovado) contra a Covid-19. Com mandato de titular da Anvisa até 2024 e blindado de uma demissão *ad nutum* pelo então presidente da República, o presidente da agência regulatória prestou depoimento na *CPI da Pandemia* considerado bastante revelador, que surpreendeu a base governista ao contrariar o discurso do Planalto³⁰. Da mesma forma, é ilustrativo o caso de ingerência política na atuação do Ibama (uma autarquia comum, sem regime especial), talvez o caso mais evidente dessa prática durante a gestão de Jair Bolsonaro. Além da militarização dos quadros que deveriam ser ocupados por técnicos, a regulação ambiental centralizada no Ibama esteve diante de uma mudança abrupta e passou a ser conduzida com base político-partidária e não técnica.

Nesse tipo de ingerência política, sem base estritamente técnica, subjaz a discussão sobre a autonomia operacional do Bacen, que é mais eficiente na condução da PM e nos resultados em termos de controle de inflação, caso isolado dos objetivos políticos de curto prazo do Planalto. Estes não necessariamente coincidem com as políticas públicas conduzidas pelas autarquias, como se constata nos episódios relatados. Observa Cyrino (2010) que a descentralização da governança estatal é indicada especialmente no caso de políticas públicas em que devam predominar parâmetros técnicos, que não encontram adequado tratamento na arena política tradicional. O propósito é garantir o insulamento de certas estruturas administrativas

³⁰ O episódio de ingerência na Anvisa foi objeto de oitiva na *CPI da Pandemia* no Senado Federal. O Relatório final da CPI, aprovado em 26/10/2021, registra o testemunho do presidente da agência, almirante Barra Torres, sobre a reunião no Palácio do Planalto com o objetivo de mudar as bulas de cloroquina e incluir a indicação de uso contra a Covid-19 – uma posição defendida pela médica Nise Yamaguchi, à revelia dos estudos científicos ou clínicos (Brasil, 2021c, p. 36-37).

fundamentais em relação à intervenção *ad hoc* de agentes políticos eleitos, preservando o desempenho de funções precipuamente técnicas (Cyrino, 2010, p. 235).

4 Benefícios esperados e evidências dos efeitos da autonomia *de jure*

Como consta na justificação da proposição legislativa que deu origem à LC nº 179/2021, a autonomia formal do Bacen impede pressões políticas e propicia um ambiente de menor incerteza na condução da PM (Brasil, 2019b). Em termos de uma esperada condução autenticamente técnica da PM, a autonomia formal incrementa a credibilidade do Bacen, o que aumenta a eficiência de sua atuação.

A maior credibilidade da PM tende a despressionar ou a reduzir as expectativas inflacionárias e os prêmios de risco inflacionários embutidos nas taxas de juros de mais longo prazo praticadas no País, o que favorece o ambiente dos negócios e gera um círculo virtuoso na economia. Isso é relevante porque a PM gera efeitos sobre a economia real não apenas com base na calibragem em si da taxa Selic pelo Copom, que influenciará as demais taxas de juros praticadas na economia (poupança, empréstimo, financiamento); em decorrência disso, afetará a tomada de decisões privadas de investimento, o nível de poupança e gasto das pessoas e empresas. Ela afeta a expectativa dos agentes econômicos quanto à trajetória futura da inflação, que é precificada e embutida nas taxas de juros de médio e longo prazo negociadas.

A autonomia formal tende a reduzir justamente as expectativas inflacionárias, por permitir uma PM mais técnica, mais crível. Sob tais circunstâncias, é maior o potencial da PM, pois tem mais capacidade de influir sobre todas as taxas de juros. Assim, uma queda da Selic considerada crível afeta toda a curva de juros, que reflete todos os prazos de contratos a termo; do contrário, pode apenas fomentar a inflação. Por exemplo: se o Bacen reduzir a taxa Selic antes de o mercado entender que a inflação está controlada, os juros de curto prazo provavelmente cairão, mas as expectativas inflacionárias seguirão des ancoradas. Além disso, os juros de médio e de longo prazo tendem a subir, num movimento oposto ao do Bacen, a depender da expectativa relacionada ao comportamento futuro da inflação e embutida nas taxas praticadas. O mercado passa a esperar que a queda na taxa Selic não será capaz de controlar a inflação e que, em algum momento no futuro próximo, o Bacen terá que retomar o ciclo de alta e, assim, os juros longos subirão diante da queda da Selic³¹.

Trata-se, pois, de aspecto importante de transmissão da PM. Em grande parte, ela se concretiza pelo canal de expectativas dos agentes econômicos, afetadas pelas sinalizações

³¹ A taxa Selic afeta mais diretamente as taxas de juros de curto prazo. As taxas de juros que refletem operações negociadas para prazos médio e longo embutem um cálculo de previsão relacionado ao comportamento futuro da Selic. São as chamadas *expectativas do mercado*. Quanto mais longo o prazo, menor a influência da taxa Selic corrente na formação dos juros que balizam negócios de prazos além do curto prazo. Também entram outras variáveis, como a eficácia da PM e a da política fiscal.

da autoridade monetária acerca da direção da PM. Ao mudar a taxa de juros de curto prazo, o Bacen altera tanto as expectativas dos agentes econômicos relativas à evolução presente e futura da economia quanto as taxas de juros esperadas para prazos longos. Caso a PM seja crível, remodela-se de forma consistente toda a estrutura de juros da economia na direção sinalizada pelo Bacen. Isso significa que muito da atuação do Bacen depende da qualidade dos sinais que emite e de como são recebidos pelos agentes. Se há credibilidade, a autoridade monetária transforma a publicidade de suas ações e intenções em sinais de comando para o mercado e formula uma PM eficiente, com o propósito de alcançar seu objetivo ao utilizar menos instrumentos em menos tempo. Essa credibilidade associa-se a uma atuação técnica do Bacen isolada de interferência política. Em tese, a sinalização da PM gera efeitos desde logo, independentemente da efetiva alteração da taxa básica de juros.

O anúncio de métodos anti-inflacionários eficientes, como a perseguição de metas de inflação, entendidas como críveis pelo mercado, tende *per se* a estimular a contenção da inflação. Dessa forma, há resultados relevantes da ação do Bacen sobre as expectativas dos agentes, permitindo a menor intensidade e a duração necessária de calibragem efetiva dos instrumentos de PM (Van Der Laan, 2018). Esse maior efeito potencial da atuação do Bacen sobre toda a estrutura de juros praticados na economia significa eficiência da PM, pois evita custos decorrentes da alteração da taxa Selic nas operações efetivamente realizadas pelo Bacen no mercado aberto para colocar em prática eventual nova taxa de juros. Há aprimoramento da relação entre o produto da política pública (estabilidade monetária/controle inflacionário) e o custo do insumo empregado (taxa Selic) para produzi-lo em determinado período de tempo, conforme a definição utilizada pelo Tribunal de Contas da União (Brasil, 2014).

Outro efeito positivo da nova organização administrativa do Bacen é o aumento da transparência em todo o setor público. Se antes as discussões entre o Planalto e o Bacen eram conduzidas fora da agenda oficial das autoridades, como algo a ser negado, hoje as manifestações do Planalto sobre juros são de conhecimento público. E, mais que isso, carregam o potencial de serem tão ou mais efetivas que antes quanto aos efeitos esperados sobre a PM e as taxas de juros de mercado. Esse novo efeito benéfico deriva da autonomia formal do Bacen inaugurada concretamente em 2023, como se deduz da primeira experiência de afastamento administrativo institucionalizado entre o Planalto e o Bacen.

Nesse novo cenário, o diálogo entre ambos passa a ocorrer no âmbito do debate público, e não mais a portas fechadas. As críticas do presidente Luiz Inácio Lula da Silva relativas ao nível de juros e seu efeito restritivo sobre a atividade econômica acarretaram uma perspectiva que influiu na pauta econômica do primeiro semestre de 2023 e acabou assimilada pelos agentes econômicos. Se de início fora criticado por falar publicamente do nível da taxa Selic como algo indevido, o presidente da República aos poucos foi convencendo segmentos políticos e econômicos importantes a respeito da sua assertividade e da necessidade de se debater o tema, que seria de interesse do País e não apenas uma política pública restrita à visão do Bacen com sua autonomia legal. Suas manifestações públicas foram mal recebidas pela grande mídia e por setores da oposição, até em função da então recente troca de

Governo, mas gradativamente sensibilizaram setores econômicos sobre a conveniência e a necessidade de ajuste da PM restritiva, considerada exagerada. Mais vozes começaram a reverberar a posição do presidente da República, inclusive na classe política³². Como efeito dessa mudança de percepção da inflação e dos juros praticados no País, em pouco tempo a curva de juros de mercado passou a apresentar queda progressiva e substancial, o que denota a assimilação do discurso presidencial pelos agentes econômicos. Isso indica que, se antes as críticas do Planalto eram mal-vistas, hoje as mesmas críticas carregam um potencial que se torna positivo para a PM. A atuação direta do Planalto sobre o Bacen, de caráter administrativo e hierárquico, transforma-se em influência indireta sobre a PM, construída de forma transparente na pauta pública nacional.

Não se trata de uma prerrogativa de controle do Planalto sobre a PM – o qual foi extinto –, mas de uma mudança administrativo-organizacional da Administração Pública derivada da LC nº 179/2021, que estabeleceu novo formato para as relações entre o Planalto e o Bacen. A imposição administrativa hierárquica do Planalto torna-se convencimento público, dado ao poder de agenda do presidente da República, que influencia autonomamente o debate econômico e monetário. A nova prática decorre da habilidade retórica do Governo e não de uma imposição administrativa. Administrativamente, não há mais a previsão desse *locus* direto do Planalto na PM. A visão de PM do Governo passa a ser transmitida pelo próprio mercado, cujo comportamento é influenciado por uma autoridade pública além do próprio Bacen. Esse poder de agenda influi na formação das expectativas inflacionárias e do nível de juros do mercado monetário que essas expectativas embutem. Ao atingir o comportamento dos agentes econômicos, no sentido esperado pelo Bacen de convergência de inflação e ancoragem de expectativas inflacionárias, ao fim isso abre espaço para a adaptação do próprio comportamento da autoridade monetária para recalibrar a PM. O Planalto afeta as expectativas dos agentes econômicos, que, sensibilizadas, se adaptam e efetivamente se concretizam num nível de juros menor.

A LC nº 179/2021 criou, assim, um novo canal de transmissão de influência pública do Planalto a balizar as taxas de juros domésticas, com o potencial de facilitar o próprio trabalho do Bacen. O Planalto passa a trabalhar em favor do Bacen, ao influenciar a queda dos juros praticados pelos agentes econômicos no mercado monetário e, muito provavelmente, também as expectativas quanto à condução da PM e do comportamento esperado da inflação, que estão precificadas e embutidas nos juros de mercado. Isso ocorre porque ajuda a ancorar as expectativas inflacionárias, parte essencial do trabalho da autoridade monetária no regime de metas de inflação. O novo arranjo institucional, portanto, é-lhe mais benigno sob tal aspecto. Apesar de não prevista originalmente pela LC nº 179/2021, a PM doméstica

³² A própria audiência pública realizada em 10/8/2023 no Plenário do Senado Federal, com a presença do presidente do Bacen, decorre da preocupação da sociedade com o nível da taxa Selic que se disseminou a partir do discurso do Planalto. Esse evento bastante incomum naquele Plenário ressalta a crescente importância do debate público sobre a PM. Normalmente, o controle externo do Senado em relação a ela é exercido em audiências na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), um colegiado composto por um número reduzido de senadores.

passa a ser potencializada por essa realocação da atuação do Planalto sobre a PM. Em regra mal recepcionada e com efeito negativo sobre os juros praticados no País (curva de juros) e sobre a própria inflação, a prévia imposição hierárquica torna-se funcional para a PM ao ser conduzida pela pauta pública nacional.

Novamente, o discurso do Governo sobre a necessidade de recalibragem dos juros passa a ser assimilado pelo mercado, o que abre espaço para o Bacen reduzir a taxa de juros básica de forma técnica e sustentável. Não há mais mudança brusca e tecnicamente infundada de PM, mas um discurso convergente com o funcionamento do sistema de metas de inflação, que tem no comportamento dos agentes econômicos uma variável-chave. É essa a grande novidade derivada da autonomia formal do Bacen: a realocação da ação do Planalto, antes administrativamente responsável em última instância pela PM. Isso transforma a natureza do seu papel, que passa a potencializar a PM e a torná-la mais eficiente.

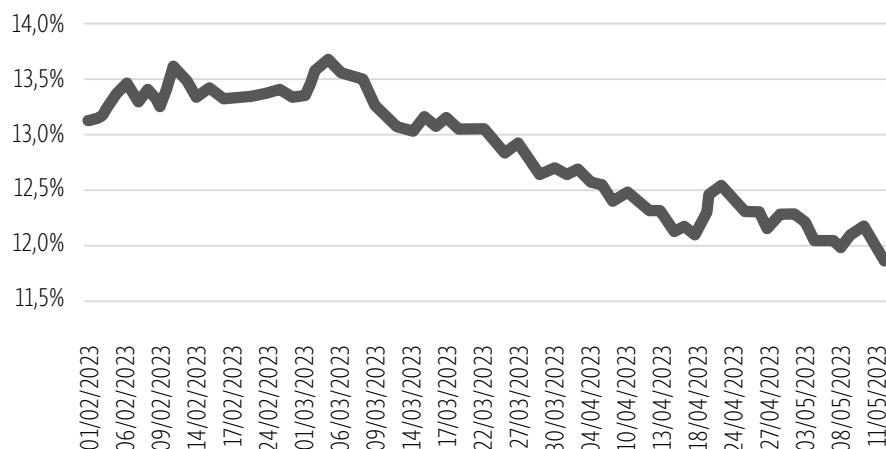
À primeira vista, a concorrência de concepções de PM dentro da própria Administração Pública poderia ser considerada disfuncional, pois, historicamente e em tese, são discursos antagônicos em seus objetivos específicos, constituindo aspecto a princípio tutelado pela LC nº 179/2021. Entretanto, o Planalto e o Bacen não são mais colidentes quanto aos efeitos de seus discursos, com fundamento nos objetivos traçados por cada um, mas alinhados, como decorrência da nova LC, ainda que mantenham perspectivas divergentes sobre a condução da PM. A crítica presidencial à PM, que antes diretamente impunha ao Bacen a redução juros, hoje primeiro afeta a sociedade. Apenas depois de assimilado o discurso pelos agentes econômicos, o Bacen alterará a condução da PM, contanto que também avalie, de forma autônoma e técnica, que as condições de mercado o permitam. Nesse caso, o discurso público do Planalto carrega o potencial de corrigir distorções da PM, ao sensibilizar os agentes econômicos de exageros de calibragem de juros ou da duração da PM restritiva. Desde que os agentes aceitem essa concepção, abre-se espaço para ajustes da PM pelo Bacen.

Há evidências empíricas de ter sido esse o caso por que passou o País no primeiro semestre de 2023: em poucos meses, verificou-se uma mudança significativa na trajetória dos juros. No período, a curva de juros dos títulos públicos sofreu uma queda expressiva de mais de 150 pontos (Gráfico 2) ao longo de poucos meses. As taxas de juros no mercado secundário de títulos privados de renda fixa também apresentaram redução similar significativa desde então. Da mesma forma, foram alteradas as expectativas dos agentes econômicos quanto ao começo da redução de juros pelo Bacen. E isso pode estar associado à nova forma de atuação do Planalto. A partir de fevereiro de 2023, as reiteradas críticas do presidente Luiz Inácio Lula da Silva ao nível de juros não apenas afetaram a curva de juros de mercado mas também reduziu o horizonte esperado de manutenção da Selic no patamar de 13,75%, como captou o boletim *Focus* divulgado pelo Bacen. A mediana da expectativa da taxa Selic para o final de 2023, crescente até o início de fevereiro, começou a cair a partir de abril, como reflexo dessa gradual mudança da percepção do mercado a respeito de inflação e de juros futuros, com base no discurso enfático do presidente da República. Não se identifica no período outro fator relevante além de sua atuação pública, passível de alterar a precificação dos juros (no

jargão de mercado, “fazer preço”) de forma mais consistente a partir de março de 2023³³. Nem sequer havia discurso de queda prospectiva da Selic pelo Bacen que pudesse balizar a queda dos juros de mercado, a qual ocorreu apenas após o início efetivo da redução da Selic pelo Bacen em agosto de 2023. Trata-se de uma mudança de percepção de mercado impulsionada pela influência do Governo.

Assim, evidencia-se a relação entre essa maior transparência do debate político sobre a PM, sob a configuração de autonomia do Bacen, e a redução da curva de juros de mercado *per se* ao longo daquele período. Mais ainda: sugere-se uma relação causal significativa entre ambas, que balizará o comportamento do Bacen na definição da Selic, dada a alteração de comportamento dos agentes econômicos em relação a expectativas de variáveis monetárias centrais como a inflação e a taxa de juros. Traduzida na forma dos juros praticados, a alteração de comportamento dos agentes econômicos alcança o próprio nível de juros necessários para o Bacen manter a estabilidade monetária, o que significa maior eficiência da PM.

Gráfico 2 – Curva de juros do título do tesouro prefixado (% ao ano)



Fonte: elaborado pelo autor com base em dados do Tesouro Direto, título LTN 2029.

Quanto à LC nº 179/2021, é relevante o alinhamento do novo formato administrativo do Bacen com o que a literatura econômica internacional registra sobre autonomia de bancos centrais sob dois aspectos. Por um lado, alinha-se com o movimento dos bancos centrais

³³ Rigorosamente, além desse novo discurso na agenda pública nacional, o único evento macroeconômico relevante no período relativo a juros foi a apresentação em 18/4/2023 do projeto do novo arcabouço fiscal. Nessa data, a curva de juros sofreu uma alta pontual (Gráfico 1) devida à má recepção inicial da proposição legislativa que extingue o teto de gastos. De fato, não se pode descartar esse efeito sobre a curva de juros, associado ao novo arcabouço fiscal, mesmo que fosse meramente uma proposição legislativa nesse momento, nem aprovada na Câmara dos Deputados. Porém, ocorre bem depois do início da trajetória cadente da curva de juros no período. A curva de juros seguiu a mesma trajetória, ficando abaixo de 11% ainda em junho, o que pode ser associado à aprovação pela Câmara dos Deputados da chamada *Reforma tributária* (na forma do substitutivo à Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 45/2019).

em todo o mundo, verificado desde os anos 1990, em direção a um formato administrativo de maior independência legal (Cukierman, 2008); e ela é considerada a melhor tecnologia em termos de modelagem de PM, como já pontuara Goodhart (2003). Por outro lado, com a relação benéfica entre a independência do banco central e a inflação, reduzindo esta última. Dincer e Eichengreen (2014) avaliaram mais de cem bancos centrais entre 1998 e 2010 e concluíram que há uma tendência inequívoca de aumento da transparência e da independência associada à redução dos índices de inflação. Esse resultado também se alinha com o que Cukierman (1992) já constatara: quanto maior o grau de autonomia do banco central, menor a inflação. Mais ainda: o melhor modelo de condução de PM em nível global associa a maior independência operacional do banco central com o sistema de metas de inflação, algo também reconhecido pelo Ministério da Fazenda ainda em 2003, quando defendia a autonomia legal do Bacen.

Com efeito, a independência formal contribui para a construção de um ambiente social que adota como prioridade permanente o controle da inflação. Esse foco na manutenção do poder de compra da moeda tende a ser mais eficiente quando realizado independentemente de pressões políticas, considerada a sua impopularidade a curto prazo diante de interesses econômicos e políticos específicos. Sobre esse aspecto, Keynes (1982, p. 162, grifos nossos) ressaltou em sua obra fundamental:

Uma política monetária que a opinião pública considere experimental em sua natureza e facilmente sujeita a mudanças pode falhar no seu objetivo de reduzir consideravelmente a taxa de juros a longo prazo [...]. A mesma política, por outro lado, pode ser facilmente bem-sucedida se a opinião pública julgá-la razoável e compatível com o interesse público, baseada em convicção sólida e promovida por uma autoridade que não corra o risco de ser suplantada.

A garantia de políticas mais estáveis ameniza choques resultantes de troca de mandatários. Custos eleitorais, como os da transição da Presidência de Luiz Inácio Lula da Silva para a de Dilma Rousseff em 2010, são minimizados diante do menor risco de mudanças da condução da política econômica e, portanto, de instabilidade econômica (Van Der Laan, 2018).

Essa tendência internacional de independência formal dos bancos centrais reforça o modelo contemporâneo do setor público, que supera o modelo tripartite puro de divisão do Estado, à la Montesquieu (Ackerman, 2012). Não se está mais diante do caso de um soberano, de um imperador (como o da Constituição de 1824) ou de um presidente centralizador da República Velha. O modelo de *agencificação* do Estado surge com o Estado democrático social de Direito, superando a forma tripartite clássica de exercício do poder do Estado para lidar com os complexos problemas modernos (Miranda, 2021). Há um cenário que exige a especialização técnica em diversos assuntos a serem transformados em políticas públicas pela Administração. Sob a estruturação pública moderna, decisões políticas fundamentais são tomadas em diversas esferas do Governo, que se justificam em resposta ao dinamismo

que a economia contemporânea exige da regulação estatal. Assim, cada vez mais se delegam atribuições de poder regulatório no âmbito do Executivo em diferentes áreas de expertise, como é o caso do Bacen.

5 Conclusão

Colocou-se em foco a autonomia *de jure* do Bacen, sob uma perspectiva que apontou aprimoramentos relevantes derivados da inovação institucional em termos de eficiência da Administração Pública, especificamente sobre a condução da política pública executada pela autarquia. A aprovação da LC nº 179/2021 supera um longo histórico de atuação direta do Planalto na execução da PM, aspecto que justificou a promulgação da LC. Os episódios de interferência política refutam a tese de autonomia *de facto* do Bacen até 2021, que pode ser vista, no máximo, como uma autonomia informal *controlada*, cuja intensidade variou conforme o governante do momento. Essa situação administrativa, por sua vez, contrasta com as evidências de alteração de comportamento institucional da Administração Pública federal após a aprovação da LC nº 179/2021.

O efeito mais expressivo do novo formato organizacional do Bacen ocorre na reconfiguração da atuação do Planalto na PM. Há uma alteração qualitativa de sua ação, que passa a ser construída com base numa influência indireta, ao colocar a PM em debate na pauta pública. Como se procurou demonstrar, a mudança institucional que afasta o Bacen do Planalto gera efeitos até mais positivos, decorrentes da visão do Planalto sobre a PM, de forma transparente e sem imposição hierárquica. Isso potencializa os fundamentos do próprio regime de metas de inflação, que opera por meio da convergência do comportamento dos agentes econômicos na formação dos preços de mercado. Diante disso, reforça-se a visão inicial de alteração substantiva na relação administrativa entre o Bacen e o Planalto em direção a um formato institucionalizado mais benéfico. Imprime-se não apenas mais eficiência, como também mais transparência à política pública conduzida tanto pelo Bacen, quanto por toda a Administração Pública. Isso se alinha mais fortemente com os princípios constitucionais que regem o setor público e refuta eventuais teses de inconstitucionalidade material da LC nº 179/2021.

Por constituir aspecto ainda não enfocado pela literatura específica e pelo debate público acerca da autonomia do Bacen – que se concentrou na eficiência da PM em si, e não nos efeitos sobre as relações administrativas da autarquia e sobre o novo *locus* do Planalto sobre a PM derivados da mudança legal, como se passasse a não exercer mais nenhum papel institucional relevante –, entendemos ser esta conclusão a principal contribuição desta pesquisa: mais que um novo lugar administrativo do Bacen, a LC nº 179/2021 cria um lugar administrativo do próprio Planalto na PM, pois ele continua tendo voz ativa e relevante sobre a PM, mas transmitida por outro meio, o que se torna institucionalmente mais funcional. Assim, pode-se apontar que a LC nº 179/2021 alcançou seu objetivo de aprimorar o arranjo institucional da PM e da Administração Pública, ao imprimir mudanças efetivas e robustas.

Dada a importância do tema, e como resultado do amadurecimento do pensamento político e econômico desde a redemocratização, a LC nº 179 pode ser considerada uma *Lei de responsabilidade monetária*: ela complementa o arcabouço legal em paralelo com outros diplomas centrais do Direito Administrativo, como a LC nº 101/2000 (*Lei de responsabilidade fiscal*), com o fim de melhor estruturar a atuação da Administração Pública do País.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Monstesquieu. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (ed.). *Comparative administrative law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2012. p. 128-133.
- BANDEIRA, Fausto de Paula Menezes. *Comentários ao Projeto de Lei Geral das Agências Reguladoras (PL nº 3.337/2004)*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, mar. 2006. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1045>. Acesso em: 30 nov. 2023.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer AGU nº AC-51, de 5 de junho de 2006*. Porto de Salvador. THC2. Decisão da Antaq. Agência reguladora. Conhecimento e provimento de recurso hierárquico impróprio pelo Ministério dos Transportes. Supervisão ministerial. Instrumentos. Revisão administrativa. Limitações [...]. Brasília, DF: AGU, 2006.
- _____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 nov. 2023.
- _____. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe [sobre] a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 30 nov. 2023.
- _____. *Decreto nº 3.088, de 21 de junho de 1999*. Estabelece a sistemática de “metas para a inflação” como diretriz para fixação do regime de política monetária e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3088.htm. Acesso em: 30 nov. 2023.
- _____. *Lei Complementar nº 179, de 24 de fevereiro de 2021*. Define os objetivos do Banco Central do Brasil e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de seu Presidente e de seus Diretores; e altera artigo da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp179.htm. Acesso em: 30 nov. 2023.
- _____. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 30 nov. 2023.
- _____. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 30 nov. 2023.
- _____. Ministério da Fazenda. *Política econômica e reformas estruturais*. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, abr. 2003. Disponível em: https://www.andifes.org.br/wp-content/files_flutter/Biblioteca_015_Politica_Economica_e_Reformas_Estruturais.pdf. Acesso em: 30 nov. 2023.
- _____. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia. *Relatório final*: aprovado pela Comissão em 26 de outubro de 2021. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2021c. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/72c805d3-888b-4228-8682-260175471243>. Acesso em: 30 nov. 2023.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei Complementar nº 19, de 2019*. Dispõe sobre nomeação e demissão do Presidente e diretores do Banco Central do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2019b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135147>. Acesso em: 30 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.095/RS*. Ação direta de inconstitucionalidade. Criação da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Rio Grande do Sul – AGERGS. Ausência de afronta à autonomia do chefe do Poder Executivo ou de usurpação de competência da União [...]. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Interessados: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul; Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 11 de outubro de 2019c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341804934&ext=.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.696/DF*. Direito constitucional e administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Autonomia do Banco Central do Brasil [...]. Requerentes: Partido Socialismo e Liberdade (Psol); Partido dos Trabalhadores (PT). Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 26 de agosto de 2021d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758666361>. Acesso em: 30 nov. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. *Referencial para avaliação de governança em políticas públicas*. Brasília, DF: TCU, 2014. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DDA8CE1014DDFC404023E00>. Acesso em: 30 nov. 2023.

CATALDO, Beth. Planalto aumenta influência sobre decisões do Copom. *GI*, [s. l.], 20 jan. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/blog/beth-cataldo/post/planalto-aumenta-influencia-sobre-decisoes-do-copom.html>. Acesso em: 30 nov. 2023.

COSTA, Ana Clara; SVERBERI, Benedito. Banco Central vive seu pior momento no governo Dilma. *VEJA Mercado*, São Paulo, 19 out. 2011. Economia. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/banco-central-vive-seu-pior-momento-no-governo-dilma/>. Acesso em: 30 nov. 2023.

CUKIERMAN, Alex. Central Bank independence and monetary policymaking institutions: past, present and future. *European Journal of Political Economy*, [s. l.], v. 24, n. 4, p. 722-736, Dec. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ejpol eco.2008.07.007>.

_____. *Central Bank strategy, credibility, and independence: theory and evidence*. Cambridge, MA: MIT Press, 1992.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DINCER, N. Nergiz; EICHENGREEN, Barry. Central Bank transparency and independence: updates and new measures. *International Journal of Central Banking*, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 189-253, Mar. 2014. Disponível em: <https://www.ijcb.org/journal/ijcb14q1a6.htm>. Acesso em: 30 nov. 2023.

GOODHART, Charles A. E. The constitutional position of the Central Bank. In: FRIEDMAN, Milton; GOODHART, Charles A. E. *Money, inflation and the constitutional position of the Central Bank*. London: Institute of Economic Affairs, 2003. p. 91-109.

JORNAIS: Bacen surpreende e reduz a taxa de juros após apelo de Dilma. *Congresso em Foco*, [s. l.], 1º set. 2011. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/jornais-bc-surpreende-e-reduz-a-taxa-de-juros-apos-apelo-de-dilma/>. Acesso em: 30 nov. 2023.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mario R. da Cruz. São Paulo: Atlas, 1982.

LIMA, Sandro. Ministro nega interferência do Planalto em decisão do Copom. *GI*, Brasília, DF, 1º set. 2011. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2011/09/ministro-nega-interferencia-do-planalto-em-decisao-do-copom.html>. Acesso em: 30 nov. 2023.

MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. A autonomia do Banco Central do Brasil à luz do direito. *Migalhas*, [s. l.], 1º out. 2014. Migalhas de Peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/208516/a-autonomia-do-banco-central-do-brasil-a-luz-do-direito>. Acesso em: 30 nov. 2023.

MARTELLO, Alexandre. Tombini admite pressão política, mas nega ingerência sobre juros. *GI*, Brasília, DF, 22 mar. 2016. Economia. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2016/03/tombini-admite-pressao-em-decises-sobre-juros-mas-nega-ingerencia.html>. Acesso em: 30 nov. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 109/2021 e a Lei 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Salvador: JusPODIVM; São Paulo: Malheiros, 2021.

MELO, Carlos Oliveira Fernandes. *Ciclos políticos e conduta da política monetária no Brasil 2002 e 2017*. 2019. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Economia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/32256>. Acesso em: 30 nov. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Bruno Felipe de Oliveira e. Estado regulador de exceção: uma reflexão sobre a atribuição de poderes emergenciais aos bancos centrais. *Arquivo Jurídico: revista jurídica eletrônica da UFPI*, Teresina, v. 8, n. 2, p. 9-31, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/view/12290>. Acesso em: 30 nov. 2023.

NERY, Natuza. Dilma admite reunião com Tombini, mas nega interferência no Bacen. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 22 jan. 2016. Mercado. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/01/1732408-e-um-escandalo-achar-que-a-petrobras-pode-quebrar-affirma-dilma.shtml>. Acesso em: 30 nov. 2023.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*: RSP, Brasília, DF, ano 47, v. 120, n. 1, p. 7-40, jan./abr. 1996. DOI: <https://doi.org/10.21874/rsp.v47i1.702>. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 30 nov. 2023.

PESSOA, Samuel. O impacto da nova matriz econômica sobre a economia: resposta a Bráulio II. In: FGV IBRE. Rio de Janeiro, 29 set. 2017. Macroeconomia. Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/o-impacto-da-nova-matriz-economica-sobre-economia-resposta-braulio-ii>. Acesso em: 30 nov. 2023.

SCHAPIRO, Mario G. As bases jurídico-institucionais da autonomia operacional do Banco Central do Brasil - 1999-2020. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, p. 1-25, 2022. *Ahead of print*. DOI: 10.1590/2179-8966/2022/63379. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/63379>. Acesso em: 30 nov. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. A autonomia do Banco Central é compatível com a Constituição? *Consultor Jurídico*, [s. l.], 16 fev. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-16/senso-incomum-autonomia-banco-central-compativel-constituicao>. Acesso em: 30 nov. 2023.

VAN DER LAAN, Cesar Rodrigues. A regulamentação do artigo 192 e a autonomia do Banco Central na redução da incerteza econômica. In: SILVA, Rafael Silveira e (org.). 30 anos da Constituição: evolução, desafios e perspectivas para o futuro. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. v. 3, p. 404-427. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/553745>. Acesso em: 30 nov. 2023.

VIEIRA, Ricardo Guimarães. Economistas veem interferência do Planalto em decisão do Copom. *InfoMoney*, São Paulo, 1º set. 2011. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/politica/economistas-veem-interferencia-do-planalto-em-decisao-do-copom/>. Acesso em: 30 nov. 2023.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Insights teóricos e empíricos sobre controle externo e responsabilização financeira na delegação de competências

Theoretical and empirical insights about external control and financial accountability in the delegation of competences

Teófilo Márcio de Arruda Barros Junior¹

Milton de Souza Mendonça Sobrinho²

Resumo

O principal objetivo do artigo é analisar o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE-MT) nas decisões proferidas entre 2014 e 2021 acerca da responsabilização financeira do gestor no caso de delegação de competência. A pesquisa baseia-se na coleta e na análise de dados documentais do TCE-MT e em ampla revisão bibliográfica que fundamenta o desenho da pesquisa. A análise dos seus principais resultados demonstra que, tal como a maioria da doutrina e jurisprudência, de forma unânime o TCE-MT entende, com base no exame das culpabilidades, pela possibilidade de responsabilizar o agente delegante por conduta praticada pelo agente delegado. Entretanto, essas decisões apresentam divergência interna significativa quanto à investigação dessas responsabilidades.

Palavras-chave: delegação de competência administrativa; responsabilidade financeira; gestor público; atuação dos tribunais de contas; eficiência na gestão pública.

Abstract

The article's main objective is to analyze the positioning of the Court of Auditors of the State of Mato Grosso (TCE-MT) in the decisions issued between 2014 and 2021 regarding

¹ Teófilo Márcio de Arruda Barros Junior é mestre em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil; doutorando em Direitos Sociais pela Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil; servidor público no Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil; professor do programa de graduação da Faculdade Invest, Cuiabá, MT, Brasil. E-mail: teofilomarciojunior@hotmail.com

² Milton de Souza Mendonça Sobrinho é doutor em Ciência Política pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; docente permanente do programa de pós-graduação em Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, DF, Brasil; docente colaborador do programa de mestrado profissional em Políticas Públicas e Gestão Governamental do IDP em São Paulo, SP, Brasil. E-mail: miltonsmendoncas@gmail.com

the financial responsibility of the manager in the case of delegation of competence. The research is based on the collection and analysis of TCE-MT document data and an extensive bibliographic review that substantiates the research development. The analysis of its main results demonstrates that, like the majority of doctrine and jurisprudence, the TCE-MT unanimously understands, based on the examination of culpability, that it is possible to hold the delegating agent responsible for conduct carried out by the delegated agent. Meanwhile, these decisions present significant internal divergence concerning the investigation of these responsibilities.

Keywords: delegation of administrative competence; financial responsibility; public manager; courts of accounts' performance; efficiency in public management.

Recebido em 6/9/23

Aprovado em 15/2/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p223

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

No arcabouço jurídico-institucional brasileiro, a responsabilidade jurídica caracteriza-se pelo dever de sujeitar a sanção quem atua contrariamente a um dever jurídico ou a alguém a ele vinculado por prescrição normativa (Gomes, 2009).

Uma das espécies de responsabilidade jurídica é a *responsabilidade financeira*, expressão sugerida por Gomes (2009) e oriunda do Direito português. Adotada neste trabalho com o intuito de diferenciá-la das responsabilidades civil, penal e administrativa, a responsabilidade financeira refere-se ao regime jurídico da responsabilidade decorrente da violação de normas da atividade financeira do Estado. Uma questão não definida em lei acerca dessa responsabilização normalmente causa divergências na literatura especializada e nas decisões proferidas pelos tribunais, de modo que releva aprofundá-la em pesquisa científica: a responsabilidade financeira em caso de delegação de competência administrativa.

³ BARROS JUNIOR, Teófilo Márcio de Arruda; MENDONÇA SOBRINHO, Milton de Souza. *Insights teóricos e empíricos sobre controle externo e responsabilização financeira na delegação de competências*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 243, p. 223-254, jul./set. 2024. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p223. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/243/ril_v61_n243_p223

⁴ Barros, T. M. de A., Jr., & Mendonça, M. de S., Sobº. (2024). *Insights teóricos e empíricos sobre controle externo e responsabilização financeira na delegação de competências*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(243), 223-254. https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p223

Prevista no art. 11 do Decreto-lei nº 200/1967, a delegação de competência é um “instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender” (Brasil, [1998]). A utilização desse instrumento é uma necessidade recorrente, em especial devido às complexas estruturas da Administração Pública e da grande demanda de atribuições na prestação dos serviços públicos (Oliveira, 2016). Na prática, a delegação de competência consiste na “transferência do exercício de competência, constitucional ou legal, de um órgão ou agente a outro, no interior ou fora de uma pessoa jurídica, em caráter precário” (Oliveira, 2005, p. 57).

A divergência sobre a responsabilidade financeira na hipótese da delegação de competência consiste mais especificamente na definição do responsável pela irregularidade verificada, bem como na construção do processo de responsabilização dos agentes. Desse modo, em compasso com os princípios da responsabilidade jurídica (em sentido amplo), as consequências de uma ação antijurídica devem, em regra, ser suportadas por quem pratica o ato ilícito (conduta dissonante do dever jurídico estabelecido pela norma). Contudo, na situação específica da delegação de competência, há quem entenda pela corresponsabilidade do agente delegante (autoridade competente para o ato) e do agente delegado (autor do ato), visto que participam da mesma cadeia causal – o primeiro por ser o titular da competência e o segundo pela conduta irregular praticada.

Divergências na literatura especializada sobre a responsabilização do delegante pelos atos dos delegados (Gordillo, 1998; Oliveira, 2005) e entendimentos jurídicos discrepantes sobre o tema também podem ser notados na jurisprudência. Um exemplo disso é o Agravo Regimental em Mandado de Segurança (AgR em MS) nº 24.732/DF, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que “a delegação de competência promove a transferência de responsabilidade do delegante para o delegado”, ao passo que o Tribunal de Contas da União (TCU) no Acórdão nº 1.102/2014 afirma que “a delegação de competência não exime o delegante de possíveis responsabilizações” (Dias; Reis, 2015, p. 154).

A fim de contribuir para a discussão, o artigo analisa o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE-MT) nas decisões proferidas entre 2014 e 2021 a respeito da responsabilização financeira do gestor em hipótese de delegação de competência. Examina as decisões de uma instituição do controle externo com o propósito de verificar empiricamente como a responsabilidade financeira naquele caso é tratada pelo órgão julgador da matéria; e, na mesma oportunidade, verifica se o contexto jurídico conflituoso na doutrina e na jurisprudência reverbera naquelas decisões.

A investigação adota como estratégia empírica os seguintes pontos: a) averiguar se os julgamentos proferidos sobre a delegação de competência costumam responsabilizar os gestores públicos pelos atos delegados; b) verificar se os posicionamentos jurídicos firmados na jurisprudência do TCE-MT são uniformes ou divergentes; e c) apurar se as análises realizadas pelos julgadores se limitam a discussões eminentemente jurídicas ou se estão vinculadas a questões fáticas do caso concreto. A pesquisa baseia-se na coleta e na análise

de dados empíricos do TCE-MT, na revisão bibliográfica que fundamenta a pesquisa e no exame dos resultados obtidos.

Por se tratar de um estudo empírico de caráter hipotético-dedutivo, especificaram-se três hipóteses: a) as decisões proferidas pelo TCE-MT firmam o entendimento de que o gestor pode ser responsabilizado financeiramente por ato de agente delegatário (hipótese confirmada); b) a responsabilização financeira do gestor no caso de delegação de competência está vinculada à análise subjetiva das questões fáticas do caso concreto, tais como conduta, culpa, excludentes e circunstâncias previstas no art. 22 do Decreto-lei nº 4.657/1942 (*Lei de introdução às normas do Direito brasileiro (LINDB)*) (hipótese parcialmente confirmada); e c) as decisões proferidas pelo TCE-MT apreciam a responsabilidade financeira do gestor na delegação de competências com esteio numa interpretação eminentemente jurídica, que isenta ou presume a responsabilidade da autoridade delegante a depender da teoria jurídica adotada pelo julgador, de forma dissociada dos elementos fáticos do caso concreto (hipótese refutada).

Os principais resultados da pesquisa demonstram que, tal como a maioria da doutrina e da jurisprudência, por unanimidade o TCE-MT julga possível responsabilizar o agente delegante por conduta praticada pelo agente delegado, com base na análise das culpabilidades. Entretanto, essas decisões apresentam divergência interna significativa quanto à investigação dessas responsabilidades. Os resultados fornecem um diagnóstico mais aprofundado das obrigações e responsabilizações próprias do trato da coisa pública, compreendendo a atuação dos tribunais de contas. Apresenta-se também uma síntese com o fim de sistematizar a avaliação da responsabilidade financeira no caso de delegação de competências pelos órgãos de controle externo.

Na seção 2, o estudo propõe o quadro teórico de referência e, para isso, problematiza a responsabilização financeira, a delegação de competência e a intersecção de ambas no papel dos tribunais de contas e na gestão pública. Na seção 3, expõe de forma detalhada a metodologia da pesquisa e pormenoriza a coleta e a análise de dados, bem como as hipóteses e a sua verificação. Na seção 4, evidencia os resultados e as discussões em torno deles. Por fim, o artigo apresenta considerações que sintetizam as principais discussões desenvolvidas e aponta caminhos potencialmente férteis para o aprofundamento do debate sobre o tema.

2 Responsabilidade financeira e o papel dos tribunais de contas

A responsabilidade financeira é uma espécie do gênero responsabilidade jurídica, com especificidades que a diferenciam das demais formas de responsabilidades, como a sujeição à jurisdição dos tribunais de contas e a vinculação “às normas que regulam a gestão de bens, dinheiros e valores públicos” (atividade financeira do Estado) (Gomes, 2009, p. 13). Essa espécie de responsabilidade é comumente denominada *responsabilidade administrativa*, mesma expressão utilizada para definir a responsabilidade decorrente do poder normativo,

disciplinar, hierárquico e de polícia da Administração Pública, o que causa confusão entre as espécies. Segundo Martins (1996 *apud* Serra, 2015, p. 70), a responsabilidade financeira consiste no

dever e sujeição de um titular de cargo político ou de um funcionário ou agente do Estado e das demais entidades públicas (ou privadas, acrescentamos nós), a quem sejam confiados dinheiros públicos, à prestação de contas (controlo financeiro) e a sanções ou à obrigação de proceder a uma reparação em consequência do ato de execução financeira praticado em violação de leis.

Com fundamento no *caput* do art. 70 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), Gomes (2009, p. 32) assevera que a responsabilidade financeira se relaciona diretamente à “obrigação de repor recursos públicos (imputação de débito) ou de suportar as sanções previstas em lei”, e que tais obrigações decorrem “da violação de normas pertinentes à gestão de bens, dinheiros e valores públicos”. Tal responsabilidade encontra-se no arcabouço de atuação “do controle exercido pelos Tribunais de Contas”. Segundo Pamplona e Silva (2020), os tribunais de contas têm o objetivo de verificar a correta utilização dos recursos públicos pelos agentes responsáveis. No sistema de controle externo, cabe aos gestores prestar contas da administração de recursos públicos, e aos tribunais de contas compete o julgamento dessas contas, a fiscalização da atividade financeira, a apuração de falhas, irregularidades ou eventuais infrações, além da responsabilização dos agentes (Serra, 2015).

Dessa forma, o regime jurídico da responsabilidade financeira está diretamente vinculado ao papel exercido pelas cortes de contas no exercício da função fiscalizatória, e à ocorrência de irregularidades no julgamento das contas. Em 2018 a Lei nº 13.655 inseriu na LINDB dispositivos sobre a responsabilização do agente público “que objetivaram grosso modo aumentar a segurança jurídica na criação, interpretação e aplicação do direito público” pelo órgão de controle (Fundação Getulio Vargas, 2021, p. 4). Entretanto, segundo Gomes (2009, p. 14), falta legislação regulamentadora de diversos pontos relativos à concretização da responsabilidade financeira, tais como as modalidades, os pressupostos e os sujeitos passivos da responsabilidade; essa ausência tem sido suprida pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais de contas.

De acordo com o art. 71, VII, c/c o § 3º, da CRFB (Brasil, [2023]), as cortes de contas detêm “competência para responsabilizar agentes públicos e privados de duas maneiras distintas: [...] aplicação de sanções administrativas [...] e [...] condenação ao ressarcimento por dano causado aos cofres públicos” (Fundação Getulio Vargas, 2021, p. 14). Com efeito, constatada a irregularidade na gestão de recursos públicos, cabe aos tribunais de contas examinar a presença dos pressupostos da responsabilidade financeira (objetivos e subjetivos), identificar os responsáveis vinculados à conduta ilícita e, pautados nos princípios do processo administrativo, sujeitar os infratores às consequências do ato antijurídico (Gomes, 2009).

No contexto da responsabilização financeira, destaca-se uma questão não definida em lei que normalmente causa divergências na literatura especializada e nas decisões proferidas pelos tribunais: a responsabilidade financeira no caso de delegação de competência administrativa. Porém, antes de aprofundar o debate sobre o tema, é oportuno conhecer o instituto da delegação de competência.

2.1 Delegação de competências

Como qualquer outra, a palavra *delegação* é polissêmica (Oliveira, 2005), e autores e juristas dela se têm valido para nomear distintas situações jurídicas, o que causa confusão no entendimento e na aplicação do instituto. Para fins investigativos e analíticos, esta pesquisa considera a denominada *delegação de competência administrativa*, de que trata o art. 84 da CRFB (Brasil, [2023]); ela é aplicada a todos os chefes do Poder Executivo com base no princípio da simetria, conforme a decisão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgR no RE) nº 633.009/GO, do STF (Brasil, 2011).

É evidente que nenhum administrador público pode exercer toda competência atribuída a determinada entidade política; por isso, à Administração Pública é autorizada a sua repartição interna (dentro da mesma entidade) ou externa (para entidades criadas), de acordo com a melhor forma de desempenhá-las. Essas operações de distribuição interna (desconcentração) e externa (descentralização) de competências só podem ser conferidas pela Constituição ou pela legislação infraconstitucional, visto que por meio delas foram atribuídas competências a certa entidade política (Oliveira, 2005). Visando à eficiência no atendimento dos interesses da comunidade, outro instrumento foi concebido pelo legislador para auxiliar na desburocratização das atividades administrativas: a delegação de competência administrativa. Em face das dificuldades estruturais da Administração Pública – tamanho da máquina e complexidade das atividades (Moutinho, 2020) –, tem-se mostrado necessária a delegação de competências (Oliveira, 2016).

Oliveira (2005, p. 103) esclarece que o objetivo precípua da delegação de competência é “possibilitar que as soluções cheguem com mais urgência e rapidez à realidade fática que deve ser atendida pela administração pública”. Assim, com base tanto no Decreto-lei nº 200/1967 quanto na Lei nº 9.784/1999⁵ (*Lei do processo administrativo (LPA)*), a delegação de competência para ser válida necessita de que: a) a autoridade delegante, o agente delegado e o objeto da delegação sejam definidos com clareza; b) a autoridade delegante seja detentora da competência legalmente estabelecida; c) a autoridade delegada tenha plena capacidade para o exercício da atividade delegada; e d) o conteúdo da delegação não verse sobre as matérias dispostas no art. 13 da LPA: “a edição de atos de caráter normativo”, “a

⁵ A LPA disciplinou o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal; é aplicada subsidiariamente às outras esferas do governo, por força de entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Mandado de Segurança nº 30.300/2012.

decisão de recursos administrativos” e “as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade” (Brasil, [2021a]).

Quanto ao objeto da delegação de competência, o art. 84 da CRFB (Brasil, [2023]) estabelece as hipóteses em que a competência privativa do chefe do Poder Executivo pode ser delegada; e a mais comum é a delegação de competência para a organização e o funcionamento da Administração Pública (atividades de gestão). Em meio a funções indelegáveis, o mesmo dispositivo especifica as delegáveis, o que confirma o uso excepcional e limitado do instituto (Mucci, 2018). Disso resulta o questionamento que fundamenta esta pesquisa e que certamente tem provocado grande discussão e diferentes interpretações sobre quem deve ser responsabilizado por ilegalidades cometidas na prática do ato delegado.

2.2 Responsabilidade financeira na delegação de competência

Na hipótese da responsabilização financeira na delegação de competência, a literatura especializada apresenta divergências relativas à identificação do responsável, dada a complexa interação dos agentes envolvidos (Gomes, 2009). Em compasso com os princípios da responsabilidade jurídica (em sentido amplo), as consequências de uma ação antijurídica devem, em regra, ser suportadas por quem pratica o ato ilícito – “comportamento contrário ao dever jurídico estabelecido pela norma” (Gomes, 2009, p. 20). Trata-se da chamada *responsabilidade direta*.

No entanto, na situação específica da delegação de competência administrativa, há entendimentos em torno da possibilidade de compartilhamento da responsabilidade entre o agente delegante (autoridade competente para o ato) e o agente delegado (autor do ato), a depender das circunstâncias que associem o titular da competência ao ato irregular (Oliveira, 2016). Segundo Osório (2007, p. 300),

a mera delegação de competências não exclui a responsabilidade do agente, embora possa atenuá-la, se seguir ele dentro de uma órbita competencial definida. Se persistir competência supervisora ou fiscalizadora, o agente poderá ser chamado a responder em conjunto com o agente a ele subordinado, o que não equivale a reconhecer responsabilidade objetiva.

Gomes (2009) enfatiza que, em princípio, é injusto responsabilizar um agente por ato irregular de outrem; entretanto, reconhece que na separação de atribuições na Administração Pública se pode exigir o controle de um agente público sobre outro (responsabilidade indireta). Nesses casos, “a responsabilidade do delegante por ato do delegado deve levar em conta a sua efetiva capacidade e disponibilidade para fiscalizar os atos praticados pelo subordinado” (Gomes, 2009, p. 258). Santos e Santos (2009 *apud* Mucci, 2018), amparados na tese de que na delegação de competência se transfere a execução de atos e não a responsabilidade, afirmam que nesses casos a responsabilização do gestor é indireta em

razão do seu dever de tutela dos atos delegados, podendo responder por culpa *in vigilando* e *in eligendo*⁶. Almeida (2017) afirma que na delegação de competência, o agente delegante concede sua autoridade para a realização de atos, mas continua responsável pelos resultados.

Para Gordillo (1998 *apud* Oliveira, 2005, p. 163), “é possível a aplicação da responsabilidade solidária do delegante por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*”. Esse é também o entendimento predominante no TCU, conforme o Acórdão nº 1.001/2018 (1^a Câmara), o qual sustenta que “o fato de a irregularidade, comissiva ou omissiva, não ter sido praticada diretamente pelo gestor principal, e sim por outros servidores ou por órgão subordinado ao seu, não o exime de responder pela irregularidade, com base na culpa *in eligendo* ou na culpa *in vigilando*” (Brasil, 2018c). Contudo, na doutrina há o entendimento de que a autoridade delegante não deve ser responsabilizada por ato praticado por outrem, pois não só seria injusta a penalização de quem não cometeu o ilícito mas também ineficaz o propósito da delegação, que é desburocratizar a Administração Pública (Oliveira, 2005; Tácito, 1947; Medauar, 2003; Cavalcanti, 1973).

De acordo com Oliveira (2005), a irresponsabilidade do delegante decorre da lei que autoriza a delegação de competências; uma vez transferida a competência, cabe ao agente delegado a responsabilidade por eventual excesso, por descumprimento, por alteração ou por indevida execução da matéria delegada. No mesmo sentido, o STF já decidiu – no AgR em MS nº 24.732/DF (Brasil, 2014a), em ação de improbidade administrativa – que há transferência de responsabilidade na delegação de competência.

Contudo, a tese de não responsabilização do delegante não predomina na doutrina e na jurisprudência: o dever de vigilância do superior hierárquico (autoridade delegante ou não) é previsto no art. 12, § 7º, do Decreto nº 9.830/2019 (Brasil, 2019)⁷. Oliveira (2005, p. 110) afirma que “é dever do delegante fiscalizar o correto cumprimento das atribuições delegadas”. Dias e Reis (2015) argumentam que, por se tratar de um dever legal, cabe ao gestor público zelar pela correta execução da delegação, escolhendo de forma criteriosa os agentes delegados e fiscalizando suas atividades. Ambas são passíveis de responsabilização financeira, segundo o entendimento do TCU, e diversas são as deliberações em que a análise da responsabilização dos gestores públicos está vinculada à caracterização de uma dessas espécies de culpa⁸.

Segundo Mucci (2018), são comuns as situações em que o gestor público é omissivo na fiscalização dos seus subordinados, do que resulta prejuízo ao interesse público, ou é negligente ao designar os agentes para comandar a Administração (pessoas despreparadas ou sem experiência), acarretando a precariedade do exercício da atividade administrativa.

⁶ A falta de cautela ou zelo na conduta de terceiro sob a sua responsabilidade caracteriza uma espécie de culpa chamada *in vigilando*, ao passo que a má escolha do representante ou preposto caracteriza a culpa *in eligendo* (Brasil, 2013).

⁷ O Decreto nº 9.830/2019 regulamenta o disposto nos arts. 20 a 30 do Decreto-lei nº 4.657, de 4/9/1942, que institui a LINDB.

⁸ Ver Acórdãos nºs 1.671/2021 (Plenário), 13.314/2020 (2^a Câmara) e 1.432/2006 (Plenário) (Brasil, 2006, 2020, 2021b).

Gomes (2009), no entanto, delimita o alcance da responsabilização por culpa *in vigilando*. Para ele, o gestor só pode ser responsável pelos atos praticados por agentes submetidos a sua chefia direta. Os dirigentes comumente responsabilizados na delegação de competência administrativa são os prefeitos municipais, quando acumulam atribuições políticas e de administração, e os ordenadores de despesas, responsáveis pela prestação de contas, dado que pela posição superior que ocupam, frequentemente necessitam dividir os trabalhos com outros agentes públicos (Gomes, 2009).

No âmbito do TCU, conforme evidencia o Acórdão nº 6.934/2015 (1^a Câmara), está consagrado o entendimento de que “a responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta, sendo imprescindível para definir essa responsabilidade a análise das situações de fato que envolvem o caso concreto” (Brasil, 2015). Nessa linha de raciocínio, os arts. 22 e 28 da LINDB (Brasil, [2018a]) apresentam parâmetros de análise da responsabilização do gestor público que condicionam as decisões ao exame dos elementos subjetivos do caso concreto, com o propósito de aumentar a segurança jurídica dos jurisdicionados. Nesse cenário de posicionamentos díspares sobre a responsabilidade jurídica na delegação de competência, bem como de inovações legislativas sobre a responsabilidade financeira do agente público, releva pesquisar como de fato ocorre a responsabilização do gestor público, com fundamento na delegação de competência no âmbito do TCE-MT.

Assim, com esteio na literatura e na doutrina, o objetivo deste trabalho é contribuir para a discussão em torno da responsabilização financeira no caso da delegação de competências com o propósito de: a) definir as situações em que a delegação de competências é vantajosa e necessária, impedindo o seu uso inadequado; b) atuar com a necessária diligência para o bom cumprimento do seu papel como autoridade delegante; e c) tomar as medidas de controle cabíveis para minimizar os riscos da gestão e da sua responsabilização pessoal.

3 Método e estratégia empírica

Este estudo tem natureza exploratória e descritiva (Gil, 2002), e é qualitativa (Yin, 2016) sua abordagem das interpretações possíveis do fenômeno da responsabilização financeira no caso de delegação de competência. Desse modo, colhem-se, integram-se e expõem-se dados empíricos com o fim de analisá-los de modo abrangente e articulado com situações diversas, apoiando-se em contextos (Mezzaroba; Monteiro, 2009). Busca-se com isso o entendimento das informações coletadas, a verificação das hipóteses do trabalho e a ampliação do aprendizado sobre o tema, relacionando-o à realidade a que pertence (Minayo; Deslandes; Cruz Neto; Gomes, 2002).

Do ponto de vista operacional, a pesquisa foi realizada no Sistema de Jurisprudência do Controle Externo (Jusconex-e) do TCE-MT, disponível no sítio eletrônico da instituição (Mato Grosso, [2024]), com o intuito de coletar as decisões proferidas pelo órgão sobre o tema da delegação de competência. Como critério de busca utilizou-se o termo abrangente

delegação (ou delegacão), pois a base de dados do TCE-MT fornece apenas os enunciados de jurisprudência que contemplam o termo pesquisado. Não se utilizaram termos análogos para a pesquisa, visto que a delegação de competência administrativa definida em lei (Decreto-lei nº 200/1967 e LPA) é um instituto muito específico, que deveria ser usado pela jurisprudência na acepção mais adequada para se evitar o risco de confundi-lo com outras espécies de descentralização de competências.

Ademais, em razão do tamanho do TCE-MT (uma instituição de pequeno porte) e das limitações do banco de dados disponíveis, considerou-se inexistível ampliar o levantamento da jurisprudência. A busca foi realizada em todas as bases de dados da plataforma do TCE-MT: enunciados de jurisprudência, prejulgados de teses e súmulas, com marcação de filtro temporal de 2014 a 2021. Nessa pesquisa, encontraram-se 22 enunciados de jurisprudência, os quais são compostos de relatório, voto e acórdão; porém, foram selecionadas para a análise apenas as decisões que apreciaram a responsabilidade financeira do gestor com fundamento no instituto da delegação de competência (fundamento decisório). Por isso, excluíram-se da pesquisa quatro decisões que não emitiram posicionamento a respeito da responsabilidade financeira do gestor com esse viés⁹. O Quadro 1 expõe o levantamento preliminar das decisões encontradas na plataforma do TCE-MT relacionadas com o problema de pesquisa. A análise dos dados coletados restringe-se às informações registradas nas decisões proferidas (relatório, voto e acórdão), de maneira que não são apreciados os fatos e os documentos existentes nos autos (análise probatória).

Quadro 1 – Processos selecionados para a análise (de 2014 a 2021)

Acórdão	Data do julgamento	Colegiado	Número do processo	Data inicial da tramitação	Tipo de processo
15/2014	18/2/2014	Plenário	166.774/2012	28/9/2012	Representação interna
697/2015	10/3/2015	Plenário	194.867/2012	6/11/2012	Representação interna
3008/2015	7/7/2015	Plenário	78.689/2013	22/3/2013	Representação interna
20/2016	16/2/2016	Plenário	122.742/2011	27/6/2011	Fiscalização de registro
21/2016	16/2/2016	Plenário	84.891/2011	19/4/2016	Fiscalização de registro
268/2016	10/5/2016	Plenário	273.570/2015	4/12/2015	Representação interna
391/2016	2/8/2016	Plenário	25.968/2015	26/1/2015	Contas anuais
603/2016	18/11/2016	Plenário	8.117/2013	16/1/2013	Tomada de contas
117/2017	28/3/2017	Plenário	122.742/2011	27/6/2011	Fiscalização de registro
116/2017	28/3/2017	Plenário	84.891/2011	19/4/2016	Fiscalização de registro
28/2018	15/5/2018	1 ^ª Câmara	15.679/2016	27/1/2016	Tomada de contas
174/2018	15/5/2018	Plenário	151.149/2017	8/5/2017	Representação interna
212/2019	7/5/2019	Plenário	151.149/2017	8/5/2017	Representação interna

⁹ Processo nº 104.965/2014 – Acórdão nº 27/2015; Processo nº 204.757/2014 – Acórdão nº 84/2016; Processo nº 81.213/2017 – Acórdão nº 84/2018; e Processo nº 222.445/2018 – Acórdão nº 854/2019.

Acórdão	Data do julgamento	Colegiado	Número do processo	Data inicial da tramitação	Tipo de processo
676/2019	10/9/2019	Plenário	161.152/2017	19/5/2017	Fiscalização
874/2019	3/12/2019	Plenário	26.360/2015	26/1/2015	Contas anuais
011/2020	2/6/2020	Plenário	236.683/2016	21/12/2016	Tomada de contas
492/2020	24/11/2020	Plenário	280.208/2017	15/9/2017	Representação interna
31/2021	6/4/2021	Plenário	88.188/2019	6/3/2019	Contas anuais

Fonte: elaborado pelos autores.

3.1 As hipóteses do estudo

Como esta pesquisa adota o método de abordagem qualitativa, as hipóteses aqui comentadas não são formalmente testadas como em pesquisas amparadas por métodos quantitativos; porém, elas cumprem o papel de guiar a análise de dados e auxiliam no processo de discussão dos resultados obtidos. Conforme a doutrina, “é dever do delegante fiscalizar o correto cumprimento das atribuições delegadas” (Oliveira, 2005, p. 110). Dias e Reis (2015) afirmam que, por se tratar de um dever legal, na delegação de competência o gestor público deve atentar para a correta execução da atividade delegada, escolher de forma criteriosa os agentes delegados e fiscalizar-lhes as atividades. Referência para a maioria dos tribunais de contas estaduais, a interpretação majoritária do TCU é que a delegação de competência não isenta de responsabilização a autoridade delegante.

Com base nessas assertivas, a hipótese central do trabalho pode ser assim enunciada: “nas decisões proferidas pelo TCE-MT, o delegante pode ser responsabilizado financeiramente por ato de agente delegatário” (hipótese 1). De acordo com a legislação sobre a responsabilidade financeira, mais precisamente os arts. 37, § 6º, da CRFB, e 28 da LINDB (Brasil, [2018a], [2023]), a responsabilidade do agente público é sempre subjetiva: fundamenta-se na análise da culpabilidade do agente, não sendo possível imputar débito ou sanção sem a perquirição da culpa.

Desse balizamento legal deriva uma hipótese subsidiária: “a responsabilização financeira do delegante na hipótese de delegação de competência está vinculada à análise subjetiva das questões fáticas do caso concreto, tais como conduta, culpa, excludentes e circunstâncias previstas no art. 22 da LINDB” (hipótese 2). Todavia, na literatura e nas decisões de tribunais superiores, ocorre entendimento contrário: o delegante não deve ser responsabilizado por atos delegados (Oliveira, 2005) ou a responsabilidade da autoridade delegante é solidária por culpa *in eligendo* ou *in vigilando* (Gordillo, 1998; Oliveira, 2005).

Com base no que se observa na literatura especializada, estabelece-se a hipótese 3: “as decisões proferidas pelo TCE-MT apreciam a responsabilidade financeira do gestor na delegação de competências mediante interpretação eminentemente jurídica; a depender da teoria jurídica adotada pelo julgador, isenta ou presume a responsabilidade da autoridade delegante de forma dissociada dos elementos fáticos do caso concreto”.

A hipótese 1 tem o objetivo de conhecer a premissa jurídica de análise da responsabilidade financeira no caso de delegação de competência, ao passo que as outras duas visam averiguar se o elemento subjetivo *culpa* é apreciado na análise da responsabilidade. Elas são contrárias entre si, pois na hipótese 2 a aferição da responsabilidade financeira da autoridade delegante pauta-se nas circunstâncias fáticas do caso concreto e na hipótese 3 a análise da responsabilidade financeira é eminentemente jurídica, firmada apenas na hermenêutica do julgador sobre as consequências do instituto da delegação de competência – responsabilidade solidária, isenção automática de responsabilidade ou culpa presumida.

Se a hipótese 1 for rejeitada – isto é, caso o TCE-MT entenda que o gestor público não responde por atos dos agentes delegatários, as outras duas não ficam prejudicadas, dado que o posicionamento do julgador não o impede de avançar para definir a culpa ou desconsiderá-la. Fixado o posicionamento jurídico do julgador da hipótese 1, importa testar as outras duas, a fim de verificar se a culpa: a) foi investigada ou registrada na decisão; b) foi presumida; ou c) teve desconsiderada sua análise com o fim de condenar ou isentar a autoridade delegante.

3.2 Análise dos dados e verificação da hipótese

As decisões do TCE-MT são analisadas com fundamento em algumas dimensões: a) se as decisões proferidas manifestam o entendimento de que o gestor pode ser responsabilizado no caso de delegação de competência; b) se os julgamentos proferidos sobre a delegação de competência costumam responsabilizar os gestores públicos pelos atos delegados; c) se, para a decisão do caso concreto, a análise da responsabilidade financeira do gestor aprecia questões fáticas, como conduta, culpabilidade, excludentes; e d) se são uniformes ou dissonantes os posicionamentos jurídicos firmados na jurisprudência sobre a responsabilidade financeira no caso de delegação de competência.

Com o estabelecimento dessas categorias de análise, verificam-se as hipóteses estabelecidas para este estudo. As categorias *a* e *d* subsidiam a verificação da hipótese 1; a categoria *c* respalda a averiguação da hipótese 2; e as categorias de análise *b* e *c* subvencionam o exame da hipótese 3. O Quadro 2 evidencia o resultado encontrado para os critérios propostos vis-à-vis os acórdãos analisados.

Quadro 2 – Descrição das categorias de análise

Acórdão	Número do processo	(a) Entende que a autoridade delegante pode ser responsabilizada pelo ato do delegado	(b) Evidencia na decisão o exame da conduta do agente, da culpabilidade e/ou das circunstâncias fáticas	(c) Gestor foi responsabilizado	(d) Decisão unânime
15/2014	166.774/2012	sim	sim	não	sim
697/2015	194.867/2012	sim	não	sim	sim
3.008/2015	786.89/2013	sim	-	-	sim
20/2016	122.742/2011	sim	não	sim	sim
21/2016	84.891/2011	sim	não	sim	sim
268/2016	273.570/2015	sim	não	não	sim
391/2016	25.968/2015	sim	não	não	sim
603/2016	8.117/2013	sim	-	-	sim
117/2017	122.742/2011	sim	não	sim	sim
116/2017	84.891/2011	sim	não	sim	sim
28/2018	15.679/2016	sim	sim	não	sim
174/2018	151.149/2017	sim	sim	sim	sim
212/2019	151.149/2017	sim	sim	sim	sim
676/2019	161.152/2017	sim	-	-	sim
874/2019	26.360/2015	sim	sim	sim	sim
011/2020	236.683/2016	sim	sim	sim	sim
492/2020	280.208/2017	sim	não	sim	sim
31/2021	88.188/2019	sim	-	-	sim

Fonte: elaborado pelos autores.

Dentre as 18 decisões mapeadas, em apenas 14 foi possível o exame das categorias *b* e *c*. Isto se deve ao fato de que, embora houvesse manifestação jurídica sobre a tese da responsabilidade financeira do gestor no caso de delegação de competência, nos quatro acórdãos destacados¹⁰ esse fundamento não foi a razão de decidir do julgado ou o processo ainda não foi concluído. Com efeito, esses acórdãos poderão ser aproveitados apenas para subsidiar as categorias *a* e *d* – e, por conseguinte, para avaliar unicamente a hipótese 1.

¹⁰ Processo nº 78.689/2013 – Acórdão nº 3.008/2015; Processo nº 8.117/2013 – Acórdão nº 603/2016; Processo nº 161.152/2017 – Acórdão nº 676/2019; e Processo nº 88.188/2019 – Acórdão nº 31/2021.

4 Resultados e discussões

4.1 Hipótese 1

O exame das 18 decisões colhidas no TCE-MT permitiu verificar que elas apresentam a tese de responsabilização financeira do gestor no caso de delegação de competência, confirmando a hipótese 1¹¹. Além disso, todos os processos foram decididos com entendimento unânime, confirmando a ausência de divergência jurídica no órgão no assunto. Contudo, os julgamentos apreciados apresentam motivações jurídicas distintas para justificar o entendimento exposto na hipótese 1. Ao se verificar essa hipótese, constatou-se que diferentes vieses explicativos a corroboram. A seguir apresentam-se alguns dos argumentos para sustentar e confirmar a hipótese.

- a) Primeiro eixo: a delegação de competências não exclui a responsabilidade do delegante

Depreendem-se – dos autos dos Acórdãos nºs 697/2015 (Processo nº 194.867/2012), 3.008/2015 (Processo nº 78.689/2013), 20/2016 (Processo nº 122.742/2011), 21/2016 (Processo nº 84.891/2011), 116/2017 (Processo nº 84.891/2011), 117/2017 (Processo nº 122.742/2011), 28/2018 (Processo nº 15.679/2016), 174/2018 (Processo nº 151.149/2017), 212/2019 (Processo nº 151.149/2017), 676/2019 (Processo nº 161.152/2017), 11/2020 (Processo nº 236.683/2016) e 31/2021 (Processo nº 88.188/2019) – decisões com teses semelhantes na linha interpretativa – entre elas, a de que a delegação de competências não exclui a responsabilidade do delegante; do contrário, imunidade e prerrogativa não previstas na CRFB estariam sendo criadas.

Essas decisões enfatizam que a autoridade delegante tem o dever de bem escolher seus agentes delegados e o de vigiar suas ações, razão pela qual não pode ser desresponsabilizado de forma automática. Elas ressaltam que, mesmo na delegação, permanece com o gestor a responsabilidade pela direção e supervisão dos atos praticados pelo delegado. Desse modo, rechaçam a tese de ilegitimidade passiva do gestor na hipótese de delegação de competência, visto que não se pode afastar a responsabilidade sem uma análise apurada dos fatos. Exemplo disso é o Acórdão do TCE/MT nº 697/2015 (Processo nº 194.867/2012):

A delegação de competências administrativas é medida que intenta conferir maior eficiência e celeridade à atuação da Administração Pública, mas *não detém o poder de excluir a responsabilidade da pessoa do delegante*, no caso, o Chefe do Poder Executivo Municipal, caso contrário estar-se-ia criando imunidade e prerrogativa não previstas na Constituição. O Prefeito, ao desconcentrar suas atividades por intermédio da

¹¹ Hipótese 1: nas decisões proferidas pelo TCE-MT o delegante pode ser responsabilizado financeiramente por ato de agente delegatário. Ver subseção 3.1.

delegação de funções administrativas, não se desonera do dever de bem escolher seus agentes delegados e de vigiar suas ações, no âmbito de suas competências, sob pena de responsabilizar-se por culpa *in vigilando e/ou in elegendo* (Mato Grosso, 2015, grifo nosso).

Sustentou-se na seção a respeito do referencial teórico que a delegação de competência não retira a competência da autoridade delegante (Carvalho Filho, 2003, p. 89); ela apenas estende a competência deste a outros agentes, em razão da irrenunciabilidade da competência originária (Brasil, [2021a], art. 11). Segundo esse raciocínio, a responsabilidade financeira no caso de delegação de competência não pode estar limitada aos agentes delegatários, dado que em geral se exige do gestor o controle sobre os atos delegados que permanecem na sua esfera de competência. Com protagonismo em temas voltados à Administração Pública, em especial sobre a responsabilização financeira na hipótese de delegação de competência administrativa, o TCU enfatiza os deveres remanescentes do gestor delegante:

O instituto da delegação é uma manifestação da relação hierárquica que transfere atribuições ao agente delegado, mas não exime o autor da delegação do dever de acompanhar os atos praticados. Isso porque as prerrogativas e os poderes do cargo, tais como a supervisão, não são conferidos em caráter pessoal ao agente público, mas sim para o bom desempenho de seu papel institucional, sendo, portanto, irrenunciáveis (Brasil, 2014b).

De acordo com a literatura especializada em responsabilidade financeira, é possível a responsabilização direta ou subsidiária do agente pelo ato considerado irregular (Rocha; Gomes, 2012). Com efeito, o caso concreto pode vincular o titular da competência como responsável indireto mesmo não sendo o autor direto do ato (Oliveira, 2016). Pamplona e Silva (2020) advertem que a delegação de competência provoca a necessidade de investigar a responsabilidade administrativa tanto do agente delegante quanto a do agente delegado pelas irregularidades ocorridas. Assim, é quase consensual na doutrina que na delegação de competência necessariamente cabe um exame efetivo da conduta individualizada do agente delegante como autoridade competente, para aferir eventual responsabilidade pelo ilícito constatado.

É nesse sentido o argumento de Osório (2007, p. 300 *apud* Oliveira, 2016, p. 281), segundo o qual, em virtude da competência supervisora e fiscalizadora do agente delegante, é aconselhável que seja “chamado a responder em conjunto com o agente [delegado], o que não equivale a reconhecer [a sua] responsabilidade objetiva”.

b) Segundo eixo: a responsabilidade do gestor pelos atos delegados não é absoluta

Para o TCE-MT, assim como a responsabilidade do gestor não pode ser excluída de maneira automática, a responsabilização também não pode ser imposta de modo absoluto,

pois depende do contexto fático em que está inserta. Isso se constata na tese consagrada no Acórdão nº 603/2016 (Processo nº 8.117/2013), bem como no Acórdão nº 15/2014 (Processo nº 166.774/2012), em que sobreleva este excerto:

não seria [...] proporcional exigir do gestor o mesmo cuidado que deveria ter o responsável em fiscalizar o cumprimento dos requisitos do edital. Ora, não pensar dessa maneira, é contribuir para a inviabilização da gestão como um todo. A presunção absoluta de responsabilidade da autoridade máxima em relação a todos os atos que compõem sua gestão não deve subsistir, pois tal fato tornaria inócuo o instituto da delegação de competência (Mato Grosso, 2014).

Para o gestor público ser responsabilizado na delegação de competência, é necessário sopesar todos os elementos fáticos envolvidos no ato considerado irregular; não se admite uma análise genérica das condutas, sem exame das peculiaridades e circunstâncias que cercam o agente, porquanto “a pena é individual e deve guardar estreita correspondência” com a sua atuação (Brasil, 2013, p. 23). Também não se pode falar em responsabilidade solidária automática do gestor, já que isso não se coaduna com a teoria da responsabilidade subjetiva do agente público consagrada na CRFB, a qual exige que o agente público (ainda que na posição de gestor) atue com dolo ou culpa para ser responsabilizado. A esse respeito pontua o TCU:

Por força de preceito constitucional, acertadamente adota o Tribunal a tese da responsabilidade subjetiva do agente público. Noutras palavras, reputa que não se admite a responsabilidade objetiva em processos de persecução de controle administrativo no concernente às consequências de natureza tanto resarcitória como sancionatória (Brasil, 2022).

Reconhecer a responsabilidade obrigatória do gestor por atos delegados pelo simples fato de este ser a autoridade competente vai de encontro ao que estabelece a legislação mais recente. Exemplos disso são os arts. 28 da Lei nº 13.655/2018 e 12, §§ 1º e 3º, do Decreto nº 9.830/2019 (Brasil, 2018b, 2019), os quais condicionam a responsabilização do agente público à comprovação da culpabilidade.

A responsabilização objetiva do gestor no caso de delegação de competência impede o controlador de “avaliar as situações em que a conduta, apesar de formalmente irregular, é escusável, diante das circunstâncias concretas do gestor público” (Fundação Getulio Vargas, 2021, p. 77), conforme orienta o TCU:

constatada a existência de ato administrativo eivado de vício, pode ocorrer que nem todos os responsáveis sejam punidos, pois para que a sanção ocorra é necessário o exame individual da conduta e a culpabilidade dos agentes, que pode estar presente

em relação a um e ausente em relação a outros. Pode incidir, ainda, alguma causa de exclusão da ilicitude da conduta ou da culpabilidade do agente (Brasil, 2002).

Para que o gestor seja responsabilizado, “é necessário verificar se existem condutas desabonadoras cometidas pela autoridade delegante” (Altounian, 2016, p. 281) – como omitir-se no dever de supervisionar a atuação dos delegados, fiscalizar de modo deficiente ou praticar delegação temerária (Brasil, 2013). De acordo com o art. 22, *caput* e § 1º da LINDB, na análise da responsabilidade do gestor devem também ser considerados “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo” e “as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”, ou seja, a contextualização do caso concreto (Brasil, [2018a]).

c) Terceiro eixo: o gestor responsabilizado com base na análise das culpabilidades

Muitas decisões confirmam que a autoridade gestora pode ser responsabilizada em caso de delegação de competência, com suporte no exame das culpabilidades – mais precisamente, da constatação da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Exemplos disso são os Acórdãos nºs 268/2016 (Processo nº 273.570/2015), 391/2016 (Processo nº 25.968/2015), 874/2019 (Processo nº 26.360/2015) e 492/2020 (Processo nº 26.360/2015). Como já se mencionou, “a responsabilidade subjetiva [...] possui como um dos seus pressupostos a existência do elemento culpa (Acórdão nº 249/2010 – Plenário)” (Brasil, 2013, p. 9-10 *apud* Mucci, 2018, p. 27). Dessa forma, a doutrina, a jurisprudência e o próprio ordenamento consideram que a responsabilização financeira do gestor público pressupõe o exame da culpabilidade, pois ela torna possível a sanção jurídica.

No caso da delegação de competência, a culpa pode estar atrelada à falta de zelo no cumprimento das atribuições delegadas, pois, em virtude dos poderes de hierarquia, cabe ao gestor proceder à “fiscalização [...] [dos] atos [delegados] e [à sua] correção no momento oportuno” (Mucci, 2018, p. 36). De acordo com a jurisprudência do TCE-MT, o gestor que não escolhe bem seus agentes delegados pode responder por culpa *in eligendo*, assim como quem não vigia as ações delegadas pode responsabilizar-se por culpa *in vigilando*. Esse entendimento harmoniza-se com a diretriz do TCU:

a falta de fiscalização por parte do gestor quanto aos atos praticados pelos subordinados (culpa *in vigilando*), o conhecimento do ato irregular praticado ou a má escolha do agente delegado (culpa *in eligendo*) podem conduzir à responsabilização da autoridade. [...] Logo, é necessário perquirir se a conduta enquadra-se nas hipóteses ventiladas para a caracterização de responsabilidade (Brasil, 2017b).

A análise da culpabilidade deve estar pautada na individualização da conduta do gestor, e a culpa deve ser perquirida em todos os elementos probatórios presentes nos autos, dado

que a responsabilidade financeira na hipótese de delegação de competências depende do seu contexto fático, por não se tratar de uma consequência jurídica do uso do instituto. Nesse sentido é este excerto do Acórdão do TCE-MT nº 268/2016 (Processo nº 273.570/2015):

Sob este enfoque, é certo que a desconcentração da atividade administrativa não institui um mecanismo de responsabilização dos gestores a qualquer custo pelas falhas ocorridas no exercício da função delegada, tampouco exige dos gestores uma supervisão profunda da execução das atividades transferidas aos agentes delegatários, até porque, nesta hipótese, perderia a própria razão de existir do instituto da delegação de competência. Diante disto, conluso que a *análise da responsabilização por culpa “in eligendo” e “in vigilando” merece peculiar atenção, sobretudo na avaliação de quais atos deveriam ser obrigatoriamente fiscalizados pelo superior hierárquico e qual seria o grau de culpabilidade do gestor na conduta irregular externalizada pelo delegatário* (Mato Grosso, 2016, grifo nosso).

Pamplona e Silva (2020, p.130) sintetizam: “a matéria é delicada, repleta de pormenores, sendo necessária uma minuciosa análise” das peculiaridades do caso concreto. Como se viu, no âmbito do TCE-MT as decisões são unânimes em reconhecer que o agente delegante pode ser responsabilizado em caso de delegação de competência administrativa, o que confirma a hipótese 1; todavia, são bem variados os argumentos jurídicos que subsidiam esse entendimento.

Depreende-se também que o posicionamento adotado pelo TCE-MT segue a linha de pensamento adotada pela maioria da doutrina e da jurisprudência do TCU, para os quais, em razão da competência funcional que detém a autoridade delegante, é inescapável a aferição de sua possível responsabilização pela impropriedade constatada na órbita de seus deveres legais, mesmo que ao final da análise se conclua por afastar a responsabilidade na hipótese.

4.2 Hipótese 2

A hipótese 2¹² objetiva verificar se as premissas fáticas do caso concreto são ponderadas pelo TCE-MT na análise da responsabilidade financeira do gestor no caso de delegação de competência. Essa hipótese foi estabelecida, pois é essa a orientação, conformada à LINDB, do Regimento Interno do próprio TCE-MT, da literatura especializada (Santos; Santos, 2009; Brasil, 2013; Dias; Reis, 2015; Pamplona; Silva, 2020) e da jurisprudência do TCU.

Para subsidiar a verificação da hipótese 2, utiliza-se a categoria de análise c, que busca apurar se a motivação das decisões do TCE aponta os fatores subjetivos da análise da responsabilização, como a conduta individualizada, a culpabilidade, os excludentes, entre

¹² Hipótese 2: a responsabilização financeira do delegante no caso de delegação de competência está vinculada à análise subjetiva das questões fáticas do caso concreto, tais como conduta, culpa, excludentes e circunstâncias previstas no art. 22 da LINDB. Ver subseção 3.1.

outras situações próprias do caso concreto. Dentre as 14 decisões catalogadas¹³, em apenas 6 deliberações evidencia-se o exame subjetivo das circunstâncias reais do caso concreto, o que afasta a confirmação da hipótese 2 como prática preponderante na jurisprudência do TCE-MT. Do Acórdão do TCE-MT nº 15/2014 (Processo nº 166.774/2012) ressalte-se a análise das circunstâncias reais que implicam tanto a autoridade delegante no ato tido por irregular quanto a sua postura de gestor diante da falha ocorrida, além de justificativa subjetiva para o não reconhecimento da culpabilidade na hipótese:

por não se tratar de um fato complexo, não seria [...] proporcional exigir do gestor o mesmo cuidado que deveria ter o responsável em fiscalizar o cumprimento dos requisitos do edital. Ora, não pensar dessa maneira, é contribuir para a inviabilização da gestão como um todo. [...] Ademais, é importante deixar claro que embora a ilegalidade tenha permanecido por um período de tempo, *o gestor ao tomar conhecimento dos fatos instaurou o procedimento administrativo que culminou na exoneração da servidora indevidamente aprovada no concurso público e do servidor que deu causa ao fato* (Mato Grosso, 2014, grifo nosso).

Por sua vez, no Acórdão do TCE-MT nº 174/2018 (Processo nº 151.149/2017), é notável a superficialidade do exame das situações fáticas do caso concreto. A despeito disso, fundado nas particularidades da gestão (como o porte do município) e na amplitude e relevância da irregularidade (como a contratação de profissionais da saúde para ocuparem cargos de natureza finalística e permanente), aquele exame levou os julgadores a concluírem pela culpabilidade do gestor, embora em menor gravidade. Nesse mesmo processo, quando proferida a decisão em sede de recurso (Acórdão nº 212/2019), o colegiado teceu considerações sobre a gravidade de o gestor não ter observado o dever de cuidado; justifica sua conclusão pela culpa *in vigilando* da autoridade delegante, com referência ao disposto no art. 189, § 3º, do Regimento Interno do TCE-MT (Mato Grosso, 2023).

Entre 2016 e 2021, esse Regimento (Mato Grosso, 2023, art. 189, § 3º) continha a regra de que o gestor delegante poderia ser responsabilizado pelos atos delegados com base na análise de sua culpabilidade; esse era o norte interpretativo estabelecido à época para padronizar a jurisprudência sobre o tema. A despeito de o dispositivo ter sido retirado, acredita-se que o entendimento permaneça, pois é previsto na LINDB. Pautado nessa análise da culpabilidade é o Acórdão do TCE-MT nº 874/2019 (Processo nº 26.360/2015), relativo à caracterização de erro grosseiro do delegante nos termos do art. 12, § 7º, do Decreto nº 9.830/2019 (Brasil, 2019). Nesse ponto, saliente-se que as novidades advindas com a Lei nº 13.655/2018 e o Decreto nº 9.830/2019 não iniciaram discussões sobre a importância de se averiguar a culpabilidade do gestor para fins de responsabilidade financeira no âmbito

¹³ Excluídas as quatro decisões que expõem a tese da responsabilidade financeira na hipótese de delegação, mas não alcançam o seu mérito: Processo nº 78.689/2013 – Acórdão nº 3.008/2015; Processo nº 8.117/2013 – Acórdão nº 603/2016; Processo nº 161.152/2017 – Acórdão nº 676/2019; e Processo nº 88.188/2019 – Acórdão nº 31/2021.

do TCE-MT – tanto que seu Regimento Interno já firmara essa vinculação desde 2016. Eles apenas consolidaram o posicionamento sobre a necessidade de avaliação acurada dos fatos e dos elementos probatórios para motivação da decisão.

Cite-se também como exemplo de análise da culpabilidade – embora timidamente desenvolvida pelos julgadores – o Acórdão do TCE-MT nº 11/2020 (Processo nº 236.683/2016), que registra a inérgia da autoridade delegante diante da notícia da irregularidade. No mesmo sentido é também o Acórdão do TCE-MT nº 28/2018 (Processo nº 15.679/2016), que, depois de minuciosa análise da documentação e das peculiaridades do caso concreto, não reconheceu falta de zelo ou má-fé do gestor, nem a prática de conduta ilícita, o que afasta sua responsabilidade na hipótese.

Entre as decisões catalogadas no âmbito do TCE-MT, poucas são as que registram com minúcia e clareza a análise da culpabilidade do gestor público, conquanto a doutrina e a jurisprudência dominante do TCU, assim como a atual legislação, condicionem a responsabilidade financeira do agente público ao exame dos fatores subjetivos, em especial da configuração de culpa *in vigilando* ou *in eligendo* no caso da delegação de competência. Brasil (2013, p. 23) adverte que na atuação dos tribunais de contas, quando da análise da responsabilidade financeira, “uma premissa [é] fundamental: a conduta de cada responsável deve ser avaliada de modo particular, considerando os deveres que lhe competiam e as circunstâncias em que atuou”.

Com respaldo no art. 28 da LINDB, é possível relevar a verificação e o detalhamento “do elemento [...] subjetivo do jurisdicionado, isto é, suas circunstâncias pessoais, suas atribuições funcionais, sua diligência e sua culpa” (Fundação Getulio Vargas, 2021, p. 24), pois se considera que esses fatores subjetivos tornam aceitável ou não a violação do ordenamento jurídico. A importância de se avaliar a culpabilidade para fins de responsabilização do gestor, inclusive na delegação de competência, evidencia-se na vasta jurisprudência do TCU, de que é exemplo este excerto:

*A atribuição de tais modalidades de culpa, frequentemente invocadas neste Tribunal, deve, no entanto, ser precedida de cautelas e minudente análise que possibilite a caracterização de sua existência. Nem todo ato cometido por subordinado, de forma equivocada, dá ensejo à responsabilidade por culpa *in eligendo* e/ou da culpa *in vigilando*. [...] A culpa *in eligendo* existe quando a autoridade delegante confia, a terceiro, missão sabidamente incompatível com os requisitos possuídos pelo delegado, sejam eles técnicos ou pessoais. Existirá culpa *in eligendo* se for delegada tarefa complexa a servidor que não possui qualificação profissional para executá-la ou sob o qual pairem processos administrativos e/ou judiciais ou, ainda, existam fundadas suspeitas quanto a sua idoneidade moral. [...] A culpa *in vigilando*, por outro lado, surge a partir da falta de fiscalização sobre os procedimentos exercidos por outrem. A respeito, o Tribunal já entendeu que não é possível o exercício da supervisão de forma irrestrita, sob pena de tornar sem sentido*

o instituto da delegação de competência e inviabilizar o exercício das tarefas próprias e privativas da autoridade delegante (Brasil, 2017a, grifo nosso).

Assim, embora adote argumentação jurídica que sustenta a relevância da análise da culpabilidade para fins de responsabilização financeira, na prática o TCE-MT apresenta em suas razões de decidir poucos fundamentos fáticos que justificam a conclusão pela responsabilidade ou irresponsabilidade do gestor no caso concreto, o que resulta na refutação da hipótese 2.

4.3 Hipótese 3

A hipótese 3¹⁴ tem o objetivo de verificar se a responsabilidade financeira do gestor na delegação de competência pode ser firmada em premissas eminentemente jurídicas estabelecidas pelo julgador – como a responsabilidade objetiva, a presunção de culpabilidade ou a desresponsabilização automática. Tal hipótese foi aventada para as situações em que as decisões não apresentassem fundamentos fáticos na análise da responsabilidade. Para subsidiar a verificação da hipótese 3, apreciam-se as categorias de análise *b* e *c*: *b* se os julgamentos proferidos sobre a delegação de competência costumam responsabilizar os gestores públicos pelos atos delegados; e *c* se a análise da responsabilidade financeira do gestor com viés da delegação de competência aprecia as questões fáticas (conduta, culpabilidade, excludentes) do caso concreto para formar a decisão.

Em 8 das 14 decisões examinadas¹⁵ não se evidenciou, nas razões de decidir, o exame subjetivo da conduta do gestor e das circunstâncias fáticas do caso concreto. Esse número expressivo a princípio revela que o exame da culpabilidade não é requisito *sine qua non* para o TCE-MT prolatar decisões nessa questão. Naquelas 8 decisões, o órgão julgador fez referência à delegação de competência e à possibilidade de responsabilização da autoridade delegante mediante o exame da culpabilidade e em seguida reconheceu ou afastou a responsabilidade do gestor com base nessa premissa jurídica genérica, sem esmiuçar as particularidades do caso. Outra constatação significativa é que, dentre essas decisões catalogadas, 6 concluíram pela responsabilização do gestor e dois acórdãos manifestaram-se pela sua não responsabilização; isso demonstra que as decisões não são uniformes no julgamento, apesar de genéricas na fundamentação.

Nos Acórdãos nºs 697/2015 (Processo nº 194.867/2012), 20/2016 (Processo nº 122.742/2011), 21/2016 (Processo nº 84.891/2011), 116/2017 (Processo nº 84.891/2011), 117/2017 (Processo nº 122.742/2011) e 492/2020 (Processo nº 280.208/2017), observa-se que, depois de o colegiado

¹⁴ Hipótese 3: as decisões proferidas pelo TCE-MT apreciam a responsabilidade financeira do gestor na delegação de competências mediante interpretação eminentemente jurídica; a depender da teoria jurídica adotada pelo julgador, isenta ou presume a responsabilidade da autoridade delegante de forma dissociada dos elementos fáticos do caso concreto. Ver subseção 3.1.

¹⁵ Excluídas as quatro decisões que apenas expõem tese sobre a responsabilidade financeira em caso de delegação, mas não alcançam a matéria: Processo nº 78.689/2013 – Acórdão nº 3.008/2015; Processo nº 8.117/2013 – Acórdão nº 603/2016; Processo nº 161.152/2017 – Acórdão nº 676/2019; e Processo nº 88.188/2019 – Acórdão nº 31/2021.

discorrer sobre os deveres legais do gestor como autoridade delegante e de enfatizar sua potencial incidência nas culpas *in eligendo* e *in vigilando*, o TCE-MT concluiu pela responsabilização financeira do gestor, sem tecer qualquer comentário sobre a atitude ilícita individualizada praticada na hipótese. Por outro lado, observam-se decisões inusitadas nos Acórdãos nºs 268/2016 (Processo nº 273.570/2015) e 391/2016 (Processo nº 25.968/2015); depois de discorrerem sobre a necessidade da avaliação subjetiva da conduta do gestor, elas afastam a responsabilidade deste e não registram no voto aprofundamento algum sobre as circunstâncias fáticas do caso concreto que justifiquem a sua conclusão. Ao que parece, essas decisões estão na contramão do que exaustivamente enfatiza a doutrina e a jurisprudência; na hermenêutica prepondera a postura da autoridade delegante, que deve ser sempre apreciada com fundamento nas peculiaridades do caso concreto, de forma que a delegação de competência não seja instrumento de isenção de responsabilidade, nem consequência automática de punição. Conforme o TCU,

a responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta, sendo imprescindível para definir essa responsabilidade a análise das situações de fato que envolvem o caso concreto (Brasil, 2015).

A simples existência de um fato apontado como irregular não é suficiente para punir o gestor. Impõe-se examinar os autores do fato, a conduta do agente, o nexo de causalidade entre a conduta e a irregularidade e a culpabilidade. Assim, verificada a existência da prática de um ato ilegal, deve o órgão fiscalizador identificar os autores da conduta, indicando sua responsabilidade individual e a culpa de cada um (Brasil, 2002).

De acordo com a legislação e o entendimento jurisprudencial predominante, o instituto da delegação de competência é uma premissa jurídica para a análise fática do processo submetido a exame. Desse modo, a avaliação subjetiva das condutas não pode ser desconsiderada, e a apuração da culpa do gestor deve ser casuística, em vez de comportar soluções generalizantes. É possível a situação em que, pelo mesmo fato ou pela mesma irregularidade, um agente público seja punido e outro não; isso depende das circunstâncias do caso concreto e da individualização das responsabilidades. Contudo, para justificar a assimetria das decisões, essa motivação fática deve estar suficientemente consignada nas razões decidir.

Diante de omissão no cuidado com a coisa pública, responsabilizar o gestor pelos atos delegados é plenamente razoável, pois ele tem o dever legal de bem escolher seus subordinados e de vigiar-lhes os atos com o fim de assegurar que as atividades prestadas à sociedade sejam regulares e legais. Da mesma forma, diante da complexidade das situações concretas no universo da Administração Pública, é plenamente recomendável afastar a responsabilidade do gestor pelos atos delegados, porque a exigência de uma fiscalização rigorosa torna inútil a delegação, além de descharacterizar a eficiência e a racionalização do instituto. Todavia, ao decidir sobre a possível responsabilização do gestor, o julgamento não pode estar desagregado do contexto fático em que se insere a irregularidade. Assim, os

fundamentos fáticos e jurídicos que levam o TCE-MT a reconhecer ou a excluir a responsabilidade do gestor na hipótese de delegação de competência poderiam estar evidenciados na decisão, visto que a análise da responsabilidade financeira não pode ser objetiva, e a aferição da culpabilidade deve ser precisa.

Sem se ater ao exame concreto da culpabilidade, é equivocado o entendimento do instituto da delegação de competência administrativa como causa direta da conclusão do julgado sobre a responsabilização ou desresponsabilização financeira do gestor. De acordo com o art. 28 da Lei nº 13.655/2018 combinado com o art. 12, *caput* e § 2º, do Decreto nº 9.830/2019 (Brasil, 2018b, 2019), a *presunção de culpa* em razão da vinculação hierárquica entre delegante e delegado ou a *presunção de inocência* por não ser o gestor o autor direto da irregularidade são incompatíveis com a regra geral da responsabilidade financeira que condiciona a responsabilização do agente público ao exame da situação e circunstâncias fáticas submetidas a julgamento. Embora não contenham dispositivo algum sobre a hipótese da delegação de competência (pois versam sobre norma geral), a lei e o decreto mencionados, em conjunto com os princípios e as normas do instituto, devem ser utilizadas como norte para o exame da responsabilidade do gestor.

Nenhum dos acórdãos do TCE-MT examinados faz referência às expressões *presunção de culpa* ou *presunção de inocência*, razão por que não se pode afirmar serem essas as causas do silêncio do órgão julgador sobre o aprofundamento da culpabilidade. Ademais, para se falar em presunção, primeiramente seria necessário esgotar a análise probatória para invocar o julgamento pelo “ônus da prova” diante da ausência de provas, visto que a delegação de competências por si só não acarreta a presunção automática. Assim como a delegação de competência é muito divergente na doutrina e na jurisprudência, a distribuição do ônus da prova também o é. Há quem defenda a tese de que o dever de provar diligência no exercício de suas competências é da autoridade delegante em razão do seu dever de cuidado e fiscalização da atividade de outrem; porém, há o entendimento de que é do controlador o dever de provar a culpa do gestor na hipótese de delegação de competência, já que a responsabilidade financeira deve recair sobre quem pratica o ato irregular. Para o TCU, segundo Motta e Viana (2020), o

ônus da prova no âmbito dos processos de contas – que implicam no dever jurídico de comprovar a correta aplicação dos recursos públicos – é do gestor; ao contrário, nos processos de fiscalização (como auditorias e inspeções) o ônus é do próprio órgão de controle externo.

Em que pese não ser objeto deste estudo, o ônus da prova merece ser tema de futuras investigações; além de controverso, pode e deve ser a razão de decidir sobre situações excepcionais em que a culpa não se evidencie nos autos. Em suma, conforme os acórdãos apresentados, a hipótese 3 não pode ser confirmada na pesquisa; embora as decisões do julgador não estejam associadas aos elementos fáticos do caso concreto, também não estão

fundamentadas em argumentos jurídicos objetivos. Desse modo, não se sabe se as decisões se fundaram numa interpretação eminentemente jurídica do julgador ou se apenas carecem de um desenvolvimento consistente do exame subjetivo da questão.

4.4 Juntando as pontas da discussão em uma síntese contributiva

Com base no levantamento da jurisprudência do TCE-MT, verificou-se que – conquanto estejam alinhadas com a legislação atual, com a doutrina majoritária e com a jurisprudência dominante do TCU no seu aspecto teórico (premissas jurídicas de julgamento) –, as decisões sobre a delegação de competência administrativa não estão ordenadas na condução do procedimento de análise subjetiva da responsabilidade financeira dos agentes envolvidos. Isso evidencia que o exame da responsabilidade financeira em caso de delegação de competência necessita de um procedimento institucional fixo que padronize a avaliação fática da responsabilização dos gestores e permita um julgamento que considere as peculiaridades da situação em concreto.

No estudo empírico da questão, constatou-se que no TCE-MT algumas decisões apresentam inconsistências no exame da responsabilidade financeira na hipótese de delegação de competência; ao mesmo tempo em que ponderam sobre a importância de se analisarem tanto o caso concreto quanto os elementos fáticos que orientam a situação em julgamento, deixam de registrar no voto as circunstâncias subjetivas que fundamentam a decisão pela responsabilização ou desresponsabilização do gestor delegante. Se o julgador considera a presunção de culpa, a presunção de ausência de culpa, o julgamento pelo ônus da prova, o reconhecimento da responsabilidade solidária ou qualquer outro fundamento jurídico objetivo, esse entendimento deve estar evidente nas razões de decidir, a fim de que o jurisdicionado se valha dos instrumentos legítimos para questionar seja o posicionamento firmado, seja o Direito aplicado.

Além disso, de acordo com a hermenêutica majoritária e a legislação atual já citadas, a avaliação da culpabilidade é indispensável para se apurar a responsabilidade financeira; por isso, é imprescindível pormenorizar a conduta do jurisdicionado, ainda que minimamente. Entretanto, a inconsistência verificada não está limitada ao órgão investigado. De acordo com a Fundação Getulio Vargas (2021, p. 24), o TCU também “pode ter dado menos importância à verificação do elemento verdadeiramente subjetivo do jurisdicionado, isto é, suas circunstâncias pessoais, suas atribuições funcionais, sua diligência e sua culpa, e mais importância à criação ou ao uso de presunções de erro grosseiro”.

O controle disfuncional exercido pelas instituições gera insegurança para o jurisdicionado e, por conseguinte, reflete-se na postura ineficiente do gestor, na má qualidade do serviço público e na insatisfação da sociedade. De acordo com Gullo (2022), a racionalidade imprevisível dos controladores relativa ao exame da responsabilidade financeira provoca incertezas na atuação dos gestores públicos. Para Chagas (2021), o medo de agir do gestor público, fenômeno conhecido como “apagão das canetas”, e o mau uso da delegação de

competências como estratégia de fuga da responsabilização são alguns dos problemas decorrentes da jurisprudência vacilante no âmbito do controle externo. Sobre essa questão, Meneguin e Bugarin (2012, p. 2) ressaltam que “o funcionamento das instituições [...] precisa estar corretamente calibrado”.

Os resultados alcançados na pesquisa à luz do entendimento dos autores citados permitem indicar que a atuação institucional consistente contribui para uma gestão mais eficiente da atividade administrativa. Pode-se inferir que o ponto de pacificação dos extremos da responsabilização financeira é a avaliação real do caso concreto, com o exame minucioso e transparente das condições fáticas que justificam a conclusão do julgador, com o apoio de uma matriz sistematizada de responsabilização. Ferreira e França (2022) enfatizam que a padronização dos procedimentos dos órgãos de contas na apuração da responsabilidade financeira da autoridade delegante é fundamental para o bom desempenho da atividade administrativa; ela permite ao gestor não só tomar a decisão que melhor atenda ao interesse público mas também assumir os riscos conhecidos da sua escolha.

É possível, pois, inferir que as decisões das cortes de contas precisam deixar evidente no julgamento o comportamento da autoridade delegante que contribuiu para a ocorrência da irregularidade, assim como devem oferecer “diretrizes claras sobre as condutas que, se praticadas pelos agentes públicos, afastariam sua responsabilização” pelo ato de outrem (Fundação Getulio Vargas, 2021, p. 42). Sem essas indicações, resta ao gestor apenas uma postura de gestão *engessada*, pouco inovadora, a despeito da crescente complexidade das atividades administrativas, pois a delegação de competência pode tornar-se um caminho arriscado e imprevisível. Assim, é inegável que o tema merece atenção e estudo aprofundado, já que as deliberações dos órgãos de controle externo são os balizadores da gestão pública e das tomadas de decisões pelos gestores públicos.

A principal contribuição deste estudo, que se funda tanto na literatura especializada quanto na realidade empírica da gestão pública, é retratar como a responsabilização financeira no caso da delegação de competências é apreciada e conduzida pelos órgãos de controle, mais precisamente pelo TCE-MT. Com suporte nesse panorama e no quadro teórico de referência, intenta-se auxiliar as instituições e as autoridades a refletirem sobre o tema e a conduzirem a questão para o que melhor atenda ao bem comum, sem que se responsabilizem indevidamente os gestores que buscam a legalidade e a eficiência da sua gestão, e sem que a desresponsabilização seja apartada das circunstâncias reais do caso concreto.

Com o propósito de sistematizar a avaliação da responsabilidade financeira na hipótese de delegação de competências por órgãos de controle externo e de apresentar sugestões de procedimentos que podem ser observados pelo gestor público, propõem-se as diretrizes expostas no Quadro 3, baseadas nas dificuldades encontradas no estudo empírico e no seu referencial teórico.

Quadro 3 – Síntese das contribuições do estudo

Órgãos de controle	Gestor
Na hipótese de alegação ou constatação de delegação de competência, solicitar a apresentação do documento formal que comprove a validade do ato.	Na hipótese de delegação de competência administrativa (motivada pela necessidade e pela vantajosidade do instituto), formalizar o ato nos termos da lei.
Certificar-se de que o ato de descentralização administrativa se caracteriza de fato como uma delegação de competência nos termos da lei, e realizar as apurações necessárias para averiguar a postura do gestor diante da delegação.	Valer-se de boas práticas de controle interno que assegurem o regular cumprimento dos atos delegados.
Promover o contraditório e a ampla defesa do gestor, apontando sua conduta ilícita e indicando as ações que poderiam ter sido efetivadas para a garantia da regularidade da delegação.	Documentar as diligências realizadas para o bom cumprimento do seu dever legal como autoridade delegante, tal como a justificativa da delegação e da escolha do agente delegante, e os mecanismos de fiscalização e revisão utilizados no controle.
Examinar a culpabilidade do gestor nas circunstâncias do caso concreto.	Demonstrar as circunstâncias reais do caso concreto que impossibilitam ou limitam o dever de cuidado do gestor nesse caso.
Registrar, de forma clara e precisa, nas razões de decidir, os fundamentos de fato e de direito que justificam a conclusão do julgador, com ênfase nos elementos probatórios produzidos nos autos.	Apresentar nos autos as diligências tomadas que afastam eventual reconhecimento da culpa <i>in eligendo</i> ou <i>in vigilando</i> .

Fonte: elaborado pelos autores.

5 Conclusão

Com o estudo de dados empíricos do TCE-MT, o trabalho objetivou tanto clarificar o posicionamento preponderante na doutrina e na jurisprudência do TCU sobre a responsabilização do gestor público em situações de delegação de competência administrativa, quanto examinar as decisões do TCE-MT com o intuito de verificar como o tema tem sido conduzido na prática por um órgão específico.

A análise empírica do relatório, do voto e do acórdão de todos os processos catalogados confirmou a hipótese 1: neles todas as decisões reconhecem, por unanimidade, a possibilidade de responsabilização financeira do gestor no caso de delegação de competência. Constatou-se que a hipótese 2 ainda é pouco aplicada no âmbito do TCE-MT, pois a maioria das decisões não apresenta com clareza, nas razões de decidir, os fundamentos fáticos que levaram o órgão a decidir pela responsabilização ou desresponsabilização da autoridade delegante, em que pese a referência à importância da avaliação da culpabilidade. A hipótese 3 não pôde ser confirmada na pesquisa, dado que os julgamentos não se fundamentam em argumentos jurídicos objetivos para decidir a questão, como a presunção de culpa, a presunção de inocência, a responsabilidade solidária, o ônus da prova etc. A forma como se compuseram os julgados não permite saber se as decisões se apoiaram numa interpretação eminentemente jurídica não externalizada nas razões de decidir ou se apenas carecem de um desenvolvimento consistente do exame subjetivo da questão.

Desse modo, os resultados da pesquisa demonstram que, tal como a maioria da doutrina e da jurisprudência, o TCE-MT entende ser possível, com base na análise das culpabilidades, responsabilizar o agente delegante por conduta praticada pelo agente delegado. Entretanto, essas decisões apresentam divergência interna significativa na condução da investigação dessas responsabilidades. Observou-se que, em parte das decisões catalogadas, a realidade prática do gestor público foi evidenciada na formação do convencimento do julgador; porém, na maioria dos julgados examinados, as circunstâncias fáticas do caso concreto não foram sequer consignadas nas razões de decidir.

Os fundamentos jurídicos dos julgados não revelam por si sós os motivos por que os fatores subjetivos da responsabilidade não foram apresentados em alguns processos. Não se sabe se esse silêncio do julgador se deve à omissão da decisão, à ausência de elementos probatórios para a formação do convencimento (julgamento pelo ônus da prova) ou ao entendimento objetivo da questão (responsabilização/desresponsabilização automática decorrente da delegação). Verificou-se também que os julgamentos que ponderam sobre a culpabilidade do gestor não o fazem com riqueza de detalhes sobre as peculiaridades do caso – apenas apresentam uma avaliação tímida sobre a conduta do gestor. Sem dúvida, tanto as divergências na sistematização do exame da responsabilidade financeira dos agentes delegantes (ora pontuando sobre a culpa, ora não) quanto a lacuna na manifestação sobre os fundamentos fáticos da conclusão do julgador acarretam insegurança e desconfiança para o jurisdicionado.

Apesar de o Regimento Interno do TCE-MT (art. 189, § 3º) dispor sobre a vinculação da responsabilização à culpabilidade no caso de delegação de competência e o art. 28 da LINDB atrelar a regra geral da responsabilização do agente público ao elemento culpa, algumas vezes tal condição foi tratada de forma genérica pelo órgão controlador – apenas no campo teórico da argumentação e de maneira não efetiva.

Acredita-se que a maior dificuldade no exame da culpabilidade pelas instituições está na falta de parametrização do que deve ser observado no caso de delegação de competências (atos formalizados, condutas individualizadas, diligências realizadas, peculiaridades da gestão, circunstâncias excludentes etc.). Outro ponto que merece ser definido internamente pelo órgão controlador não foi objeto de estudo: a consolidação do entendimento sobre o ônus da prova, para as situações em que não haja elementos suficientes para a formação do convencimento.

Quanto ao gestor público, considera-se relevante que ele se valha de diligência para comprovar o cumprimento dos deveres legais de vigilância e zelo pelos atos delegados. A delegação de competência não é causa de extinção da responsabilidade, de maneira que defesas abstratas, dissociadas de elementos probatórios robustos da boa gestão, não são suficientes para demonstrar a boa atuação da autoridade delegante. Futuras investigações poderão aprofundar a compreensão da aplicabilidade e da eficiência dessas diretrizes em situações reais de responsabilidade financeira no caso de delegação de competência.

Referências

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. Responsabilidade de prefeitos municipais perante o TCU. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 9, n. 15-16, p. 63-97, jan./dez. 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5463>. Acesso em: 19 fev. 2024.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização: (legislação, decretos, jurisprudência e orientações normativas atualizados até 30 nov. 2015)*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://doku.pub/documents/obras-publicas-claudio-sarian-altounian-2016pdf-9qgokde9zrln>. Acesso em: 19 fev. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe [sobre] a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. *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: 19 fev. 2024.

_____. *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, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 2018b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 24.732/DF*. Mandado de segurança - Delegação administrativa outorgada pelo Procurador-Geral da República - Ato praticado, com fundamento em tal delegação, pelo Vice-Procurador-Geral da República - Ausência de competência originária do Supremo Tribunal Federal [...]. Agravante: Mário Ferreira Leite. Agravado: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Celso de Mello, 11 de março de 2014a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5519477>. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 633.009/GO*. Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Demissão de servidor público estadual. Governador do Estado. Delegação de competência. Secretário estadual. Art. 37, XII, e parágrafo único, da Constituição Estadual. Princípio da simetria. Art. 84, XXV, e parágrafo único, da Constituição Federal. Agravo improvido [...]. Agravante: Sinvaldo Rodrigues de Moraes. Agravado: Estado de Goiás. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de setembro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627982>. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº 247/2002. Embargos de declaração opostos pelos Srs. José Antonio Carleti e Saulo de Souza Rocha contra o Acórdão nº 19/2002 – Plenário que negou provimento ao pedido de reexame interposto pelo segundo embargante e deu provimento parcial ao primeiro embargante [...]. Interessados: José Antonio Carleti; Saulo de Souza Rocha. Entidade: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE. Relator: Min. Benjamin Zymler, 10 de julho de 2002. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-10886/NUMACORDAINT%20asc/0. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº 830/2014. Embargos de declaração em tomada de contas especial. Alegação da ocorrência de omissão e contradição. Conhecimento. Inexistência dos vícios alegados. Não-provimento. Entidade: Estado de Roraima. Relator: Min. Marcos Bemquerer, 2 de abril de 2014b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/830%252F2014/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/0>. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). Acórdão nº 1.001/2018. Monitoramento. Descumprimento injustificado de determinação. Aplicação de multa. Pedido de reexame. Alegações incapazes de alterar o mérito da deliberação recorrida. Conhecimento. Negativa de provimento. Ciência. Recorrente: Wenderson de Souza Monteiro. Entidade: Superintendência Estadual da Funasa no Estado do Amazonas. Relator: Min. Bruno Dantas, 6 de fevereiro de 2018c. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2257752%22>. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). Acórdão nº 1.375/2022. Tomada de contas especial. Convênio. Proinfância. Não comprovação da boa e regular aplicação de recursos públicos federais. Irregularidade das contas. Débito. Multa. Recurso de reconsideração [...]. Recorrente: Ione Santiago Leite. Interessado: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE. Entidade: Prefeitura Municipal de Xambioá – TO. Relator: Min. Antonio Anastasia, 29 de março de 2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-2524675/NUMACORDAINT%20asc/0. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº 1.432/2006. Tomada de contas do exercício de 1998. Recurso de revisão. Desvio de receita oriunda dos contratos de cessão de uso de imóveis do comando militar. Conhecimento. Provimento. Contas irregulares [...]. Recorrente: Ministério Público junto ao TCU. Entidade: 33º Batalhão de Infantaria Motorizado/Comando Militar. Relator: Min. Ubiratan Aguiar, 16 de agosto de 2006. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-32436%22>. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). Acórdão nº 1.581/2017. Recurso de reconsideração em prestação de contas do exercício de 2013. Contas julgadas irregulares, por falhas em procedimentos licitatórios. Competência do dirigente máximo. Conhecimento [...]. Recorrente: Elisabeth Conceição de Oliveira Santos, Diretora. Entidade: Instituto Evandro Chagas. Relator: Min. José Mucio Monteiro, 14 de março de 2017a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1581%252F2017/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/0>. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº 1.671/2021. Tomada de contas especial. Licitação para compra de equipamentos hospitalares. Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia Jamil Haddad (INTO). Pregão Presencial 124/2006 e Contrato 162/2006 [...]. Responsáveis: Francisco Matheus Guimarães e outros. Entidade: Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia Jamil Haddad. Relator: Min. Bruno Dantas, 14 de julho de 2021b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-2487937/NUMACORDAINT%20asc/0. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). Acórdão nº 6.934/2015. Tomada de contas especial. Auditoria do Denasus. Transferência de recursos do Fundo Nacional de Saúde. Não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos. Contas julgadas irregulares com imputação de débito. Aplicação de multa [...]. Recorrente: Maria do Livramento Mendes Figueiredo. Entidade: Prefeitura Municipal de São Vicente Ferrer – MA. Relator: Min. Benjamin Zymler, 3 de novembro de 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-1579088/NUMACORDAINT%20asc/0. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). *Acórdão nº 8.784/2017*. Tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Saúde em desfavor dos ex-prefeitos de Ferraz de Vasconcelos/SP. Irregularidades na aplicação de recursos do SUS. Quitação parcial do débito por parte de um dos responsáveis [...]. Responsáveis: Jorge Abissamra; Acir Filló dos Santos. Entidade: Prefeitura Municipal de Ferraz de Vasconcelos - SP. Relator: Min. Bruno Dantas, 19 de setembro de 2017b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/8784%252F2017/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). *Acórdão nº 13.314/2020*. Tomada de contas especial. Convênio. Pavimentação de vias urbanas. Inexecução parcial do objeto. Irregularidade das contas. Débito solidário. Multa. Recurso de reconsideração. Responsabilidade do ex-prefeito [...]. Responsáveis: Pavimento Construções, Comércio e Serviços Ltda; Zeno José Andrade Gonçalves. Recorrente: Zeno José Andrade Gonçalves. Entidades: Ministério da Integração Nacional (vinculador); Município de Rosário Oeste/MT. Relator: Min. Augusto Nardes, 24 de novembro de 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2336333%22>. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União. *Responsabilização de agentes segundo a jurisprudência do TCU*: uma abordagem a partir de licitações e contratos (aulas 1 a 5). Brasília, DF: TCU: Instituto Serzedello Corrêa, 2013. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/responsabilizacao-de-agentes-segundo-a-jurisprudencia-do-tcu-uma-abordagem-a-partir-de-licitacoes-e-contratos-aulas-1-a-5.htm>. Acesso em: 19 fev. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CHAGAS, Carolina de Freitas. *A responsabilização dos agentes públicos pelo TCU*: o direito administrativo do medo e o apagão das canetas à luz do art. 28 da LINDB. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Administrativo) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/39026/1/TCC%20CARULINA%20DE%20FREITAS%20CHAGAS%20-%20VF%20com%20ficha%20catal.%20e%20folha%20aprova%c3%a7%3a3o%20%281%29.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2024.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; REIS, Rafaella Viana. A responsabilidade dos prefeitos na delegação de competências a agentes públicos por culpa na jurisprudência brasileira. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Aracaju. *Anais* [...]. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 152-183. Disponível em: <http://conpedi.danielr.info/publicacoes/c178h0tg/rma2ey1m/G44Qr958MM54L8WW.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2024.

FERREIRA, Ana Catarina dos Santos Oliveira; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência e juridicidade na aplicação de normas de gestão pública a partir da linha de interpretação do artigo 22 da LINDB. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 173-195, 2022. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9i2p173-195>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/195553>. Acesso em: 19 fev. 2024.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Escola de Direito de São Paulo. *Aplicação dos novos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União: relatório de pesquisa*. [São Paulo]: FGV Direito SP, 2021. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/default/files/2022-03/relatorio-de-pesquisa_observatorio-do-tcu_aplicacao-dos-novos-dispositivos-da-lindb-pelo-tcu.pdf. Acesso em: 19 fev. 2024.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade financeira*: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-093734/publico/Responsabilidade_Financeira_Versao_Final.pdf. Acesso em: 19 fev. 2024.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. t. 1.

GULLO, Felipe Ramirez. "Apagão das canetas": análise econômica da responsabilidade da improbidade administrativa. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/6f3a424c-46a5-4c61-8341-7bea8a594839>. Acesso em: 19 fev. 2024.

MATO GROSSO. Tribunal de Contas (Plenário). Acórdão nº 15/2014. Prefeitura municipal de Várzea Grande. Representação de natureza interna acerca de irregularidades na nomeação de candidata aprovada no concurso público nº 01/2011. Arquivamento dos autos em razão da perda de objeto. Recomendação ao atual gestor. Interessada: Prefeitura de Várzea Grande. Relator: Cons. substituto João Batista Camargo, 18 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://jurisdicionado.tce.mt.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas (Plenário). Acórdão nº 268/2016. Prefeitura municipal de Cáceres. Representação de natureza interna acerca de irregularidades identificadas no acompanhamento simultâneo do exercício de 2015, relativas à despesas, pagamentos e procedimentos licitatórios [...]. Interessada: Prefeitura municipal de Cáceres. Relator: Cons. José Carlos Novelli, 10 de maio de 2016. Disponível em: <https://jurisdicionado.tce.mt.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas (Plenário). Acórdão nº 697/2015. Prefeitura de Várzea Grande. Representação de natureza interna. Recurso ordinário. Não provimento. Manutenção da decisão recorrida. Interessada: Prefeitura de Várzea Grande. Relatora: Cons. interina Jaqueline Jacobsen, 10 de março de 2015. Disponível em: <https://jurisdicionado.tce.mt.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas. *Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso*: atualizado até a Emenda Regimental nº 3/2023. [Cuiabá]: TCE-MT, 2023. Disponível em: <https://jurisdicionado.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00122639/RITCE-MT.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2024.

_____. Tribunal de Contas. [Sítio eletrônico]. Cuiabá: TCE-MT, [2024]. Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/>. Acesso em: 19 fev. 2024.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Maurício S. O papel das instituições nos incentivos para a gestão pública. *Senado Federal: textos para discussão*, Brasília, DF, n. 118, p. 1-26, nov. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/243074/TD118-FernandoMeneguin-Maur%25EDcioBugarin.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2024.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; DESLANDES, Suely Ferreira; CRUZ NETO, Otávio; GOMES, Romeu. *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar. O dever de prestar contas e a distribuição do ônus da prova no controle externo. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 29 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-29/interesse-publico-dever-prestar-contas-onus-prova-controle-externo>. Acesso em: 19 fev. 2024.

MOUTINHO, Donato Volkers. *Contas dos governantes*: apreciação das contas dos chefes de Poder Executivo pelos tribunais de contas do Brasil. São Paulo: Blucher Open Access, 2020. (Série Direito Financeiro). Disponível em: <https://www.blucher.com.br/contas-dos-governantes>. Acesso em: 24 out. 2023.

MUCCI, Caroline Oliveira Souza. *A responsabilidade do gestor público municipal e seus desafios na execução de políticas públicas no caso de delegação de competências*. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Gestão Pública Municipal) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: http://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/21541/1/CT_GPMI_VI_2018_03.pdf. Acesso em: 19 fev. 2024.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Responsabilidade civil e penal de agente público nos casos de delegação do ato de ordenação de despesas. *Revista de Direito Administrativo*: RDA, Rio de Janeiro, v. 273, p. 269-285, set./dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66663>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66663>. Acesso em: 19 fev. 2024.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Delegação e avocação administrativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. do livro Delegação administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAMPLONA, Karla Marques; SILVA, Monica Martini Souza da. A delegação de competência em cascata do ordenador de despesa e a responsabilidade administrativa pelas contas públicas perante o Tribunal de Contas. *Controle Externo*: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 121-133, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revcontext.tce.go.gov.br/index.php/context/article/view/50>. Acesso em: 19 fev. 2024.

ROCHA, Joaquim Freitas; GOMES, Noel. Da responsabilidade financeira. *Scientia Jurídica*, Minho, t. 61, n. 329, p. 293-316, maio/ago. 2012. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/51205>. Acesso em: 19 fev. 2024.

SANTOS, Sérgio Honorato dos; SANTOS, Yaisa A. Honorato dos. O instrumento de delegação de competência não retira a responsabilidade de quem a delega. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 25, n. 9, p. 617-623, set. 2009.

SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. *Controlo financeiro público e responsabilidade financeira*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2015. Disponível em: https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/1841/1/Relat%C3%B3rio%20Profissional%20Rute%20Serra%20_%2000%20Controlo%20Financeiro%20P%C3%BAblico%20e%20A%20Responsabilidade%20Financeira.pdf. Acesso em: 19 fev. 2024.

TÁCITO, Caio. Delegação de competência. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 15, p. 155-156.

YIN, Robert K. *Pesquisa qualitativa do início ao fim*. Tradução de Daniel Bueno. Porto Alegre: Penso, 2016. (Métodos de Pesquisa).

Nota

Este artigo baseou-se em dissertação apresentada por um dos autores em 2023 no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Democracia militante: uma crítica à proposta de defesa da democracia contra suas próprias bases

Militant democracy: a critique to the proposal of defense of democracy against its own bases

Isadora de Oliveira Silva¹

Resumo

Em 2022 ganhou relevância no Brasil o debate acerca da *democracia militante*, conceito cunhado por Karl Loewenstein para pensar o mecanismo de defesa das democracias constitucionais contra as ofensivas fascistas. Sem pretender apresentar uma discussão nova, busca-se, neste artigo, entender, por meio de revisão bibliográfica, os argumentos que sustentam esse conceito e sua relação com a democracia liberal. Após a análise crítica desses argumentos, desenvolve-se a hipótese de que a democracia militante é um arranjo institucional próximo do que caracteriza a democracia iliberal e, nessa medida, sujeita a democracia liberal ao risco de ruptura, a depender de quem a adota. Conclui-se que, na perspectiva democrática liberal, é frágil a doutrina da democracia militante.

Palavras-chave: democracia militante; Karl Loewenstein; democracia liberal; democracia iliberal; iliberalismo.

Abstract

In 2022, the debate about *militant democracy*, a concept coined by Karl Loewenstein to consider the defense mechanism of constitutional democracies against fascist attacks, gained relevance in Brazil. Without intending to present a new discussion, we seek to understand, through a bibliographic review, the arguments that support this concept and its relationship with liberal democracy. After critically analyzing these arguments, we develop the hypothesis that militant democracy is an institutional arrangement close to that which characterizes illiberal democracy and, to this extent, exposes liberal democracy to

¹ Isadora de Oliveira Silva é mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professora de Filosofia do Direito do programa de graduação em Direito da UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; coordenadora de ações sociais do Ministério da Igualdade Racial, Brasília, DF, Brasil. E-mail: isadoraoliveira093@gmail.com

the risk of rupture. We conclude that, from a liberal democratic perspective, the doctrine of militant democracy is fragile.

Keywords: militant democracy; Karl Loewenstein; liberal democracy; illiberal democracy; iliberalism.

Recebido em 22/9/23

Aprovado em 19/2/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p255

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

Há certo consenso entre juristas e cientistas políticos de que, ao menos desde o início da segunda década do século XXI, a democracia tem sofrido um processo de fragilização ao redor do mundo. Com efeito, tal quadro apresenta-se – ou apresentou-se – em países como Brasil, EUA, Hungria e Polônia, entre outros, onde ganharam protagonismo na esfera política movimentos estruturados por uma retórica perigosa do ponto de vista democrático liberal. Para muitos autores, como Rosenblatt (2022), há indícios de que a democracia está em crise.

Assim como outros pensadores políticos contemporâneos, Wagrandl (2022) constata que, em diferentes democracias ocidentais, tem-se disseminado uma política nacionalista e reacionária, guiada por líderes autoritários, antipluralistas e anti-institucionalistas, que valorizam a identidade e a homogeneidade; e, com estratégias populistas e apelo conservador religioso, têm angariado apoio popular (Müller, 2016; Sajó, 2012). Alcançando o governo desses Estados, tais forças legitimam-se institucionalmente pela via eleitoral – democraticamente, portanto –, apesar de seu discurso sustentar-se em bases pouco comprometidas com a democracia, seus princípios e instituições (Morlino, 2022). No caso brasileiro, exemplos disso são os frequentes ataques do então presidente da República, Jair Bolsonaro, ao Supremo Tribunal Federal (STF) e à credibilidade das urnas eletrônicas.

Segundo Wagrandl (2022), os arranjos constitucionais e os movimentos políticos que têm dominado nesses Estados enquadram-se nas premissas e propostas da chamada *teoria*

² SILVA, Isadora de Oliveira. Democracia militante: uma crítica à proposta de defesa da democracia contra suas próprias bases. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 243, p. 255-278, jul./set. 2024. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p255. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/243/ril_v61_n243_p255

³ Silva, I. de O. (2024). Democracia militante: uma crítica à proposta de defesa da democracia contra suas próprias bases. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(243), 255-278. https://doi.org/10.70015/ril_v61_n243_p255

democrática iliberal. Como apontam Drinóczi e Bień-Kacała (2021), de alguma maneira tais líderes atuam dentro da institucionalidade e da legalidade liberal, mas minam suas bases adotando medidas autoritárias. Em resposta a isso, segundo Stahl e Popp-Madsen (2022), tem-se desenvolvido também nesses Estados saídas institucionais e jurídicas destinadas a reduzir o poder e a influência política de líderes e movimentos populistas, para tentar conter o avanço da extrema-direita e evitar que a democracia liberal perca ainda mais força e espaço.

Os remédios que têm sido adotados para combater as tendências antidemocráticas são definidos como *modelos neomilitantes*⁴. Trata-se de uma retomada das estratégias previstas pela doutrina da democracia militante idealizada no século XX para salvaguardar a democracia liberal em contextos em que se encontre em risco. Adaptada ao atual cenário político, essa retomada tem despertado o interesse de aplicadores do Direito que a ela têm recorrido para proteger a democracia do autoritarismo (Stahl; Popp-Madsen, 2022; Müller, 2016; Malkopoulou, 2019).

Num contexto de profusão de ameaças antidemocráticas, apontam Stahl e Popp-Madsen (2022), tais estratégias preveem tanto restrições no acesso à esfera política, como as proibições partidárias, quanto limitações a direitos individuais e políticos no período eleitoral e fora dele, além do fortalecimento de instituições politicamente independentes, como tribunais constitucionais. Segundo os autores, nessas circunstâncias o regime democrático fica mais exposto devido às vulnerabilidades inerentes à sua própria estrutura filosófica e institucional, fundamentada em valores como o pluralismo, a liberdade e a igualdade políticas, que permitem a participação no campo de disputa política de uma variedade de perspectivas, inclusive as que visam miná-lo. Essa conformação põe em dúvida a capacidade do regime democrático de defender a si mesmo, o que acarreta a necessidade de se criarem mecanismos capazes de fazê-lo (Stahl; Popp-Madsen, 2022; Stone, 2019).

Os métodos neomilitantes são uma retomada da doutrina da democracia militante, pensada no início do século XX para confrontar as ameaças à democracia liberal impostas pela forma de autoritarismo que então se estabeleceria, sobretudo na Europa. Naquele momento, autores comprometidos com a defesa da democracia, como Karl Loewenstein, por reconhecerem suas fragilidades, buscaram estratégias para contornar essas ameaças.

Em 1937, Loewenstein (1937a, 1937b) escreveu um texto intitulado *Militant democracy and fundamental rights*, em que sugere medidas a serem tomadas pelas democracias constitucionais⁵ para protegê-las do fascismo. O autor explica o que caracteriza o fascismo – suas propostas e estratégias –, aponta as bases filosóficas e institucionais da democracia liberal e desenvolve o conceito de *democracia militante*, que abarca uma série de posturas e medidas que supõe necessárias para a defesa do regime democrático.

⁴ Malkopoulou (2019) destaca que o conceito tem sido usado por vários autores.

⁵ Neste artigo adota-se a perspectiva de que a democracia e o constitucionalismo não são necessariamente liberais; é possível, pois, falar-se em democracias constitucionais liberais e iliberais. Para evitar problemas interpretativos, a expressão *democracia constitucional* aqui se refere à democracia constitucional liberal.

Entende-se aqui que tais propostas, porém, flertam com a lógica autoritária que Loewenstein (1937a, 1937b) deseja derrubar. O autor não ignora esse fato, mas afirma que a democracia pode vencer o fascismo apenas se tornar flexíveis suas próprias bases filosóficas e adotar as ferramentas de seu antagonista. Como se argumenta a seguir, considera-se que a proposta do autor contraria as bases da democracia liberal; mais do que do fascismo, aproxima-se daquilo a que este estudo se refere como *iliberlalismo* ou *modelo democrático iliberal* – mais especificamente de suas estratégias e valores.

Em linhas gerais, com base na leitura de Drinóczki e Bień-Kacała (2021), o iliberlalismo pode ser definido como a lógica que contraria o liberalismo e seus fundamentos e, sem postular sua total eliminação, afirma valores e procedimentos que permitem qualificá-lo como uma espécie de antessala do fascismo. Ele pode ser pensado como um construto teórico, uma racionalidade ou uma prática que, do ponto de vista político, não derruba o liberalismo por completo, mas o fragiliza por meio dos próprios mecanismos da democracia liberal. Neste estudo será usado como marco teórico o pensamento dos autores mencionados sobre os conceitos *iliberlalismo*, *democracia iliberal* e *constitucionalismo iliberal*.

A democracia iliberal não se define como fascista tampouco como liberal; nela conjugam-se elementos antidemocráticos característicos do fascismo e da democracia liberal (Drinóczki; Bień-Kacała, 2021). Em virtude dos acenos à racionalidade autoritária, sustenta-se neste estudo que as medidas propostas pela lógica da democracia militante a aproximam da democracia iliberal. Parte-se da concepção de que entre ambas existe certa convergência metodológica. Contudo, essa aproximação não implica identificar a democracia iliberal com o fascismo, pois este confronta integralmente a democracia liberal e suas instituições; não prevê, como o faz a democracia iliberal, manter instituições e procedimentos democráticos mínimos. O fascismo é inteiramente antagônico à democracia liberal, diferentemente da democracia iliberal.

Isto posto, apresenta-se inicialmente, neste artigo, o conceito de *democracia militante* de Loewenstein, bem como sua visão do fascismo como um problema e suas reflexões acerca de seu processo de dominação sobre as democracias constitucionais. Em seguida, expõe-se a sua proposta da democracia militante e apresenta-se uma definição do que se entende por iliberlalismo em geral e democracia iliberal em particular, suas bases e propostas.

Depois de se comentar sobre como a arquitetura política da democracia iliberal confronta as bases e os procedimentos da democracia liberal, conclui-se que os métodos da democracia militante não se distanciam muito dos que caracterizam a democracia iliberal – ou iliberlalismo político. Por essa razão, ainda que pretendam proteger a democracia liberal, comprometem a integridade do regime democrático liberal e seus valores.

2 A democracia militante de Karl Loewenstein

Antes da Segunda Guerra Mundial, Loewenstein já reconhecia que o fascismo não era um movimento isolado e localizado, mas de organização transnacional e em expansão mundial. Segundo o autor, com um padrão variado de organização política, pode assumir a forma de ditaduras unipartidárias – sem pretensões representativas – ou pluripartidárias – com o objetivo de aparentar a manutenção das instituições parlamentares (Loewenstein, 1937a). O autor especifica as características gerais de governos autoritários e ditatoriais, retirando-as do que chama de *fórmula empírica*. Pela “supressão do governo constitucional pelo governo emocional”, ditaduras anulam o Estado de Direito em nome da “razão de Estado”; mitigam os direitos individuais e fazem com que a esfera pública seja regida, não pela regra da legalidade constitucional, mas por “um comando incontestável” (Loewenstein, 1937a, p. 418, tradução nossa).

Tais formas de Estado e governo, explica, exercem seu poder de forma autoritária controlando tanto a opinião pública quanto a máquina governamental e podem até mesmo sustentar que assim atuam para combater o fascismo. Contudo, explica Loewenstein (1937a), entendem que o uso da força e da violência não pode ser seu único recurso para exercer o poder. Por esse motivo, enraízam a “força coesiva do Estado ditatorial e autoritário” no que chama de *emocionalismo*, lógica que substitui a prevalência dos valores da legalidade e da segurança jurídica (Loewenstein, 1937a, p. 418, tradução nossa).

Segundo Loewenstein (1937a), desenvolvem-se várias técnicas eficazes e padronizadas para mobilizar o *emocionalismo* como estratégia política de fortalecimento popular e de legitimação. Dentre essas técnicas destaca-se o entusiasmo nacionalista e sobretudo a coerção psíquica permanente, que pode chegar à intimidação e ao terrorismo psicológicos (Loewenstein, 1937a, p. 418), elementos que evidenciam a grande diferença entre o método emocional e o constitucional de governo. Ao contrário do primeiro, convém comentar, o governo constitucional, que define o Estado de Direito, é organizado pelo que Kelsen (2000) chama de *racionalidade técnica* ao enumerar os pressupostos do desenho ideal da democracia parlamentar. Para Loewenstein, mesmo num Estado de ampla tradição democrática, a irracionalidade fascista pode dominar o campo político e implodir essa tradição⁶. E o fascismo, comenta, não cresce e toma o poder escondido: ele o faz publicamente, pois seus ideais e sua força precisam da publicidade para que o movimento cresça e possa difundir massivamente o discurso emocional.

Apesar de serem uma ameaça à democracia, aponta, grupos e partidos fascistas podem existir aberta ou secretamente em Estados comprometidos com o Estado de Direito.

⁶ Segundo aponta, são múltiplos os fatores que podem levar uma população a aderir ao fascismo, uma vez que também são diversos o caráter, a história, a tradição e a estrutura econômica de cada uma delas. Sob um “impulso missionário”, explica, o fascismo, encontra terreno fértil para ser implementado tanto em nações econômica e politicamente frustradas, quanto em outras com ampla tradição democrática (Loewenstein, 1937a).

Loewenstein (1937a, p. 421, tradução nossa) afirma que, como movimento internacional, seus ingredientes programáticos e ideológicos mais comuns são:

o ódio ao comunismo e seus semelhantes, ao marxismo, e ao socialismo; o antisemitismo⁷ [...] ; hostilidade aos maçons, pacifistas, e organizações internacionais similares; o princípio da “liderança” e a abolição da democracia liberal e suas instituições; uma espécie nebulosa de corporativismo; limpeza geral da casa sob slogans de “regeneração” e “renovação”; nacionalismo desenfreado. Recrutas são, normalmente, retirados da classe média deprimida, de algumas seções da intelligentsia, e a maioria deles da juventude, com uma boa quantidade de oficiais do exército aposentados e políticos descontentes⁸.

Para o autor, o fascismo é antes de tudo uma técnica política, e não uma ideologia ou uma filosofia, mas “a técnica política mais efetiva da história moderna” (Loewenstein, 1937a, p. 423, tradução nossa). Ele quer simplesmente governar: mediante promessas vagas e ideias como liderança, ordem e disciplina, opõe-se ao parlamentarismo e à corrupção, ao caos e ao egoísmo que afirma estarem implicados na política representativa.

Escolhem-se objetos específicos a serem combatidos, como ocorreu com os judeus; mobiliza-se um forte aparelho de propaganda contra alvos fáceis; repetem-se incessantemente declarações e simplificações exageradas; jogam-se parcelas da população umas contra as outras. Tudo isso por meio de técnicas emocionais de cujo funcionamento seu próprio instrumento – as massas – não pode conscientizar-se.

Como explica o autor (Loewenstein, 1937a, p. 425)⁹, as “massas emocionais” não podem perceber que são apenas dirigidas por cálculos racionais de uma técnica emocional, disfarçada em diferentes pretextos e num estimulado sentimento de grupo, de “camaradagem mística”. Na sua perspectiva, “uma vez que o caráter de fascismo revolucionário como técnica para destruir a democracia emocionalmente seja reconhecido, parte de seu feitiço é quebrado” (Loewenstein, 1937a, p. 428, tradução nossa).

Alerta o autor que o fascismo consegue ser bem-sucedido nas condições permitidas pela própria democracia liberal e suas instituições; é perfeitamente adaptável a ela, em virtude da sua tolerância, princípio mobilizado contra ela mesma, para sua própria destruição. Tudo sob o resguardo de direitos fundamentais e do Estado de Direito:

⁷ Quanto a este último, o autor excetua a Itália.

⁸ No que diz respeito à liderança, afirma, preferem-se trabalhadores comuns a intelectuais, não muito diferentes dos demais recrutas.

⁹ Um dos apelos emocionais mobilizados pelo fascismo é a progressiva transformação do movimento e do partido em instituições semimilitares, em “milícias partidárias ou exército privado do partido” (Loewenstein, 1937a, p. 424, tradução nossa). Sob a alegada necessidade de autoproteção, forma-se um corpo equipado com aparato militar, desde a hierarquia militar ao uso de uniformes, símbolos e armas, úteis para demonstrar força e constranger cidadãos.

Até muito recentemente, o fundamentalismo democrático e a cegueira legalista não estavam dispostos a reconhecer que o mecanismo da democracia é o cavalo de Troia mediante o qual o inimigo entra na cidade. Ao fascismo disfarçado de partido político legalmente reconhecido foram concedidas todas as oportunidades das instituições democráticas (Loewenstein, 1937a, p. 424, tradução nossa).

Com isso, Loewenstein (1937a) sugere o argumento-chave de seu texto: o de que seria impossível a um regime democrático proibir a manifestação pública de uma opinião – inclusive em ambiente parlamentar – e o uso das instrumentalidades do fascismo, sem negar seu próprio fundamento. Essa realidade, assim como a da prevalência da legalidade para a democracia, é conhecida e explorada por expoentes fascistas, que “sistematicamente desacreditam a ordem democrática e a tornam inoperante pela paralisação de suas funções até que reine o caos” (Loewenstein, 1937a, p. 424, tradução nossa).

O fascismo, assim, estabelece-se como movimento legal e democraticamente legítimo com base no “exagerado formalismo” do Estado de Direito, que reconhece a igualdade formal de todas as expressões políticas, inclusive a dos partidos e movimentos que negam as regras do jogo democrático. A ameaça contra as instituições torna-se inequívoca quando a

[d]esobediência contra as autoridades constituídas naturalmente se transforma em violência, e a violência se torna uma nova fonte de emocionalismo. Os conflitos com o Estado – inevitáveis quando essa fase da agressividade ativa é alcançada – aumenta o sentimento comum de perseguição, martírio, heroísmo e vida perigosa tão próximo da violência legalizada durante a guerra [...]. Por último, mas não menos importante, o exército do partido desenvolve-se numa competição potencial com as forças armadas regulares no caso de um golpe de Estado que invariavelmente ocorre quando o período de pretensa legalidade atinge seu objetivo de minar as forças de resistência (Loewenstein, 1937a, p. 425, tradução nossa).

Diante desse cenário, o autor alerta que, tal como o absolutismo monárquico não resistiu à ascensão da democracia liberal, tampouco esta conseguirá resistir à força do movimento fascista, se ele for um “espírito” como os que naturalmente se apresentam no mundo, de tempos em tempos, transformando-o em algo diferente. Seria uma luta contra uma mudança histórica que aconteceria em algum momento, como se o fascismo fosse o novo modelo de governo a dominar as sociedades, depondo a democracia liberal.

Para Loewenstein (1937a, p. 422, tradução nossa), “a propaganda fascista foi bem-sucedida em instalar sua crença nas massas e, como qualquer crença, ela não pode ser questionada”. No entanto, ressalva, se não for uma “chama espiritual atravessando as fronteiras, o fascismo é apenas uma técnica para ganhar e deter o poder, em nome do poder somente, sem aquela justificação metafísica que pode vir apenas de valores absolutos” (Loewenstein, 1937a, p. 422, tradução nossa).

De uma forma ou de outra, segundo o autor, “se está convencida de que ainda não realizou completamente sua destinação, a democracia deve adotar uma técnica que sirva apenas ao propósito do poder” (Loewenstein, 1937a, p. 422, tradução nossa). Entre as alternativas possíveis, explica Maddox (2021), não se descarta o manuseio de métodos antidemocráticos. É nesse ensejo e sentido que Loewenstein (1937a, 1937b) afirma que a democracia deve ser militante.

2.1 A estratégia da democracia militante

Com base no diagnóstico do fascismo como técnica política e de sua forma de implementação nos Estados, Loewenstein (1937a) pensa em maneiras de combatê-lo e aponta como primeira alternativa para desmontá-lo ou enfraquecê-lo o uso da sua própria técnica, isto é, de mecanismos emocionais. Segundo Stahl e Popp-Madsen (2022, p. 313), o autor sugere com isso que a democracia liberal deixe de ser um ideal para ser “uma espécie de regra política” para combater movimentos autoritários. Assim, para derrotar o fascismo seria necessário usar *ideias* de forma emocional:

o principal obstáculo à defesa contra o fascismo é o próprio fundamentalismo democrático. A democracia defende direitos fundamentais, jogo justo para todas as opiniões, liberdade de expressão, de assembleia, de imprensa. Como ela poderia se dedicar a reduzi-lo sem destruir a própria base de sua existência e justificação? (Loewenstein, 1937a, p. 430, tradução nossa).

No entanto, explica, as democracias constitucionais não poderiam fazê-lo, em virtude de uma incompatibilidade essencial: o fascismo define-se como uma técnica política emocional, ao passo que a democracia liberal adota uma técnica estritamente racional e formalista. Assim, para não se contradizer, o governo constitucional só poderia apelar à razão, prevista em seus próprios limites políticos e legais, de modo que a defesa da democracia pode dar-se unicamente dentro desses contornos. Para o autor, a maneira ideal para se combater o fascismo seria a via legislativa. Assim, a instituição a assumir essa empreitada seria o parlamento e seus agentes – os parlamentares e seus respectivos partidos. Ali, concebe, seria criada uma legislação antifascista, de modo a minar os elementos emocionais do fascismo facilmente identificáveis em virtude do caráter padronizado de sua estratégia.

Contudo, essa expectativa otimista do autor pode prejudicar o arranjo institucional e filosófico da democracia liberal, na medida que os legisladores não têm necessariamente o compromisso de defender esse modelo e podem até mesmo ter convicções que lhe fazem oposição. Além disso, como aponta Stone (2019, p. 38, tradução nossa), “os políticos, afinal, não são anjos, e os atores políticos estabelecidos podem usar medidas militantes contra os recém-chegados à cena política, não para combater o extremismo ou preservar a democracia, mas para se fortalecer, restringindo formas legítimas de competição”.

Loewenstein (1937a) não faz essa ressalva. No entanto, assevera que a ordem democrática liberal e as Constituições são pensadas para funcionar em tempos normais, com mecanismos regulares, a serem operacionalizados por agentes que, segundo acredita, se respeitam reciprocamente dentro dos limites por eles impostos. Todavia, sob a ameaça e o domínio fascistas, “a legalidade tira férias” porque a democracia está em guerra (Loewenstein, 1937a, p. 432). Desse modo, em nome da proteção da democracia liberal justificar-se-ia um processo legislativo menos rigoroso em relação a algumas premissas do Estado de Direito; seria necessário endurecer os métodos de defesa da democracia, que poderiam ser adotados à margem da lei (Loewenstein, 1937a, p. 432).

Furedi (2022, p. 621, tradução nossa) elucida que, para o autor, a democracia militante pode ser definida como “uma forma de governança que conscientemente usa instrumentos antidemocráticos para proteger a constituição liberal da ameaçaposta pelo emocionalismo da mentalidade popular”. Por sua vez, Stone (2019) comenta que o autor idealizou esse conceito a fim de propor uma ferramenta útil para o combate ao crescimento de partidos políticos extremistas e antidemocráticos.

Com efeito, no entendimento de Loewenstein (1937b), tempos anormais, emergenciais, justificam a tomada de atitudes questionáveis do ponto de vista constitucional. Para o autor, em virtude da guinada fascista nas democracias constitucionais, seria preferível a paz totalitária, pela via da suspensão de direitos e garantias constitucionais, à guerra totalitária (Loewenstein, 1937b). Preferir-se-ia, assim, o que o autor chama de “democracia autoritária”, “disciplinada” (Loewenstein, 1937b) – ou “forte”, na explicação de Maddox (2021) –, que aposta numa forte produção legislativa, exercida por “poderes legislativos emergenciais” (Loewenstein, 1937b, p. 640, tradução nossa).

Como produto dessa atividade, admitir-se-iam normas que relativizassem a garantia de direitos fundamentais, tais como – explica Maddox (2021, p. 46) – a ‘igualdade formal’ da representação política proporcional”. Para Loewenstein (1937a), esses direitos podem ser suspensos temporariamente para que seja possível governar sem a ameaça do fascismo: é preferível que os direitos fundamentais não sejam absolutos a tê-los incondicionalmente garantidos e abrir terreno para a implantação de uma racionalidade fascista na esfera pública e no Estado. Um governo fascista, explica, suprimiria qualquer tipo de direito fundamental. Para evitar esse estado de coisas, a democracia “deve estar à altura das exigências do momento, e todo esforço possível deve ser feito para resgatá-la, mesmo sob o risco e custo de violar princípios fundamentais” (Loewenstein, 1937a, p. 432, tradução nossa). Desse modo, para o autor, os elementos que sustentam um regime democrático não são absolutos – podem ser relativizados para a preservação de sua sistemática maior.

Loewenstein, importa dizer, não defende propriamente a suspensão total da legalidade e da legislação (o que ele afirma ocorrer em tempos de guerra), mas o afastamento de princípios considerados absolutos em tempos normais, para defender a democracia contra seus oponentes, que sabotam estrategicamente as instituições legislativas. Ele critica o que chama de “fundamentalismo democrático”, que mantém a proteção de direitos

fundamentais ainda que isso permita um exercício abusivo de liberdades, para “vilipendiar, difamar, caluniar e, por último, mas não menos importante, ridicularizar o próprio Estado democrático, sua política, instituições e personalidades” (Loewenstein, 1937b, p. 652, tradução nossa). De acordo com o autor, para a proteção da democracia é cabível e desejável a criação de normas que contrariam, em determinados pontos, a própria democracia; dessa maneira, ele legitima a possibilidade de uma legalidade constitucional, na medida em que permite certa fragilização da democracia e da constitucionalidade a uma só vez, em nome da proteção de ambas.

Nesse contexto, Loewenstein considera que mais que proibir a existência de partidos com inclinações fascistas, é necessário eliminar as condições de sua existência. Para isso, elenca algumas medidas com base em exemplos de condutas assumidas por diferentes democracias que foram postas diante desse mesmo inimigo. Em primeiro lugar, aposta no endurecimento do Direito Penal por meio da previsão, por exemplo, da possibilidade de decretar um estado de sítio, a fim de legitimar eventual e rigorosa punição a intentos fascistas; em segundo lugar, afirma que a medida mais eficaz é a proibição de movimentos subversivos, a ser efetivada por um poder discricionário atribuído ao governo ou a supremas cortes (Loewenstein, 1937b).

Além disso, sustenta a importância de se redigir legislação contra a “formação de exércitos paramilitares privados de partidos políticos” (Loewenstein, 1937b, p. 648, tradução nossa) e contra o uso público de uniformes e símbolos políticos, com o intuito de coibir a estratégia da propaganda fascista; e defende a proibição de treinamentos militares e de manipulação de armas – da fabricação ao uso efetivo – por pessoas não autorizadas. Também argumenta sobre a relevância de se preverem legalmente medidas contra o “abuso das instituições parlamentares pelo extremismo político” (Loewenstein, 1937b, p. 650, tradução nossa) e os excessos de conflitos políticos. Para evitá-los, considera conveniente a eventual prescrição de severas restrições à liberdade de assembleia. Assim, quando a democracia estiver sob ataque, propõe que os Estados assumam a tarefa de

restringir a liberdade de opinião pública, expressão e imprensa, a fim de verificar seu uso ilegal por propaganda revolucionária e subversiva, quando o ataque se apresenta sob a forma de crítica política legal das instituições existentes. Atos abertos de incitação à sedição armada podem ser facilmente esmagados, mas o vasto arsenal da técnica fascista inclui as armas mais sutis de caluniar, difamar e, por último, mas não menos importante, ridicularizar o próprio Estado democrático, suas instituições políticas e personalidades de destaque (Loewenstein, 1937b, p. 652, tradução nossa).

Dentre as medidas que considera possíveis, destaca a redação de leis que proíbam a circulação de “falsos rumores” e de denúncias e campanhas difamatórias contra o presidente da República em exercício e os próprios símbolos democráticos republicanos em particular (Loewenstein, 1937b, p. 653); a sanção à exaltação pública de criminosos; e a

proibição de propaganda política nas forças armadas e de envolvimento de militares em atividades político-partidárias. Segundo Alviar García e Frankenberg (2022, p. 168, tradução nossa), modelos de democracia militante convergentes com a concepção de Loewenstein, “concedem ao executivo – e em alguns países também a tribunais constitucionais e parlamentos – amplos poderes de vigilância e repressão, o direito de proibir ou limitar a oposição política e a competição”.

Segundo o autor alemão, essa doutrina incentiva a formação e o treinamento de uma polícia política “especialmente selecionada”, capaz de “descobrir, reprimir, supervisionar e controlar atividades e movimentos antidemocráticos e inconstitucionais” (Loewenstein, 1937b, p. 655, tradução nossa). Essa força policial seria ajudada pelos cidadãos, cuja não colaboração – por se absterem de denunciar atividades subversivas de que tenham conhecimento – poderia ser passível de sanção. Por fim, declara ser importante que o Estado preveja regulações policiais e administrativas para se proteger contra influências fascistas estrangeiras.

Enfim, Loewenstein (1937b) opõe-se ao que chama de *fundamentalismo democrático*, preso à salvaguarda absoluta de direitos e garantias fundamentais, por considerá-lo incapaz de combater o fascismo, que deve ser debelado com a mesma força com que ataca a democracia. Como explica Maddox (2021), o autor adota um conceito particular de democracia, que entende dever ser redefinida, sem, porém, abandonar os ideais do governo liberal da dignidade humana e da liberdade (Loewenstein, 1937b, p. 658).

Para o autor, a democracia militante não deve ser otimista e acreditar que a aposta na via legislativa afasta todas as ameaças. Ela deve valer-se de outros recursos e permitir-se ser, em alguma medida, autoritária, seja transformando “as técnicas parlamentares tradicionais”, seja realizando reformas constitucionais (Loewenstein, 1937b, p. 657). No entanto, como ressalva Maddox (2021), de todos esses recursos – parlamentares ou não – não lhes pode ser retirado o caráter autoritário. Ainda que essas medidas de emergência sejam supostamente temporárias, as perguntas que ao final parecem carentes de resposta recaem sobre a existência de limite para a ressignificação da democracia e, por conseguinte, sobre a possibilidade de que ela passe a assumir o sentido oposto ao do modelo democrático dominante no Ocidente, sobretudo desde a segunda metade do século XX – o da democracia liberal.

Como critica Maddox (2021), Loewenstein parte da condenação do autoritarismo fascista e termina propondo uma contradição: a democracia autoritária. Questiona-se, pois, se a democracia militante não levaria à fragilização a democracia liberal a ponto de esta quase perder seu sentido e aproximar-se da sistemática da democracia iliberal.

3 A democracia iliberal e suas propostas

O *iliberlalismo*, conceito tão amplo quanto o *liberalismo*, pode ser definido sob diferentes formas e ópticas. Segundo Drinóczki e Bień-Kacała (2021), manifesta-se nos campos político, econômico e social, entre outros; para o presente estudo, interessa o primeiro deles.

Sajó, Uitz e Holmes (2022) explicam que iliberalismo não é o mesmo que *antiliberalismo*, o qual é a negação do liberalismo – uma mentalidade de reação programática a ele. Vê no liberalismo a origem da “crise moral contemporânea da sociedade, um mal que resulta na morte econômica, cultural e política etc.”; não deseja reparar esse “fluxo fatal”, mas “eliminá-lo” (Sajó; Uitz; Holmes, 2022, p. xxiii, tradução nossa). O iliberalismo, por sua vez, ignora os valores liberais institucionalizados. Trata-os com indiferença, tem a intenção de se consolidar no Estado e implantar sua racionalidade em

práticas políticas de governo e relações sociais na economia e na cultura. Em suma, o iliberalismo moderno não é uma ideologia abrangente ou aglutinadora: não oferece uma visão coerente da sociedade, apresentando em seu lugar gritos de guerra fragmentados como livrar-se de elites e especialistas e tornar a nação grande (de preferência, grande novamente) (Sajó; Uitz; Holmes, 2022, p. xxiii, tradução nossa).

Escrevendo sobre a história do iliberalismo, Rosenblatt (2022) aponta que o termo, nascido no século XIX, desenvolveu-se paralelamente à ideia do liberalismo¹⁰. Entre suas muitas definições, adota-se neste estudo como marco teórico principal a leitura de Drinóczki e Bień-Kacała (2021, p. 35, tradução nossa), que usam o termo *iliberlal* para “qualificar tanto o constitucionalismo quanto um de seus componentes, a democracia”. A democracia iliberal – explicam – situa-se numa espécie de meio-termo teórico, uma vez que conjuga elementos de lógicas políticas antagônicas. A escolha desses autores justifica-se por caracterizarem a estrutura político-jurídico-institucional da democracia iliberal, refletirem sobre a sistematização usada para atravessar as democracias constitucionais, bem como pela profundidade da distinção entre o conceito por eles elaborados e os desenvolvidos por outros autores para pensar realidades semelhantes, o que permite a diferenciação entre seus objetos¹¹.

¹⁰ Ambos “usados para descrever princípios políticos associados com a Revolução francesa” (Rosenblatt, 2022, p. 16-17, tradução nossa).

¹¹ Segundo os autores, expressões como *legalismo autocrático*, de Kim Lane Scheppelle, *constitucionalismo populista*, de Paul Blokker, e *quebra constitucional, sistema antidemocrático, autocracia plebiscitária e autoritarismo populista*, de Wojciech Sadurski, entre outras variações, descrevem objetos diferentes daquela arquitetura política que definem como iliberalismo (Drinóczki; Bień-Kacała, 2021, p. 17, tradução nossa). Na sua perspectiva, esses termos, por vezes, são impróprios para definir certas situações em que o autoritarismo atravessa o constitucionalismo. A exemplo do conceito de *constitucionalismo populista*, que, segundo os autores, não descreve uma nova modalidade de constitucionalismo. No seu entendimento, o populismo é algo presente no constitucionalismo como uma de suas bases sociológicas. A análise e a confrontação desses conceitos são parte do esforço dos autores em individualizar e defender que o sentido que atribuem ao termo *iliberlalismo* é o melhor para delimitar um conjunto específico de fatores que consubstanciam a democracia e o constitucionalismo iliberais.

3.1 A democracia iliberal e sua relação com o liberalismo

Segundo Drinóczi e Bień-Kacała (2021), o iliberalismo é uma racionalidade e uma estratégia política que desafia o liberalismo – a democracia e o constitucionalismo liberais –, flerta com o extremismo antipolítico, com a autocracia, mas não chega a concretizá-la.

Essa racionalidade consubstancia-se em práticas que se valem do liberalismo para comprometer suas bases, sem ser inteiramente incompatível com ele; alimenta-se do liberalismo, mas não o anula. Usa, força ou desafia seus fundamentos, mas não chega a suspendê-lo absolutamente, como ocorre na instauração de regimes autocráticos. O iliberalismo mantém institutos próprios do liberalismo político, mas estressa sistematicamente sua manutenção. Na democracia e no constitucionalismo liberais,

- 1) executivos e legislaturas são escolhidos por meio de eleições abertas, livres e justas;
- 2) virtualmente, todos os adultos têm o direito de votar; 3) direitos políticos e liberdades civis são amplamente protegidos, inclusive a liberdade de imprensa, de associação, e a liberdade para criticar o governo sem represálias; e 4) autoridades eleitas detêm autoridade real para governar, na medida que não estão sujeitas ao controle tutelar de líderes militares ou clericais (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 29, tradução nossa).

Para os autores, o constitucionalismo não precisa ser liberal. Mais que uma ideologia, o constitucionalismo seria um amplo desenho, capaz de contemplar uma variedade de valores e perspectivas políticas – inclusive as iliberais. O constitucionalismo iliberal, por sua vez, seria uma forma do constitucionalismo liberal após um processo de deterioração rumo ao autoritarismo; não chega, porém, a concretizar um regime autocrático, em razão de restrições internas ao poder político que, apesar de fracas, ainda são remanescentes (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021). Nesse modelo de constitucionalismo, a democracia constitucional¹² existe apenas formalmente, não mais política, filosófica e substancialmente. Cria-se, em seu lugar, uma Constituição invisível; e o Estado é dominado pela racionalidade, pelos valores e pela legalidade da democracia iliberal, a qual antes de tudo significa que

os três pilares da antiga democracia constitucional (Estado de Direito, democracia e proteção dos direitos humanos) desgastaram-se de forma palpável. Os tribunais constitucionais estabelecidos para proteger as configurações do constitucionalismo liberal tornaram-se servidores dos políticos, em vez de guardiões da Constituição, e operam sob o conceito de judicialização iliberal da política. Quanto à política, “iliber” indica que o constitucionalismo iliberal pode ser estabelecido numa política suscetível a mudanças transformadoras numa direção menos liberal (iliber) (por exemplo, as pessoas estão mais dispostas a negociar suas liberdades) por manipuladores e populistas,

¹² Embora entendam que a democracia e o constitucionalismo não sejam necessariamente liberais, os autores falam em democracia constitucional quando se referem à democracia constitucional liberal.

retórica nacionalista expressa por um líder carismático. “Iliberal” também significa que existem práticas iliberais ligadas aos direitos humanos, como priorizar os direitos da comunidade (maioria) sobre os direitos das minorias, condicionar o reconhecimento dos direitos humanos ao cumprimento de deveres cívicos, uma visão comunitária, uma perspectiva menos igualitária (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 36, tradução nossa)¹³.

De acordo com os autores, existem tanto regimes quanto políticas iliberais. O regime iliberal estabelece-se quando um líder autoritário consolida o constitucionalismo iliberal no Estado, uma versão iliberal do Estado de Direito, definida como Estado de *legalidade iliberal* (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 38). Mantêm-se ações e disposições legislativas e constitucionais de caráter liberal, que conseguem limitar a atuação do governante¹⁴. Não se trata, pois, de uma autocracia: o regime ainda é democrático. Todavia, não existe apenas o modelo democrático liberal. Assim como o constitucionalismo, a democracia tampouco precisa ser liberal, conforme defendem diferentes autores. Contemporaneamente, Wagrandl (2022, p. 94, tradução nossa) afirma que “os liberais não detêm o monopólio da palavra *democracia*”; é possível um modelo iliberal de democracia, não legitimado pelo ponto de vista liberal. O liberalismo defende os “direitos humanos, a separação dos poderes, freios e contrapesos, e o Estado de Direito (incluindo, entre outros recursos, cortes independentes e a revisão judicial das ações do Estado)” (Wagrandl, 2022, p. 95, tradução nossa).

Para Drinóczi e Bień-Kacała (2021), o constitucionalismo iliberal é composto pela democracia iliberal, pelo “mau uso da linguagem dos direitos humanos” e pela concretização da legalidade iliberal. Com fundamento no ponto de vista defendido pelo líder populista autoritário e incorporado pela maioria legislativa que o legitima, passam a ser definidos aqueles que, considerados iguais, podem ser os sujeitos titulares de direitos. Cria-se como que uma teoria, um novo conceito de direitos humanos que diferencia “nós”, os “amigos”, os “bons sujeitos”, de “eles”, os “inimigos”, os “maus sujeitos”, com base num pensamento formalmente católico e cristão, intolerante, paternalista, excludente, misógino e que se opõe à diversidade (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021). Ainda se mantém certa defesa dos direitos humanos em seu sentido liberal pelos juízes, apesar da realidade que massivamente desincentiva a adoção dessa perspectiva. A racionalidade ali imperante não é a defesa de uma pluralidade de pessoas na condição de sujeitos a serem protegidos pelo Estado como

¹³ O iliberalismo “implica um novo patrimonialismo e clientelismo legalmente apoiado, e corrupção controlada pelo Estado, o que resulta na criação de uma ‘oligarquia corrupta’ ou estado mafioso. Líderes populistas acumulam riqueza e poder para si e suas famílias, seus clientes e seus partidos” (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 173, tradução nossa).

¹⁴ Essa compreensão não é um consenso entre os estudiosos do iliberalismo. Wagrandl (2022), por exemplo, adota um conceito amplo de *iliberismo*, capaz de conjugar democracia iliberal e fascismo, e entende que, na democracia iliberal, os líderes não condicionam suas ações a qualquer limite. Segundo o autor, o antipluralismo marcante dos atuais governos iliberais leva à ilimitação, e sua aversão à institucionalidade, à insubmissão a freios e contrapesos. Como ele, Dimitrijevic (2022, p. 121, tradução nossa), entre outros autores, entende que “[d]itadura, despotismo, tirania, autocracia, totalitarismo e autoritarismo são conceitos que identificam diferentes tipos de regimes iliberais”. Aqui, porém, diverge-se dessa leitura, e adota-se um sentido mais restrito do iliberalismo. Defende-se a leitura de Drinóczi e Bień-Kacała (2021): concebe-se que a ação ilimitada do governante é a marca de regimes antiliberais e antidemocráticos; autocráticos, portanto, como o fascista.

cidadãos igualmente humanos, mas a de diferenciação de pessoas. O constitucionalismo iliberal remodela suave e tranquilamente toda a democracia constitucional – isto é, o sistema constitucional liberal – pela difusão dos valores iliberais e o desmanche das estruturas e mecanismos da democracia constitucional (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021).

Segundo Drinóczi e Bień-Kacała (2021), na explicação de Dixon (2021, p. ix, tradução nossa), a implantação de regimes iliberais promove um “ataque sistemático a uma série de órgãos de supervisão independentes, incluindo tribunais, e um recuo dos compromissos liberais de inclusão, abertura e engajamento transnacional”, mas sem recair num “autoritarismo em grande escala ou num sistema de governo totalmente arbitrário”¹⁵. Para ele (Dixon, 2021, p. ix, tradução nossa), “tais sistemas não são nem total nem constitucionalmente democráticos; não têm um caráter totalmente autoritário, mas configuram uma forma híbrida de regime”¹⁶. Híbrida, porque se situa entre dois opostos, a democracia e o autoritarismo, o que implica sua caracterização como um modelo de governo de natureza “iliberal constitucional”, ou como um “constitucionalismo abusivo” (Dixon, 2021, p. x). É justamente esse hibridismo que impede dizer que o iliberalismo é o oposto do liberalismo e do constitucionalismo e da democracia liberais (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021). Dixon (2021, p. x, tradução nossa) comenta que o iliberalismo teria um compromisso com o Estado de Direito e com a democracia eleitoral, mas de forma superficial, porque manteria as instituições que sustentam esse modelo democrático e de Estado, mas fragilizaria o compromisso com o sistema de “freios e contrapesos necessários ao verdadeiro constitucionalismo”:

A expressão *constitucionalismo iliberal* capta, por um lado, um processo de “iliberização” (“autoritarização” ou autocratização) numa democracia, uma compreensão mais espessa da recessão ou erosão democrática, pois também indica um distanciamento dos valores liberais anteriormente aceitos e dos assuntos constitucionais. Por outro lado, significa um conceito no qual podemos encontrar certos constrangimentos e que é informado por uma identidade constitucional única (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 30, tradução nossa).

¹⁵ A respeito de como funcionam juridicamente as autocracias contemporâneas, Neves (2006) explica que nelas a regra é a sujeição do Direito à política, isto é, à vontade, ao poder, à lógica e às decisões políticas do líder autocrático, sem limitação pelo Direito. Em tais contextos, o Direito é inteiramente determinado pelo político. Trata-se da configuração oposta à que define o Estado de Direito, no qual a política se sujeita ao Direito, às regras constitucionais (Neves, 2006). Portanto, nas autocracias prepondera o poder político, ao passo que nas democracias impõe a autoridade do Direito. Diante disso, o constitucionalismo iliberal situar-se-ia entre ambos, onde não há o império do poder político nem o do Direito. Mesmo que prevaleça o político, este ainda é limitado pelo Direito.

¹⁶ A noção de *regime híbrido* para caracterizar o governo iliberal é trabalhada por Morlino (2022) para nomear a mesma sistemática que Drinóczi e Bień-Kacała (2021) denominam *democracia iliberal*. Em texto dedicado a explicar o que define como regime híbrido, o autor declara entender inapropriado usar *democracia iliberal* para conceituar regimes em que, entre outras características, “eleições, referendo e outras formas de participação eleitoral estão frequentemente presentes [...], mas apenas com papel legitimador das autoridades já incumbidas”, o que é agravado “pela manipulação de votos, fraude e repressão policial de uma sociedade civil não autônoma” (Morlino, 2022, p. 145, tradução nossa). No entanto, por se considerar aqui que a democracia iliberal não é antitética à democracia liberal, isto é, não é o seu oposto, entende-se ser cabível usar esse termo para definir a realidade que tanto Drinóczi e Bień-Kacała (2021) quanto Morlino (2022) discutem. O termo *democracia iliberal* é mais preciso que *regime híbrido*, pois qualquer regime que congregue elementos de diferentes regimes pode ser chamado de *híbrido*.

Drinóczi e Bień-Kacała (2021) defendem que o constitucionalismo e a democracia iliberais não são uma possibilidade meramente teórica; é possível o constitucionalismo ser iliberal. Nos Estados onde o iliberalismo opera, deterioram-se aos poucos os componentes do constitucionalismo e da democracia iliberais, como a base defensora dos direitos humanos de seus sistemas normativos. Segundo sustentam, é a natureza gradual dessa degradação – mantida em alguma medida – que os impede de se tornarem autocráticos. Tal fato é “um dos elementos do conceito *constitucionalismo iliberal*” (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 1, tradução nossa):

[O] apelo normativo do regime para a população poderia encontrar suas raízes mais numa identidade constitucional desequilibrada que anseia por um líder carismático do que numa filosofia política particular. Consequentemente, sugere-se também que esse apelo pode ser satisfeito pela aplicação de uma colcha de retalhos de ideologias na medida em que podem ser invocadas por um líder carismático para satisfazer às necessidades emocionais atuais da política. Isso, por sua vez, permite que o regime forme as características constitutivas do constitucionalismo iliberal, que são a legalidade iliberal, a democracia iliberal e a iliberalização dos direitos humanos (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 1-2, tradução nossa).

Com isso, discorrem, emerge um novo tipo de constitucionalismo (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 2), que assume a forma de uma legalidade iliberal: manipulam-se leis eleitorais e a linguagem dos direitos humanos, restringe-se sua defesa, modifica-se seu sentido; crescem as irregularidades eleitorais e tenta-se monopolizar a mídia. Contudo, apesar de todas essas fragilizações do constitucionalismo liberal, o modelo ainda se legitima como democrático por sustentar-se no voto popular. Assim, preservam-se algumas das bases liberais do regime democrático – como as eleições diretas e periódicas, as normas legais e constitucionais, e as instituições parlamentares e jurisdicionais –, mas impregnadas de valores essencialmente excludentes.

Logo, pode-se dizer que a relação entre o liberalismo e o iliberalismo não é de antagonismo: a democracia iliberal convive com a liberal e dota-a de uma estrutura política e jurídica contraditória e perigosa para sua preservação, pois encaminha-a para o autoritarismo e, lentamente, para a autocracia.

3.2 Democracia iliberal e fascismo

Existem significativas semelhanças entre a democracia iliberal e o fascismo, identificáveis na própria definição de cada um deles: ambos são formas políticas emocionais, populistas e autoritárias. Como define Sajó (2012, p. 562, tradução nossa), o fascismo é apenas “uma das formas de política emocional que se baseia em e abusa de direitos constitucionais e do processo democrático”. A democracia iliberal, como se tem mostrado até

aqui, é outra forma¹⁷. O autor entende que a preocupação específica de Loewenstein é com o fascismo, mas comenta que a

democracia militante tal como está não é uma teoria e prática geral de proteção da Constituição, mas pode ser percebida como um conjunto de medidas dirigidas contra o emocionalismo radical, uma técnica que pode ser relevante em todas as situações em que o emocionalismo toma conta do processo político (Sajó, 2012, p. 562, tradução nossa).

As semelhanças mais evidentes entre ambos são estruturais: como no fascismo, a democracia iliberal – explicam Drinóczi e Bień-Kacała (2021) – maneja a “política emocional”, rejeita qualquer oposição, reconhece validade apenas à vontade da maioria, que supostamente representa o Estado e o povo soberanos, cultiva uma visão conservadora de família, e exclui aqueles que não se conformam a essa estrutura.

Ela também dissolve a narrativa constitucional liberal que considera a todos sujeitos de direitos humanos, jurídica e politicamente iguais; dissolve igualmente a ideia de nação que inclua todos os cidadãos. Como ocorre no fascismo, a democracia iliberal conta com um líder “carismático, populista, nacionalista e autocrático, capaz de abordar e captar a identidade constitucional desequilibrada e, assim, oferecer visões e justificações com as quais as pessoas se identificam facilmente, ou que apelam à sua indiferença” (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 39, tradução nossa).

Apesar das semelhanças, as sistemáticas da legalidade iliberal e da arbitrariedade autocrática não se igualam. Drinóczi e Bień-Kacała (2021, p. 29, tradução nossa) destacam que, no processo de efetivação do regime iliberal autocrático – diferentemente do que ocorre em regimes autocráticos como o fascista – não se suspendem imediatamente integralmente as liberdades civis e os processos e instituições básicas da democracia liberal; ainda se mantém um substrato democrático, apesar da “ascensão do populismo nacionalista e [d]a orientação de valores da população, que está ligada às suas identidades nacionais e constitucionais”.

Com efeito, o populismo é um importante elemento comum entre o iliberalismo e o fascismo. Segundo Drinóczi e Bień-Kacała (2021, p. 31, tradução nossa), trata-se, em linhas gerais, de um “movimento, ideologia, visão de mundo, estilo de governo, ou uma retórica” que defende a ideia da existência de uma autoridade legítima que deve exercer o poder.

O populismo não é essencialmente negativo, explicam os autores; ele pode ser positivo desde que funcione como uma sistemática a favor da inclusão e representação de camadas populares marginalizadas. Por outro lado, pode ser um instrumento mobilizador de massas para legitimar uma ideia autoritária de governo da maioria e, ao assumir essa retórica de hegemonia popular, pode levar ao autoritarismo:

¹⁷ O autor inclui nisso o pensamento de Loewenstein, cuja análise da política emocional se restringe ao fascismo (Sajó, 2012).

A atitude populista dos governantes é uma ferramenta para obter apoio popular para que eles governem e alcancem objetivos políticos “ruins” ou “bons”. O que os ajuda a atingir seus objetivos é a retórica, que afirma que a autoridade legítima flui diretamente do povo e aponta para um inimigo, que passa a ser o (antigo) “sistema” corrupto que traiu a confiança pública. Mais tarde, para manter o poder, esse “inimigo” será qualquer grupo diferente do atual *establishment* populista e contra o qual o povo precisa ser protegido (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 32, tradução nossa).

Caracteriza-se como elemento negativo a difusão da ideia de legitimidade de um sujeito que se invista no papel de “representante genuíno de um povo único, homogêneo e autêntico” (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 32, tradução nossa). Esse populismo, que os autores chamam de *populismo de direita*, promove uma política baseada na “identidade constitucional desequilibrada, orientação de valores iliberais, e [na] trajetória emocional” dos Estados que o implementam (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 39, tradução nossa). A forma que o populismo assume nos regimes iliberais são os elementos básicos do movimento fascista.

Na sistemática iliberal identifica-se, pois, o apelo às emoções das massas, revestido de uma proposta autoritária de estabelecimento da hegemonia de um grupo que se supõe superior aos demais, como ocorre no fascismo. A transformação do sistema político, explicam os autores, materializa-se gradual e pacificamente e dá espaço para os líderes autocráticos usarem as normas da ordem constitucional em que se instalaram de uma forma que “parece consistente com os aspectos formais e procedimentais do Estado de Direito, mas com o objetivo de frustrá-lo e consolidar-se no poder” (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 34, tradução nossa); a implantação de um regime autocrático é o passo seguinte.

4 Entre as democracias liberal e iliberal: a democracia militante

Até aqui, foram explicados o conceito de Karl Loewenstein da democracia militante, e o de Tímea Drinóczi e Agnieszka Bień-Kacała da democracia iliberal. Nos dois casos, os autores propõem uma reflexão acerca dos desdobramentos possíveis e esperados do processo de fragmentação e abalo da democracia e dos valores liberais pelos defensores do fascismo e do modelo democrático iliberal.

Tanto a democracia militante quanto a iliberal divergem, filosófica e estrategicamente, em alguma medida, dos pressupostos que fundamentam a democracia liberal. A doutrina da democracia militante o faz pensando ações autoritárias para evitar que o regime democrático ruia definitivamente; a da democracia iliberal idealiza medidas para enfraquecer a democracia, mas sem sepultá-la. As duas propostas têm objetivos distintos: uma, o de proteger a democracia liberal; a outra, o de abalá-la.

Contudo, há semelhanças entre o método militante e a sistemática que caracteriza o regime democrático iliberal, visto que a defesa da democracia e a sistemática que ela visa

combater compartilham instrumentos, o que por si só é um problema. Entende-se que a democracia liberal corre o risco de ter seu lugar tomado pela forma de governo que pretende combater. Em primeiro lugar, pela possibilidade de as estratégias militantes legitimarem uma atuação estatal que não se baliza pelos princípios e procedimentos democráticos previstos pelo Estado de Direito – o que pode instilar fragilidade democrática nas instituições estatais que as aplicarem, e isso se estenderia ao próprio Estado e a suas demais instituições. Em segundo lugar, pela possibilidade de agentes estatais aplicarem tais estratégias com outros objetivos, resultando no comprometimento maior das instituições democráticas e do próprio regime, seja pelas ameaças autoritárias, seja pelas flexibilizações adotadas pelo próprio Estado.

Assim, tanto na democracia militante quanto na iliberal, contempla-se a possibilidade de fragilização da democracia liberal em alguma medida, seja para protegê-la, seja para legitimar uma lógica de governo que abala seus fundamentos. O que se questiona é até que ponto se pode dizer que a democracia liberal é efetivamente preservada pela doutrina da democracia militante ou se esta, ao compartilhar práticas com aquela, diferencia-se de fato da democracia iliberal.

4.1 Democracia militante e sistemática iliberal

Ao teorizar a doutrina da democracia militante, Loewenstein (1937a, 1937b) preocupa-se em propor uma estratégia de defesa da democracia liberal contra o autoritarismo. Apesar de ver fragilidades na democracia liberal, considera que ela é preferível a qualquer regime autoritário; e, exatamente em virtude de suas fragilidades, sustenta a necessidade de relativizar a defesa dos fundamentos que seriam seus pontos fracos.

Entre as características do processo de implantação do fascismo, algumas manifestam-se também no Estado democrático iliberal ou de legalidade iliberal, como a difusão de valores e emoções iliberais, a identidade constitucional desequilibrada, o desfazimento do sentido liberal de direitos humanos – a noção de que são universais e de defesa obrigatória e prioritária –, a “vitimização coletiva, o narcisismo coletivo e valores iliberais, especialmente quando fortemente dependentes e desencadeados por um líder autocrático populista de direita” (Drinózci; Bień-Kacała, 2021, p. 198, tradução nossa).

Dois fatores comprometem a possibilidade de se reconhecer a capacidade de efetiva defesa da democracia liberal pela democracia militante, bem como a diferenciação de ambas. Quanto ao primeiro aspecto, as medidas previstas pela democracia militante permitem a negligência de preceitos democráticos básicos, como a plena igualdade em direitos fundamentais constitucionalmente tutelados. Quanto à diferenciação, ambas adotam medidas que abalam a democracia liberal, mas preservam instituições e processos do regime ameaçado.

Num contexto onde a democracia e a constitucionalidade liberais foram comprometidas, e os tribunais e as instituições democráticas tenham sido capturados por uma lógica de direito em alguma medida iliberal, uma revisão constitucional de atos e de leis pode ser

ineficaz, segundo Drinóczi e Bień-Kacała (2021). Mesmo o uso de mecanismos de “controle de constitucionalidade de urgência”, como chamam, em tal realidade pode ser legitimado por essas instituições para desfazer as medidas de retomada da racionalidade liberal. Por outro lado, tampouco é certo ou inquestionável ser possível restaurar a democracia constitucional por métodos inconstitucionais.

Na legalidade iliberal, tudo é formalmente legal; “existe um mecanismo estabelecido e, até certo ponto, em funcionamento, de freios e contrapesos, que pode ser eficaz em casos sem importância para o tomador de decisão política” (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 195, tradução nossa). Porém, adotar medidas não legalmente sustentadas, de uma forma ou de outra – isto é, seguindo as normas iliberais criadas em um Estado ainda liberal, ou as normas liberais remanescentes em um Estado tornado iliberal –, ameaça a constitucionalidade e a democracia que a doutrina militante deseja proteger¹⁸. Isso evidencia a posição difícil da democracia militante, como a de qualquer empreitada de restauração da democracia constitucional; pode-se agir constitucionalmente e correr o risco de que tal ação seja ineficaz, ou agir inconstitucionalmente e essa ação ser exitosa no desejado restauro. Porém, não há certezas sobre a eficácia de nenhuma das estratégias, mas apenas dos riscos de ambas. De acordo com Drinóczi e Bień-Kacała (2021, p. 195, tradução nossa), sem a

devida fundamentação legal (no que se refere à competência dos tribunais para apreciar a constitucionalidade e anular legislação inconstitucional), é inconstitucional, pois afeta o Estado de Direito e vários de seus componentes, como a segurança jurídica (o que a lei é se um tribunal anular as leis que considera inconstitucionais), a transparência do sistema jurídico e das autoridades estatais e a previsibilidade no funcionamento dos órgãos estatais.

O problema é a proximidade entre a democracia militante e a democracia iliberal, tanto na metodologia quanto no ambiente democrático que ambas criam. Apesar de a primeira pretender proteger a democracia liberal, suas propostas permitem ou mesmo podem ensejar a violação de pressupostos básicos do regime democrático, como a liberdade de associação partidária¹⁹. Isso faz com que o Estado que a adota – ou cujo sistema jurídico a preveja como uma possibilidade – aproxime sua forma de governo à de um Estado iliberal. Drinóczi e Bień-Kacała (2021, p. 190-191, tradução nossa) ressalvam a eficiência da democracia militante:

¹⁸ Sobre formas de se combater a legalidade iliberal, os autores comentados defendem que “o potencial controle autoritário de cima para baixo deve ser substituído por freios e contrapesos efetivos e prestação de contas aos cidadãos [...]. Nós, no entanto, precisamos reconhecer que freios e contrapesos só podem ser eficazes na medida em que realmente moldem o cenário jurídico, desde que o tomador de decisão política cumpra” (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021, p. 195, tradução nossa).

¹⁹ Como a garantia de direitos fundamentais, previsão inerente ao constitucionalismo liberal, sistemática que sustenta juridicamente a democracia liberal e suas instituições.

A doutrina da democracia militante afirma que a democracia liberal deve manter medidas eficientes para se defender. Isso tem sido associado a disposições estatutárias ou constitucionais que limitam certos pensamentos perigosos e partidos políticos extremistas; mas também se reconhece que a democracia militante deve respeitar os direitos humanos e assumir que as ações são tomadas de boa-fé ao usar medidas legais preventivas. Caso contrário, pode facilmente se tornar um sistema iliberal [...]. [É] um desafio encontrar o equilíbrio adequado entre os direitos à liberdade de expressão, à associação e à livre formação de partidos políticos, que articulam a vontade do povo, e a necessidade de autoproteção constitucional.

As medidas previstas pela democracia militante, explicam os autores, contribuem não para a defesa da democracia liberal contra o autoritarismo, mas para o aprofundamento de um ambiente iliberal e para a progressiva consolidação do constitucionalismo iliberal (Drinóczi; Bień-Kacała, 2021), dado que os próprios atributos da democracia militante compartilham elementos constitutivos do constitucionalismo iliberal – como a frágil relação com a democracia liberal e seus valores, e com os pilares do Estado de Direito.

A realidade que se desenha é de uma dupla fragilização da democracia liberal no Estado onde se instala a estratégia militante: tanto a oriunda das ameaças externas quanto a consubstanciada nas flexibilizações adotadas pelo próprio Estado. Segundo Sajó (2012, p. 562, tradução nossa), ela sinaliza certa ingenuidade de quem a utiliza, uma vez que pode estar ignorando tanto a possibilidade de ineeficácia quanto a do uso arbitrário e autointeressado das técnicas de “restrição preventiva de direitos”. Conforme o autor, “apesar de suas aplicações de boa-fé”, sua adoção pode implicar tensões e riscos à ordem pública.

Para Drinóczi e Bień-Kacała (2021), a forma de combate ao iliberalismo e à autocracia prevista pela democracia militante ultrapassa as estratégias de uma “democracia constitucional substantiva”. Quando marginaliza os direitos humanos e não toma de boa-fé ações legalmente balizadas, quem opera a democracia militante de fato objetiva manter o constitucionalismo iliberal, uma vez já implantado o iliberalismo.

Assim, seja o uso de mecanismos próprios de regimes antidemocráticos por um sistema que declara fazê-lo para proteger a democracia – a democracia militante –, seja a manutenção de instrumentos democráticos liberais num sistema que declara não ter qualquer compromisso com a democracia e inclusive a rejeita – a democracia iliberal –, reforçam a ideia de autores como Alviar García e Frankenberg (2022, p. 164, tradução nossa) de que é difícil desenhar um limite rigoroso entre democracias e autocracias, “ou entre a democracia iliberal e o autoritarismo”.

Isso, porém, conta em desfavor da democracia militante, dado que seu interesse precípua é manter e proteger um regime democrático liberal. A flexibilização dos valores democráticos indica um compromisso frágil dessa doutrina com o regime que deseja defender e fragiliza-o ainda mais, sobretudo porque os competentes para aplicar esse método são as próprias instituições sobre as quais se sustenta o Estado de Direito (Loewenstein, 1937a,

1937b). Assim, é necessário pensar maneiras de proteger a democracia liberal que prescindam dos métodos militantes ou que os aperfeiçoem.

5 Conclusão

Este estudo não procurou oferecer alternativas às deficiências e fragilidades da doutrina da democracia militante, mas tão somente expô-las. A leitura do material bibliográfico indica que essa doutrina é uma estratégia frágil e perigosa de defesa da democracia liberal e que mesmo o uso eficiente de suas estratégias pode trazer danos importantes à sustentação dos valores liberais.

Assim como a democracia liberal tem seu próprio paradoxo – o relativismo que a embasa não comporta perspectivas políticas autoritárias, o que exclui alguns sujeitos e argumentos do diálogo democrático –, a doutrina da democracia militante tem o seu – o de prever estratégias que violam a democracia constitucional liberal para defendê-la.

Se a democracia militante deseja preservar os princípios e valores democráticos nas instituições do Estado democrático de Direito, entende-se que ela falha, mas é exitosa se o que deseja é exatamente permitir uma margem de abandono desses valores. Desse modo, ainda que o resultado do uso dessa estratégia seja, efetivamente, a retomada ou a manutenção do regime democrático liberal, proceduralmente ela se qualifica como contraditória.

Na democracia militante, as intenções são democráticas, mas assume-se o risco de se legitimar a consolidação de um estado de coisas indesejado tanto por ela quanto pela lógica da democracia liberal, ou seja, o Estado de legalidade iliberal, quando se tomam algumas das medidas que o caracterizam. Um Estado de legalidade iliberal ou um governo iliberal não resultam de uma aplicação em larga escala de métodos da democracia militante, sobretudo porque diferem os objetivos e os efeitos esperados de cada uma dessas ferramentas políticas. A primeira intenta garantir a manutenção do regime democrático, e a segunda que ele subsista o suficiente para que ainda se possa dizer que o Estado onde são adotadas medidas iliberais não deixou de ser democrático. Assim, deve ficar claro que, apesar das semelhanças, a democracia militante e a iliberal não são iguais nem têm os mesmos objetivos.

Como declara Rak (2022, p. 22, tradução nossa), “essas medidas antidemocráticas podem ser consideradas precauções eficientes para proteger regimes políticos”; contudo, também é possível que essa flexibilização seja utilizada para outros fins que não a defesa do regime democrático. De uma forma ou de outra, a flexibilização da tutela de elementos essenciais à democracia liberal proposta pela ferramenta da democracia militante faz com que esse instrumento seja democraticamente questionável.

Não se ignora aqui o paradoxo da democracia apontado pelo próprio Loewenstein e consubstanciado no fato de seu desenho institucional e filosófico permitir que movimentos que a contrariam tenham êxito em derrubá-la. Exatamente por isso tampouco se ignora que é difícil pensar mecanismos de proteção da democracia liberal que não contradigam

suas bases. Daí a importância de estudos voltados à concepção de caminhos eficazes e democraticamente coerentes.

Buscou-se destacar neste texto que a proposta da democracia militante para proteger a democracia liberal em momentos em que ela esteja ameaçada aproxima-se, ao menos de um ponto de vista técnico e estratégico, de uma de suas maiores ameaças, a democracia iliberal, pela qual pode ser manipulada. O arranjo de medidas previsto é frágil, uma vez que, ao assumir como método a violação das bases da democracia liberal, permite que ela seja posta sob risco de ruptura, e que quem não pretende defendê-la faça mau uso do método.

Referências

- ALVIAR GARCÍA, Helena; FRANKENBERG, Günter. Authoritarian structures and trends in consolidated democracies. In: SAJÓ, András; UITZ, Renáta; HOLMES, Stephen (ed.). *Routledge handbook of illiberalism*. New York: Routledge, 2022. p. 164-174.
- DIMITRIJEVIC, Nenad. Illiberal regime types. In: SAJÓ, András; UITZ, Renáta; HOLMES, Stephen (ed.). *Routledge handbook of illiberalism*. New York: Routledge, 2022. p. 121-141.
- DIXON, Rosalind. Foreword. In: DRINÓCZI, Tímea; BIEŃ-KACAŁA, Agnieszka. *Illiberal constitutionalism in Poland and Hungary: the deterioration of democracy, misuse of human rights and abuse of the rule of law*. Abingdon, Oxon: Routledge, 2021.
- DRINÓCZI, Tímea; BIEŃ-KACAŁA, Agnieszka. *Illiberal constitutionalism in Poland and Hungary: the deterioration of democracy, misuse of human rights and abuse of the rule of law*. Abingdon, Oxon: Routledge, 2021.
- FUREDI, Frank. The psychological construction of the illiberal subject. In: SAJÓ, András; UITZ, Renáta; HOLMES, Stephen (ed.). *Routledge handbook of illiberalism*. New York: Routledge, 2022. p. 616-634.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Coleção Justiça e Direito).
- LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. *American Political Science Review*, [s. l.], v. 31, n. 3, p. 417-432, June 1937a. DOI: <https://doi.org/10.2307/1948164>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1948164>. Acesso em: 23 fev. 2024.
- _____. Militant democracy and fundamental rights, II. *American Political Science Review*, [s. l.], v. 31, n. 4, p. 638-658, Aug. 1937b. DOI: <https://doi.org/10.2307/1948103>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1948103>. Acesso em: 23 fev. 2024.
- MADDOX, Graham. Karl Loewenstein, Max Lerner e a democracia militante: um apelo à “democracia forte”. Tradução de Thiago Aguiar de Pádua. *Revista da Advocacia Pública Federal*, Brasília, DF, v. 5, n. 1, p. 43-61, 2021. Disponível em: <https://seer.anafe.org.br/index.php/revista/article/view/150>. Acesso em: 23 fev. 2024.
- MALKOPOULOU, Anthoula. Militant democracy and its critics. In: MALKOPOULOU, Anthoula; KIRSHNER, Alexander S. (ed.). *Militant democracy and its critics: populism, parties, extremism*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019. p. 1-12.
- MORLINO, Leonardo. Hybrid regimes. In: SAJÓ, András; UITZ, Renáta; HOLMES, Stephen (ed.). *Routledge handbook of illiberalism*. New York: Routledge, 2022. p. 142-151.
- MÜLLER, Jan-Werner. Protecting popular self-government from the people?: new normative perspectives on militant democracy. *Annual Review of Political Science*, [s. l.], v. 19, p. 249-265, May 2016. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-043014-124054>. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-polisci-043014-124054>. Acesso em: 23 fev. 2024.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Coleção Justiça e Direito).

RAK, Joanna. Neo-militant democracy and (un)fulfilled destination of consolidated democracies?: the inner six in comparative perspective. *Historia i Polityka*, [s. l.], v. 40, n. 47, p. 9-24, 2022. DOI: <https://doi.org/10.12775/HiP.2022.010>. Disponível em: <https://apcz.umk.pl/HiP/article/view/40565>. Acesso em: 23 fev. 2024.

ROSENBLATT, Helena. The history of illiberalism. In: SAJÓ, András; UITZ, Renáta; HOLMES, Stephen (ed.). *Routledge handbook of illiberalism*. New York: Routledge, 2022. p. 16-32.

SAJÓ, András. Militant democracy and emotional politics. *Constellations*, [s. l.], v. 19, n. 4, p. 562-574, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1111/cons.12011>.

SAJÓ, András; UITZ, Renáta; HOLMES, Stephen. Preface. In: _____ (ed.). *Routledge handbook of illiberalism*. New York: Routledge, 2022. p. xxi-xxv.

STAHL, Rune Møller; POPP-MADSEN, Benjamin Ask. Defending democracy: militant and popular models of democratic self-defense. *Constellations*, [s. l.], v. 29, n. 3, p. 310-328, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12639>.

STONE, Peter. Democratic equality and militant democracy. In: MALKOPOULOU, Anthoula; KIRSHNER, Alexander S. (ed.). *Militant democracy and its critics: populism, parties, extremism*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019. p. 38-55.

WAGRANDL, Ulrich. A theory of illiberal democracy. In: SAJÓ, András; UITZ, Renáta; HOLMES, Stephen (ed.). *Routledge handbook of illiberalism*. New York: Routledge, 2022. p. 94-118.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença (CC BY-NC-SA 4.0 DEED)*. Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/ril



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/ril

