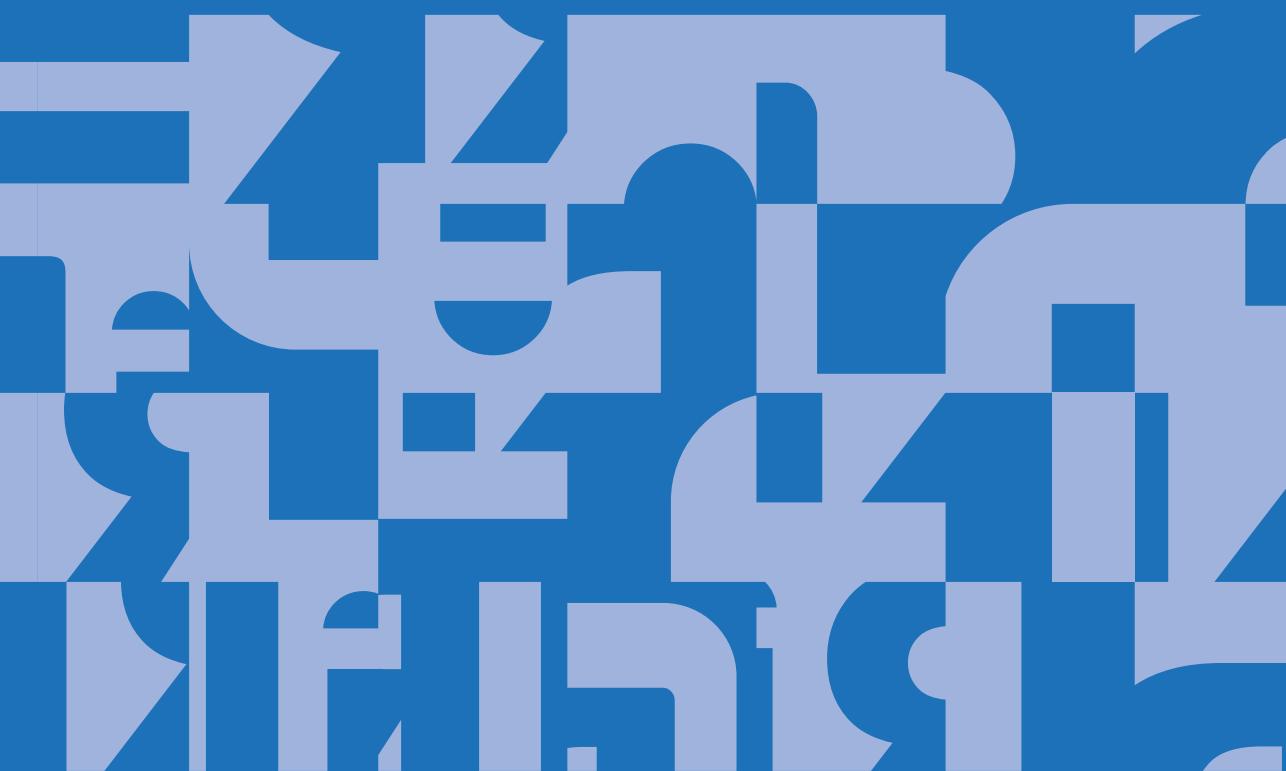




ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

Revista de Informação Legislativa



volume 62

247

julho a setembro de 2025

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2025 – 2026

Senador Davi Alcolumbre

PRESIDENTE

Senador Eduardo Gomes

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Humberto Costa

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senadora Daniella Ribeiro

PRIMEIRA-SECRETÁRIA

Senador Confúcio Moura

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senadora Ana Paula Lobato

TERCEIRA-SECRETÁRIA

Senador Laércio Oliveira

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTES DE SECRETÁRIO

Senador Chico Rodrigues

Senador Mecias de Jesus

Senador Styvenson Valentim

Senadora Soraya Thronicke

ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466



Revista de Informação Legislativa

Brasília – DF

volume 62

247

p. 1-237

julho a setembro de 2025

EDIÇÃO DO SENADO FEDERAL

Diretora-Geral: Ilana Trombka

Secretário-Geral da Mesa: Danilo Augusto Barboza de Aguiar

Secretaria de Editoração e Publicações

Diretor: Rafael André Vaz Chervenski

Coordenação de Edições Técnicas

Coordenador: Aloysio de Britto Vieira

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

Preparação de texto: Walfredo 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.

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

Dr. Alan Ibn Chahrur, Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, Jaú, SP, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Ma. Aline Vitalis, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Joinville, SC, Brasil / Dr. Alvaro Augusto de Borba Barreto, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, SC, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Claudia Santano, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. André de Souza Dantas Elali, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. André Studart Leitão, Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Andre Vicente Pires Rosa, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Anelise Coelho Nunes, Rede Metodista de Educação, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Antonio Teixeira de Barros, Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Bistra Stefanova Apostolova, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 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. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Me. Clay Souza e Teles, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Daiana Fagundes dos Santos Carboni, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Espanha / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, 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. Fabiano André de Souza Mendonça, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Me. Fabiano da Silva Pereira, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. Fábio Feliciano Barbosa, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Fabio Queiroz Pereira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fábio Túlio Barroso, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Fabíola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Felipe Luiz Machado Barros, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Macaíba, RN, Brasil / Me. Felipe Martins Maia, Faculdade de Desenvolvimento do Norte, Montes Claros, MG, Brasil / Ma. Fernanda Souza Correa, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Fernando Nagib Marcos Coelho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Flávia Danielle Santiago Lima, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Dr. Guilherme Nacif de Faria, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Gustavo César Machado Cabral, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Ícaro Fellipe Alves Ferreira de Brito, Faculdade de Desenvolvimento do Norte, São Francisco, MG, 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. João Costa Ribeiro Neto, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Me. João Paulo Medeiros de Araújo, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. João Trindade Cavalcante Filho, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Me. Jordan Vinícius de Oliveira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jorge André de Carvalho Mendonça, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Recife, PE, Brasil / Dr. Jorge Luís Mialhe, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil / Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos,

Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil / Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Me. Jose Tadeu Fanis Junior, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Kenny Sontag, Centro de Ensino Superior Cesul, Francisco Beltrão, PR, Brasil / Ma. Layla Salles McClaskey, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Leandro Maciel do Nascimento, Ministério Público de Contas, Teresina, PI, Brasil / Dr. Lelio Maximino Lellis, Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson, Araras, SP, Brasil / Dra. Licemar Vieira Melo, Unisinos, Passo Fundo, RS, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luciano Athayde Chaves, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Luís Fernando Sgarbossa, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Renato Vieira, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcilio Toscano Franca Filho, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Martin Pino, Escola Superior de Advocacia da OAB, São Paulo, SP, Brasil / Me. Maurício Buosi Lemes, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dr. 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 / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Dr. Miguel Gualana de Godoy, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Me. Murilo Teixeira Avelino, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dra. Patricia Silva de Almeida, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Santa Salete, SP, Brasil / Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Me. Rafael Borges de Souza Bias, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Rafael Diogo Diógenes Lemos, UniFanor, Aracaju, RN, Brasil / Dr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Minas Gerais, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dra. Roberta Simões Nascimento, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Rodrigo Monteiro Pessoa, Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecides Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Sandra Mara Campos Alves, Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, DF, Brasil / Ma. Stael Freire, Stael Freire Sociedade de Advogados, Teresina, PI, Brasil / Dr. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dr. Valter Rodrigues de Carvalho, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Vinicius de Lara Ribas, Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wilson Coimbra Lemke, Faculdade Pio XII, Caraciaca, ES, Brasil

AUTORES

Bruno Leonardo Câmara Carrá é doutor pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; *visiting scholar* na Universidade de Bolonha, Bolonha, Itália; *academic visitor* na Universidade de Oxford, Oxford, Reino Unido; *academic visitor* na Universidade de Paris V, Paris, França; professor da Universidade Sete de Setembro, São Paulo, SP, Brasil; juiz federal. / Carlos Higino Ribeiro de Alencar é doutor em Direito pelo Ceub, Brasília, DF, Brasil; mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil; bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil e presidente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Ministério da Fazenda, Brasília, DF, Brasil. / Daniel Marchionatti é doutor pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; magistrando instrutor do Superior Tribunal de Justiça; juiz federal. / Davi Augusto Santana de Lelis é doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor no programa de pós-graduação *lato sensu* da Universidade Federal de Viçosa (UFV), Viçosa, MG, Brasil; professor de Direito Administrativo no Departamento de Direito da UFV, Viçosa, MG, Brasil. / Débora Costa Ferreira é doutora em Economia pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; mestra em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil; coordenadora do programa de pós-graduação em Análise Econômica do Direito do Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, Brasil. / Eric Piccelli é mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP, São

Paulo, SP, Brasil; advogado. / Fernando B. Meneguin é doutor em Economia pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; pós-doutor em Análise Econômica do Direito pela Universidade da Califórnia, Berkeley, CA, EUA; professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, DF, Brasil; professor da American College of Brazilian Studies, Orlando, FL, EUA; líder-docente do Grupo de Estudos em Direito e Economia, UnB-IDP, Brasília, DF, Brasil; pesquisador do Economics and Politics Research Group, CNPq-UnB, Brasília, DF, Brasil; consultor legislativo do Senado Federal na área de políticas microeconômicas, Brasília, DF, Brasil; consultor sênior da Charles River Associates. / Hugo Moreira Lima Sauaia é doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; pesquisador em nível pós-doutoral na USP, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil; advogado. / Isabele Batista Mitozo é doutora em Ciência Política pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; docente e pesquisadora do departamento e do programa de pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; coordenadora do grupo de pesquisa em Democracia e Comunicação Digital, vinculado ao programa de pós-graduação em Ciência Política da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Layla Salles McClaskey é mestra em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutoranda em Direito da Regulação na FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; especialista em Direito Fiscal pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; especialista em negócios jurídicos pelo Institute of Commercial Management, Ringwood, Hampshire, Reino Unido; professora convidada de Direito Tributário, Financeiro e Regulatório da FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pesquisadora da FGV-Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; executiva jurídica, advogada e parecerista. / Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho é mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; doutorando na Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; desembargador federal. / Martin Magnus Petiz é mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP, São Paulo, SP, Brasil; bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil. / Maurício Soares Bugarin é doutor em Economia pela Universidade de Illinois Urbana-Champaign, Urbana-Champaign, IL, EUA; professor do Departamento de Economia da Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; líder do Economics and Politics Research Group, CNPq-UnB, Brasília, DF, Brasil. / Thales Torres Quintão é doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; pesquisador de pós-doutorado, com bolsa da Fapemig, junto ao grupo de pesquisa em Democracia e Comunicação Digital, vinculado ao programa de pós-graduação em Ciência Política da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Sumário

AUTORES CONVIDADOS

- 13 **Consensualismo regulatório: as esferas pública e privada na concepção de soluções eficientes para a regulação dos serviços públicos**

Regulatory Consensualism: The Public and Private Spheres in Designing Efficient Solutions for the Regulation of Public Services

Bruno Leonardo Câmara Carrá

Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho

ARTIGOS

- 37 **Nem rápido, nem devagar: a natureza jurídica da inteligência artificial no Direito Administrativo europeu continental**

Neither Fast nor Slow: The Legal Nature of Artificial Intelligence in Continental European Administrative Law

Davi Augusto Santana de Lelis

- 65 **Governança fiscal: o papel da Instituição Fiscal Independente e seu controle pelo Poder Legislativo**

Fiscal Governance: The Role of the Independent Fiscal Institution and its Control by the Brazilian Legislative Power

Layla Salles McClaskey

- 87 **Prazo contratual ótimo nas concessões públicas: uma análise sob a óptica da teoria dos jogos**

Optimal Contract Period of Public Concession: A Game Theoretic Analysis

Fernando B. Meneguin

Débora Costa Ferreira

Maurício Soares Bugarin

- 105 **A aparência do bem e o autoritarismo no Direito: quando a teoria do Direito encontra a teoria da ação**

The Appearance of Good and the Authoritarianism in Law:
When Legal Theory Meets Theory of Action

Martin Magnus Petiz

- 133 **A question prioritaire de constitutionnalité e o recurso extraordinário: um estudo comparativo**
The *question prioritaire de constitutionnalité* and the *recurso extraordinário*: A Comparative Study
Daniel Marchionatti
- 151 **As ouvidorias das câmaras municipais de Minas Gerais: desenhos e políticas de transparência e de proteção de dados**
Ombudsman Offices in City Councils from Minas Gerais: Designs and Policies on Transparency and Data Protection
Thales Torres Quintão
Isabele Batista Mitozo
- 173 **As trincheiras do Direito: o positivismo presuntivo de Frederick Schauer**
The Trenches of Law: Frederick Schauer's Presumptive Positivism
Eric Piccelli
- 193 **A tributação da renda de pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos decorrentes de corrupção**
The Taxation of the Income of Legal Entities Involved in Illicit Acts Arising from Corruption
Carlos Higino Ribeiro de Alencar
- 215 **Anomalias do processo legislativo constitucional: crise, parâmetros e intervenções judiciais**
Anomalies of the Legislative Constitutional Process: Crisis, Parameters and Judicial Review
Hugo Moreira Lima Sauaia

Autores convidados



Consensualismo regulatório: as esferas pública e privada na concepção de soluções eficientes para a regulação dos serviços públicos

Regulatory Consensualism: The Public and Private Spheres in Designing Efficient Solutions for the Regulation of Public Services

Bruno Leonardo Câmara Carrá¹

Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho²

Resumo

Este artigo aborda o consensualismo regulatório como método alternativo para a resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública e para a regulação de serviços por ela fornecidos. Demonstra que, por envolverem a participação dos interessados, as soluções consensuais resultam em maior legitimidade e eficácia se comparadas aos métodos litigiosos tradicionais. Descreve de modo sucinto a legislação brasileira sobre o tema e destaca duas leis e duas resoluções que impulsionaram a institucionalização de práticas como a mediação e a arbitragem. Examina também a implantação do consensualismo nas agências reguladoras e enfatiza os benefícios da regulação negociada e dos termos de ajustamento de conduta. Além disso, analisa a experiência norte-americana, em que a regulação negociada estimula o engajamento das partes interessadas com o fim de imprimir legitimidade e maior eficácia ao processo regulatório.

Palavras-chave: consensualismo regulatório; Administração Pública; resolução de conflitos; mediação; arbitragem; regulação negociada.

¹ Bruno Leonardo Câmara Carrá é doutor pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; visiting scholar na Universidade de Bolonha, Bolonha, Itália; academic visitor na Universidade de Oxford, Oxford, Reino Unido; academic visitor na Universidade de Paris V, Paris, França; professor da Universidade Sete de Setembro, São Paulo, SP, Brasil; juiz federal. E-mail: brunolccarra@gmail.com

² Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho é mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; doutorando na Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; desembargador federal. E-mail: gablc@trf5.jus.br

Abstract

This article addresses regulatory consensualism as an alternative method for both resolving conflicts within the Public Administration and regulating the services it provides. The study demonstrates that consensual solutions, when involving the participation of interested parties, result in greater legitimacy and effectiveness when compared to traditional adversarial methods. It briefly describes Brazilian legislation on the subject and, in particular, highlights two laws and two resolutions that encouraged the institutional adoption of practices such as mediation and arbitration. It also addresses the implementation of consensualism in regulatory agencies and emphasizes the benefits of negotiated regulation and conduct adjustment terms. In addition, it examines the North American experience, in which negotiated rulemaking encourages the engagement of interested parties in order to lend legitimacy and greater effectiveness to the regulatory process.

Keywords: regulatory consensualism; Public Administration; conflict resolution; mediation; arbitration; negotiated regulation.

Recebido em 7/2/25

Aprovado em 7/8/25

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p13

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

Mecanismos judiciais e extrajudiciais de solução de conflitos têm sido implantados pelo Estado brasileiro com o fim de proporcionar aos administrados e aos jurisdicionados a prestação de serviços públicos de forma mais econômica e célere. Assim, de modo simultâneo e eficaz, o Estado pode atender ao princípio da eficiência e ao objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A crescente organização estatal em torno de mecanismos negociados de solução de conflitos deve-se à constatação de que, por razões sociais e econômicas, o arcabouço legal e

³ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARVALHO, Leonardo Henrique de Cavalcante. Consensualismo regulatório: as esferas pública e privada na concepção de soluções eficientes para a regulação dos serviços públicos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 247, p. 13-33, jul./set. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p13. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/247/ril_v62_n247_p13

⁴ Carrá, B. L. C., & Carvalho, L. H. de C. (2025). Consensualismo regulatório: as esferas pública e privada na concepção de soluções eficientes para a regulação dos serviços públicos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(247), 13-33. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p13

jurisprudencial (normas e procedimentos de toda ordem), esteado no sistema litigioso, não tem respondido satisfatoriamente às expectativas dos administrados e dos jurisdicionados.

O artigo analisa a relevância do consensualismo regulatório como método adequado para solucionar conflitos no âmbito da regulação. Argumenta-se que, em comparação com métodos tradicionais, abordagens consensuais proporcionam resoluções mais eficientes, duradouras e satisfatórias para as partes envolvidas em disputas regulatórias.

No cenário regulatório contemporâneo, marcado pela crescente complexidade e por frequentes conflitos entre agentes reguladores, entidades reguladas e outros stakeholders, a busca de métodos eficientes para a resolução de litígios é crucial para garantir a eficácia da regulação e o equilíbrio entre os interesses públicos e privados, já que os extremos não são soluções viáveis: tanto o excesso de regulação quanto a sua ausência são nocivos.

O objetivo do estudo é analisar o consensualismo como método de resolução de litígios regulatórios, abordar suas vantagens e destacar desafios e possibilidades em sua aplicação em diferentes setores regulados. Essa abordagem visa contribuir para uma regulação mais eficiente, flexível e responsável às necessidades dos diversos atores envolvidos.

A relevância do tema justifica-se pela necessidade de encontrar soluções mais ágeis e efetivas para os conflitos regulatórios, com base no impacto que pode gerar sobre o desenvolvimento econômico a prestação de serviços públicos e a proteção dos interesses dos consumidores. Ademais, o estudo do consensualismo no contexto regulatório alinha-se com tendências mais amplas de aprimoramento da Administração Pública, em razão da adoção de estratégias de governança mais participativas e colaborativas.

2 O consensualismo como método de resolução de conflitos

O consensualismo regulatório é uma abordagem promissora, e em alguma medida revolucionária, que visa à solução de conflitos de que participe a Administração Pública. Por meio dele, a autoridade deixa de exercer seus tradicionais poderes-deveres e converte-se em mediador, conciliador ou mesmo árbitro. Sua função de ente soberano que atua conforme seu próprio sentido de *interesse público* é transferida para um ator genuinamente disposto a equacionar os diversos interesses postos em litígio. Com efeito, as soluções consensuais de litígios gozam de maior nível de legitimidade, pois se perfazem com a participação de todos os envolvidos. Por isso, embora ainda não prevaleçam, elas se têm tornado uma tendência contraposta aos tradicionais métodos fundados nos modelos de *ou tudo ou nada*.

Essa abordagem baseia-se na ideia de que, por meio do diálogo e da negociação, as partes envolvidas num litígio podem chegar a soluções mais adequadas às especificidades de cada caso. Há uma compreensão bastante pragmática de que, para as partes, a construção do consenso significa, sob todos os aspectos, um ganho em comparação com os resultados processuais oriundos de litígio. Assim, a solução alternativa de litígios é frequentemente associada a efeitos benéficos, com uma prestação “mais célere, barata e exequível e acima de

tudo democrática, porque nascida do diálogo e do entendimento entre as próprias partes” (Watanabe, 2019, p. 106). Ainda que não seja novo, trata-se de paradigma que precisa ser mais bem compreendido e assimilado pelos operadores jurídicos e por agentes socioeconômicos; desse modo, paulatinamente se construirá uma cultura que considere o esforço pelo consenso como a forma mais vantajosa de solucionar conflitos.

A prevalência do consensualismo implica a abordagem de processos decisórios com uma dinâmica inclusiva e colaborativa, em que seus protagonistas tendem a pôr em segundo plano a resolução autocrática de conflitos, na qual a autoridade decisória nem sempre escuta atentamente os interesses das partes. Como aponta Warat (2001, p. 83), a consolidação de tais mecanismos envolve a “possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do outro, e colocar-nos no lugar do outro para entendê-lo [e] a nós mesmos”.

A teoria dos métodos alternativos de resolução de conflitos é conhecida como *alternative dispute resolution* (resolução alternativa de litígios), uma base metodológica eficaz para sistematizar formas diversas de se alcançar o consenso e, desse modo, solucionar uma disputa por mecanismos diversos do litígio judicial ou administrativo. Esses métodos surgiram nos EUA entre as décadas de 1960 e 1970 para enfrentar a pouca efetividade das decisões de natureza jurisdicional (*lack of responsiveness of the formal judicial system*) e aprimorar e legitimar o ordenamento jurídico como promotor da paz social. Menkel-Meadow (2014, p. 7) assinala que a excessiva formalidade dos processos estatais de solução de conflitos (*formal justice*) configura uma polarização entre as partes do processo e converte-as em ganhadoras e perdedoras⁵. A variedade quase infinita de conflitos, decorrentes da infinitude de relações entre os cidadãos, indica a necessidade de se formularem procedimentos híbridos de solução de conflitos, tais como a negociação, a mediação e a arbitragem.

Desde a edição das leis nºs 9.099/1995 e 10.259/2001 (Brasil, [2012], [2021b]), a clássica atividade jurisdicional redirecionou-se exponencialmente para um modelo com foco prevalente na solução consensual dos conflitos. O esforço sistemático para implantá-lo consolidou-se a partir da última década, quando a perspectiva de autocomposição de litígios avançou para zonas que até então lhe eram refratárias. Quatro normas em especial capitanearam essa evolução: a) a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); b) a Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP); c) a Lei nº 13.105/2015 (*Código de processo civil (CPC)*); e d) a Lei nº 13.140/2015.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ abriu o Judiciário ao mundo das soluções autocompositivas. E ele adotou a mediação e a conciliação como ferramentas inerentes à sua função institucional: “aos órgãos judiciários incumbe [...] oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais” (Conselho Nacional

⁵ A autora lista as características que considera estruturantes da Justiça formal: a) regras e procedimentos formais; b) publicidade das audiências; c) neutralidade presumida dos julgadores; d) decisões e resultados baseados em comandos legais ou jurisprudenciais; e e) possibilidade de reforma das decisões, por razões meritórias ou procedimentais. Esse formalismo das práticas processuais, de natureza administrativa e judicial, costuma acarretar custos e disparidades entre os administrados e os jurisdicionados, a despeito do esforço do legislador e dos demais Poderes em firmar instrumentos institucionais de conciliação e de composição.

de Justiça, [2021]). Também o CNMP, com a Resolução nº 118/2014 (Conselho Nacional do Ministério Público, [2020]), adotou a resolução autocompositiva extrajudicial ou judicial de conflitos e de controvérsias no plano de suas competências; com as atribuições constitucionais de *custos legis* e de *dominus litis*, a participação do *parquet* tem sido relevante em processos judiciais e em procedimentos administrativos de toda ordem. Assim, não parece casual que o sistema judiciário se tenha ocupado da modelagem compositiva de forma pioneira, dado que a cultura da litigância tem contribuído crescentemente para o estresse e o desgaste do sistema.

É inegável também a evolução normativa representada pelo CPC. Cunha (2020, p. 153) ressalta que o “CPC cria um sistema integrado de resolução de disputas. Há uma importante mudança de conceito e orientação: o foco deixa de estar (apenas) no julgamento e passa para a efetiva solução do conflito”. Ele inaugura um novo estágio do Direito processual, em que prevalece a estrutura cooperativa em vez do tradicional caráter estamentário. O juiz ainda o preside, mas deixa de ser figura de sobre peso entre os sujeitos processuais. Conferiu-se primazia à composição entre as partes envolvidas, como o demonstram as disposições do CPC em relação ao tema; dentre elas está o art. 334, que determina a obrigatoriedade de se designar audiência de conciliação ou de se estabelecer mediação (Brasil, [2025b])⁶.

Vive-se, pois, sob a lógica de que o processo (ou mesmo todo e qualquer procedimento) se destina não apenas ao julgamento de uma disputa, mas também a uma real resolução de conflitos. Essa genuína disposição de composição administrativa e judicial ganha concretude com a edição de normas promotoras da implantação de mecanismos de autocomposição e de heterocomposição. Além disso, nos casos em que o método alternativo de resolução de conflito é patrocinado diretamente pelo Estado, impõe-se um dever de adequada prestação desse serviço público com a disposição de um aparato logístico e humano que permita um ambiente adequado à negociação⁷.

Um efeito benéfico é digno de menção. Segundo Azevedo (2005), a utilização dos meios alternativos de resolução de disputas aumenta a confiança da sociedade nos órgãos judiciais e extrajudiciais públicos dotados de poder decisório. Contudo, existem evidências empíricas de que não se obtêm os resultados almejados sem autêntica mudança da cultura administrativa dos agentes públicos responsáveis pela solução negociada. Fundamentalmente, deve vigorar a sinergia na adoção pelo Estado de uma adequada logística normativa e material com o propósito de criar um cenário de promoção da cultura institucional de consenso radicado na compreensão da diferença entre os procedimentos de natureza consensual (dialogado)

⁶ A interseção dos conceitos de conciliação e mediação é tal que não se pode estabelecer uma linha divisória entre as figuras do conciliador e do mediador; ambos funcionam como agentes que visam a estabelecer (ou restabelecer) o diálogo entre as partes. Nessa perspectiva, a proatividade das partes acarretará em algum grau o desenvolvimento de habilidades que permitam a construção de uma alteridade em sinergia; ver Gomes (2022).

⁷ Trata-se de *norma promocional*: ela cria condições normativas e materiais que visam à “construção de um verdadeiro sistema de resolução de disputas, composto pelo Poder Judiciário e por instituições públicas e privadas dedicadas ao desenvolvimento de mediação, conciliação e arbitragem” (Cunha, 2020, p. 153).

e o sentencial (impositivo). A afirmação é verdadeira e pode refletir-se na quebra de alguns conceitos que seriam considerados invencíveis no contexto do processo judicial clássico.

O CPC realizou importante mudança no estado da arte da autocomposição. Não se trata mais de meros meios alternativos de resolução, mas de formas integradas que compõem “um quadro geral dos meios de resolução de disputas” (Cunha, 2020, p. 153). Por isso, o modo como se devem compreender tais mecanismos é refratário a definições herméticas e prestigia a flexibilidade dos procedimentos e a informalidade comportamental e linguística para se conceberem soluções dialogadas. Mesmo a definição de *procedimento* como “marcha avante” (ou “adiante”) passa por remodelação. A dimensão dialógica dos métodos e dos procedimentos alternativos de resolução de conflitos obsta a que essa marcha sofra retrocessos; e a obtenção do consenso de fato supõe muito mais reentrâncias e entrelaçamentos que caminhos retilíneos. Naturalmente, deve-se justificar uma eventual opção de se andar “um passo para frente e um para trás”; contudo, ela representa um nítido exemplo de *nudge*⁸ que os meios dialógicos de solução de litígio podem utilizar em contraposição às rígidas estruturas do processo tradicional. Aplicados às soluções consensuais, podem-se configurar os *nudges* como condutas arquitetadas pelo negociador com o fim de encaminhar os litigantes a decisões negociadas; dessa forma, induzem-se os indivíduos a um comportamento desejado, mas sem que lhes pareça obrigatório ou impositivo. Uma vez mais, põe-se em perspectiva o caráter dialógico (ou de alteridade) como forma de se legitimarem os meios alternativos de solução de conflitos.

Há mais de cinquenta anos, o destacado psicólogo social Morton Deutsch publicou seu trabalho fundamental sobre processos construtivos e desconstrutivos de resolução de conflitos. Os últimos correspondem *grosso modo* ao formato litigioso, ao passo que os primeiros têm natureza cooperativa. Ao analisar o fenômeno sob um viés comportamental, o autor foi um dos primeiros a demonstrar como os processos competitivos (ou destrutivos) não geram maiores vantagens para a sociedade, e eventuais benefícios têm custo elevado. Em regra, ele potencializa um sentimento de hostilidade e de desconfiança em relação ao outro (sempre visto como adversário) e deteriora os tecidos social, político e, por fim, econômico (Deutsch, 1973, p. 352-355).

A superação da atávica disposição do ser humano ao conflito requer a inserção de mecanismos que promovam recompensas mútuas para as partes envolvidas (*mutually rewarding to the parties involved in the conflict*). Deutsch (1973) assinala que os processos construtivos envolvem substancialmente a produção de soluções criativas (*creative thinking*), a qual consiste: a) na criação de um nível adequado de motivação entre os atores para solucionar o problema; b) no desenvolvimento de condições que permitam reformular o problema

⁸ Oriundo da cibernetica, o termo *nudge* tem-se difundido tanto na Economia Comportamental quanto na Psicologia Social. A teoria do *nudge* propõe a utilização de mecanismos de decisão ambiental (arquitetura de escolhas ou *choice architecture*) para influenciar ou induzir a realização de determinado comportamento. Thaler e Sunstein (2019, p. 14) definem *nudge* na esfera jurídica como “um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas que altere o comportamento das pessoas de forma preditiva sem proibir qualquer opção ou mudar significativamente seus incentivos econômicos”.

sempre que atingido o impasse; e c) na disponibilidade de ideias combinadas em novos e variados padrões (Deutsch, 1973, p. 360). De fato, essa parece ser a grande diferença num procedimento cooperativo ou consensual em relação aos procedimentos tradicionais: a possibilidade de ele não se estruturar em regras rígidas de condução da demanda. Conforme varie a situação do caso concreto em controvérsia, variarão também os rumos a serem seguidos para o alcance de uma solução consensual. Em outras palavras, confere-se prevalência à flexibilidade e à informalidade na condução de procedimentos de solução de conflitos (Cunha, 2020, p. 157)⁹.

Dessa maneira, os meios autocompositivos assumem a condição de modalidade com potencial tanto de melhorar o funcionamento da Justiça quanto de promover uma cultura de dominância do acordo; essa moldura cooperativa prestar-se-ia também ao fomento de uma sociedade mais evoluída e economicamente mais pujante. O uso de *nudges* e do *creative thinking* substituiria as disposições detalhadas da legislação processual, ainda que esta tenha passado por melhorias substanciais promovidas pelo CPC a partir de 2016. Contudo, ainda necessita ser adaptada, a fim de favorecer uma efetiva mudança de comportamento. Tomado esse modelo como novo estado da arte da estrutura de procedimentos de organização judiciária, é notável sua crescente promoção na esfera administrativa.

3 A Administração Pública e o consensualismo

Como se mencionou, houve quatro saltos normativos de maior relevo para a implantação do modelo normativo de composição de litígios. Os três primeiros tratam, sobretudo, do procedimento judicial, e o quarto, a Lei nº 13.140/2015 (Brasil, [2016]), contém disposições “sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública”.

Sempre houve resistência à utilização de métodos de resolução consensual no (e pelo) Poder Público. Os balizamentos clássicos do Direito Administrativo de gênese francesa – modelo adotado em quase toda a América Latina por influência da Revolução de 1789 – fizeram a percepção da atividade estatal assumir uma visão estanque, fundada em estruturas jurídicas menos dúcteis. Princípios como o da legalidade e o da indisponibilidade do interesse público eram muito frequentemente apresentados como limitadores de qualquer atuação mais livre da Administração, a qual se legitimaria não por decisões ótimas (no sentido da eficiência de Pareto), mas por decisões formalmente válidas. Deve-se a essa influência francesa a estrutura de caráter rigoroso que presidia os institutos do

⁹ Informalidade não deve ser confundida com ausência de seriedade na condução do procedimento; ele é informal porque é objetivo, essencial, direto – sem precisar recorrer a formulações desnecessárias, pomposas ou supérfluas.

Direito Administrativo brasileiro. Contudo, sob a influência da Escola de Chicago¹⁰, o próprio Estado francês percebeu a necessidade de substituir esse paradigma por um em que a eficiência e a efetividade das soluções contassem bem mais que a estéril reafirmação de uma norma legal. Trata-se da denominada *crítica gerencial* da Administração, que se firma na constatação de um reiterado divórcio “entre o direito administrativo e o princípio da eficiência” (Dantas, 2023, p. 52).

Propõe-se que o Poder Público adote as técnicas de governança corporativa, tal como o fez *mutatis mutandis* a iniciativa privada, particularmente a governança empresarial das grandes companhias. Essa nova forma de realizar uma administração *otimizada (good governance)* não é presidida por uma lógica monolítica, ancorada nas noções tradicionais de *imperatividade, supremacia, superioridade, exorbitância e unilateralidade* dos interesses primário e secundário do Estado. De acordo com Dantas (2023, p. 55), nela “as escolhas devem ser resultado de negociações e compromissos, levando em consideração os pontos de vista das partes envolvidas. [...] A governança pública é, portanto, uma abordagem plural e interativa da ação coletiva”. Na prática, isso significa que o Estado deixa o promontório da condução da coisa pública e passa a discutir a tomada da decisão em pé de igualdade com os outros atores sociais; passa-se a utilizar técnicas próprias do consensualismo para se chegar a soluções de maior densidade qualitativa. Conciliação, mediação e arbitragem são elementos-chave desse processo, que na França recebeu o nome de *gouvernance procédurale* (*governança procedural*), que decorre da ideia de democracia *procedimental*¹¹ (Chevallier, 2003).

No domínio do Direito Administrativo, o advento do consensualismo representou a “prevalência dos fins sobre os meios legais”, a qual deve estar fincada nos demais princípios que orientam a atividade administrativa, como o da eficiência e o da moralidade (Aragão, 2005, p. 298). De todo modo, na busca dos chamados “fins últimos da lei”, substitui-se um fantasioso formalismo jurídico, inclusive porque não encontra base no mundo real, por um sistema regulado dialógico em que se acoplam várias lógicas gerenciais para tornar efetiva a atuação administrativa.

A utilização de práticas consensuais pela Administração Pública brasileira remete, assim, a uma evolução do princípio da legalidade, que deixa de ter uma delimitação estrita, associada à imperatividade, para abrigar uma compreensão mais flexível e *negocial* do Estado. Provavelmente, só desse modo será possível – ou, pelo menos, mais fácil – à Administração interferir virtuosamente na vida social e econômica do País. Mediante um novo paradigma, estribado na colaboração com o particular, tornar-se-ão maiores as oportunidades de superação da crise de eficiência estatal.

¹⁰ A expressão *Escola de Chicago* identifica o conjunto de ideias que sustentam o retorno a uma economia de *laissez-faire* (neoliberalismo econômico); elas se desenvolveram a partir dos anos 1950 no Departamento de Economia da Universidade de Chicago e alcançaram outras áreas acadêmicas relevantes como a sua escola superior de Administração e sua faculdade de Direito.

¹¹ Essa noção de *governança* decorre do exercício da deliberação coletiva, que se consubstancia na disponibilidade de mecanismos institucionais de negociação paritária e efetiva entre os agentes públicos e os cidadãos.

O princípio da indisponibilidade, contudo, não raro foi utilizado como justificativa para impedir o avanço da ideia de *consensualidade* no contexto da Administração Pública (Medauar, 2017, p. 378). Isso se deve muito mais ao quase atávico apego dos juristas ao passado, geralmente mais sedutor que a reflexão crítica sobre o papel dos valores atuais. Nesse contexto, foi decisivo o advento da Lei nº 13.140/2015 (Brasil, [2016]); ela não introduziu, de forma inaugural, medidas de consensualismo na esfera administrativa, pois a Lei nº 8.987/1995 (sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos) já contemplara o “modo amigável de solução das divergências contratuais” (Brasil, [2021a])¹².

Porém, com a Lei nº 13.140/2015, esses mecanismos tornaram-se amplos e mais bem estruturados, inclusive com a criação de regras específicas (em verdade tímidas, pois o legislador poderia ter dado passos mais largos para estimulá-las). Ainda assim, em seu art. 35 a referência à possibilidade de transação pressupõe claramente uma revisitação do princípio da indisponibilidade do interesse público. Um mês antes, a Lei nº 13.129/2015 instituía a adoção de procedimento arbitral para pessoas jurídicas de Direito Público; entretanto, ao acrescentar o § 1º à redação do art. 1º da Lei nº 9.307/1996 (*Lei da arbitragem*), seu art. 1º restringia tal possibilidade a “direitos patrimoniais disponíveis” (Brasil, 2015)¹³.

Não há essa limitação na Lei nº 13.140/2015. O único obstáculo à adoção irrestrita de métodos consensuais de resolução de disputas que implicam a Administração é a vedação constante do § 4º do art. 32, conforme o qual as câmaras de prevenção e de resolução administrativa de conflitos não atuam quando há “controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo” (Brasil, [2016]). Assim também, conforme o art. 38, exclui-se a atuação do órgão em conflitos de ordem tributária, cuja resolução segue regras próprias¹⁴; afora isso, não há prévio limite. O Estado brasileiro, pois, finalmente começou a pôr de lado a aplicação “meramente lógico-subsuntiva das regras jurídicas pela mera invocação da legalidade formal” (Aragão, 2005, p. 298).

4 As agências e os conflitos regulatórios

A atividade regulatória serve para a disciplina, a fiscalização e a adequação dos serviços públicos diretamente prestados ou delegados pelo Estado, tais como água e esgoto, energia elétrica e gás canalizado (Marques Neto, 2009, p. 45-47). Contudo, o modelo de regulação

¹² As normas de contratação pública também dispõem a respeito da solução amistosa de conflitos contratuais.

¹³ Sobre a dificuldade da Administração Pública em submeter-se à arbitragem antes das disposições legislativas de 2015, ver Sundfeld e Câmara (2008).

¹⁴ Com o advento da Lei nº 13.988/2020 (Brasil, [2025c]), a transação tributária – que pode ser interpretada como uma abertura da Administração Pública à negociação consensual com o contribuinte – é um marco relevante para a adoção de método não litigioso de resolução de conflitos e de controvérsias na esfera tributária.

mediante agências oriundo dos EUA contrasta com o padrão da Administração Pública brasileira, que tem suas raízes na França.

No caso estadunidense, as agências foram criadas ainda no início do século 20 e expandiram-se durante o New Deal na década de 1930, como forma de relativização das liberdades públicas, ao passo que as primeiras agências reguladoras do País começaram a ser criadas a partir de meados dos anos 1990 na esfera federal¹⁵ e, logo em seguida, em quase todos os estados da federação¹⁶. Assim, como o demonstra Binenbojm (2005, p. 153), a ambiência que fomentou o surgimento das agências reguladoras nos EUA é notavelmente diversa da conjuntura brasileira.

A criação de agências reguladoras nos anos 1990 inovou na estrutura administrativa nacional. Como são autarquias especiais, fazem parte da Administração Pública indireta, isto é, descentralizada. Suas atribuições relacionam-se à regulamentação e ao poder de polícia administrativa relativas ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos; elas incluem a disciplina, a fiscalização e a eventual imposição de sanções aos infratores da legislação pertinente. Segundo Barroso (2002), suas funções englobam: a) o controle de tarifas, com o objetivo de assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; b) a universalização dos serviços, ao estendê-los a parcelas da população que deles não se beneficiavam dada a escassez de recursos; c) o fomento da competitividade nas áreas sem monopólio natural; d) a fiscalização do cumprimento do contrato de concessão; e e) o arbitramento dos conflitos entre as partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade, os investidores potenciais etc.

Apenas com a edição da Lei nº 13.848/2019 (*Lei geral das agências reguladoras*) (Brasil, 2019) se veio de fato a falar de gestão institucional uniformizada para as agências reguladoras, com a definição de regras gerais de sua organização e processo decisório, além de seu controle social. Todavia, não há uma norma com densidade dogmática que apresente respostas viáveis para elidir situações litigiosas relativas à sua atuação, em especial quanto aos limites dos seus poderes regulatórios e de suas competências; e justamente nesse quadro constata-se a vocação natural das agências reguladoras para a implantação de uma política de consensualismo.

Egressos de um Direito Administrativo mais formalista e burocrático, os entes tradicionais da Administração Pública direta e indireta geralmente têm menor autonomia para atuar, embora isso seja recomendável quando se trata de implantar soluções favoráveis

¹⁵ O Estado brasileiro conta com onze agências reguladoras, aqui citadas em ordem cronológica de criação: a) a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); b) a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); c) a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); d) a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); e) a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); f) a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA); g) a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); h) a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); i) a Agência Nacional do Cinema (Ancine); j) a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); e k) a Agência Nacional de Mineração (ANM).

¹⁶ A experiência brasileira com o paradigma regulatório pode mesmo retroceder em alguns anos, dada suas origens no setor financeiro nacional. Com efeito, não se duvida de que o Banco Central do Brasil, criado pela Lei nº 4.595/1964 (*Lei do Sistema Financeiro Nacional*), já continha institutos que definiam o marco regulatório do setor financeiro.

aos administrados. De todo modo, as agências reguladoras contêm em sua essência um *ethos* voltado para a criação e a preservação de políticas públicas com o fim de aprimorar a prestação de serviços públicos¹⁷. O que as diferencia positivamente no cumprimento desse objetivo é o maior grau de discricionariedade derivado de sua autonomia administrativa.

A instituição de um regime jurídico especial intenta preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, sobretudo do Estado e de seus agentes. Por essa razão, procurou-se demarcar um espaço de legítima discricionariedade, com presumido predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas, foi-lhes outorgada autonomia político-administrativa e econômico-financeira. Dessa forma, a atividade regulatória das agências supostamente permite alcançar um grau mais elevado de *responsividade social* que os órgãos e entidades tradicionais, em virtude da adoção de procedimentos negociados. Assim, por meio das agências, a função regulatória dispõe de um conjunto de instrumentos bem mais eficiente e que permite ao Estado uma ordenação ótima de atividades econômicas essenciais para cumprir um de seus principais objetivos: melhorar as condições sociais dos cidadãos.

Dantas (2023, p. 73) ressalta que “a atividade regulatória se realiza como intervenção estatal na economia [...] por meio da edição de normas, implementação dessas normas e fiscalização do cumprimento dessas mesmas normas, por meio de intervenção estatal indireta”. Salienta-se precisamente a vocação intrínseca das agências reguladoras de melhorar a prestação dos serviços públicos mediante mecanismos mais flexíveis, ágeis e dinâmicos. Ou seja, por meio delas é mais fácil lograr a desejada boa governança da Administração Pública. A substituição do modelo de atuação (ou eventualmente a intervenção estatal direta nos serviços públicos) por um de regulação indireta implica mudar a perspectiva sobre o papel do Estado. Fruto desse complexo ambiente, o marco regulatório parece constituir um cenário propício à criação de uma cultura de consensualismo para se superarem conflitos entre os diversos interesses que se opõem. Desse modo, no setor regulatório o consensualismo apresenta-se como um conjunto de práticas e procedimentos destinados a obter soluções acordadas entre as partes envolvidas num conflito, por meio de negociação direta, de mediação ou de outras formas de resolução alternativa de disputas. A diferença é que em sua concepção original as agências reguladoras se destinam à consecução de um sistema de supervisão e monitoramento da prestação de serviços públicos e da atuação de agentes de determinados segmentos econômicos; logo, devem considerar a prevalência de soluções consensuais porque são dotadas de maior eficiência e eficácia.

Um rápido exame da legislação relativa às agências reguladoras demonstra esse compromisso com a resolução consensual de conflitos. A Lei nº 9.472/1997 (Brasil, [2021c]) – que criou

¹⁷ Contudo, poder-se-ia argumentar que a regulação da economia por meio das empresas estatais – sociedades de economia mista e empresas públicas – talvez fosse mais eficiente, sem haver o influxo pernicioso do fenômeno da *captura*, que parece mais comum nas agências reguladoras. Parâmetros mais objetivos de avaliação, no entanto, deveriam ser suscitados para contrastar as diferenças do controle do poder econômico mediante empresas estatais ou agências reguladoras, o que não é objeto deste artigo. Sem dúvida, seria uma discussão relevante para avaliar os instrumentos institucionais que tornam mais eficiente o controle estatal sobre o poder econômico.

a Anatel (art. 93) e dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações – trata do contrato de concessão, do foro e do modo amigável para a solução extrajudicial dos conflitos contratuais. Do mesmo modo, no art. 43 da Lei nº 9.478/1997 (Brasil, [2025a]) – que dispõe sobre a política energética e a ANP –, especifica-se que, dentre as cláusulas essenciais, deve constar a que concerne à solução de controvérsias, ao contrato e à sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacionais.

Assim também, no art. 35, XVI, e no art. 39, XI, da Lei nº 10.233/2001 (Brasil, [2024]) – que trata da criação da ANTT e da Antaq – determina-se que os contratos contenham cláusula específica para a solução de controvérsias contratuais mediante conciliação e arbitragem. O art. 62, § 1º, da Lei nº 12.815/2013 (Brasil, [2022]), dispõe sobre a resolução de litígios decorrentes do inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras de portos, relativo ao recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, por meio da arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/1996. Na norma da ANA (Brasil, [2023]) também se define a mediação e a arbitragem como meios de resolução de conflitos no art. 4º-A, § 5º, incluído pela Lei nº 14.026/2020. Trata-se de um alinhamento da norma da ANA, que amplia a adoção de práticas de negociação por consenso.

A aplicação prática do consensualismo no âmbito das agências tem implicado a celebração dos denominados *acordos substitutivos*, atos bilaterais celebrados entre a Administração e os particulares para barrar ou para extinguir um processo administrativo sancionador. Os exemplos geralmente mencionados tratam da substituição de multas por outras presilações, como a de realizar investimentos nos serviços públicos fiscalizados pela agência. São conhecidos os casos perante a Anatel (Resolução nº 768/2024) e a Aneel (Portaria nº 6.858/2023); de acordo com esta, é possível o ajuste consensual para que, diante do não cumprimento de obrigações ou da incursão em práticas vedadas, as prestadoras do serviço público substituam multas por outras medidas de interesse do setor. Trata-se, na prática, de verdadeiros *termos de ajustamento de conduta* – para utilizar a linguagem da Lei nº 13.140/2015. Conforme Sundfeld e Câmara (2011), no ambiente das agências reguladoras existe um sistema sancionador aberto, em que a lei setorial não define na forma de *numerus clausus* os deveres, as proibições, as infrações e as sanções aplicáveis – e tais definições cabem sobretudo aos regulamentos. Pela mesma razão, “qualquer óbice a que eles prevejam como causa excludente das sanções a realização, pelo prestador, de investimentos no interesse do serviço”.

Em 2020, a Anatel viu-se diante de um grande volume de reclamações de consumidores contra uma grande operadora de telefonia móvel. Em vez de apenas abrir um procedimento para apurar e aplicar as sanções cabíveis, a Anatel propôs um termo de ajustamento de conduta (TAC), mediante o qual, além da correção de condutas narradas e do estabelecimento de critérios para a reparação dos usuários eventualmente lesados, a prestadora se

comprometeria a promover a melhoria de seus serviços em todo o País¹⁸. Esse TAC consignou a cláusula *compromissos estruturantes*, que compreende: a) a garantia da oferta do sinal da quarta geração de internet móvel para 449 municípios ainda não atendidos por ela; b) a disponibilidade de fibra óptica para 238 municípios; e c) a ampliação da oferta de sinal 4G na faixa de 700 MHz em 1.388 municípios, dentre os quais 350 – situados nas regiões Norte e Nordeste e no norte de Minas Gerais e de Goiás – tinham menos de 30 mil habitantes¹⁹. Casos como esses revelam os méritos do consensualismo para a resolução mais rápida de litígios, com resultados mais efetivos e com menor dispêndio de tempo e de recursos para as partes envolvidas. Ademais, as soluções construídas deixam de estear-se em modelos abstratos e vão ao encontro de necessidades reais. São mais flexíveis e conseguem ser mais personalizadas ou verticalmente setoriais. Com isso, fomenta-se o dinamismo e a eficiência na solução de conflitos em setores extremamente técnicos, como o de telecomunicações ou o de energia.

A despeito da generalizada adesão *interinstitucional* às normas e às decisões de caráter técnico das agências reguladoras, ainda há judicialização para se obterem decisões que as contrariam. Ilustra isso a declaração do diretor-geral da Aneel Sandoval Feitosa sobre a transferência de controle de concessão da Amazonas Energia para a Âmbar Energia:

“É legítima a interferência do poder judiciário? Sim, na minha humilde opinião, na discussão sobre forma, na discussão sobre cumprimento de ritos, nunca sobre a tecnicidade da matéria”, afirma. “O setor regulado, de uma forma geral, também contribui para essa judicialização, na medida em que, ao não ter os seus pleitos atendidos na agência, recorre ao Poder Judiciário, e muitas das vezes levando discussões técnicas” (Feitosa, 2025).

O caso demonstra que as agências reguladoras ainda não atingiram um nível de maturidade em que suas decisões de ordem técnica não provoquem dissenso ou questionamento entre os agentes do setor econômico sob sua responsabilidade, tanto na esfera administrativa quanto na judicial.

5 Consensualismo regulatório

Como se já não fossem suficientes as vantagens de um modelo com instrumentos consensuais para a Administração Pública, a prática estadunidense surgida na década de 1980 foi mais longe. Ela propôs a adoção de um modelo em que a metodologia consensual

¹⁸ Seria bem interessante debater sobre a avaliação da atuação das agências em ambientes ou setores econômicos com oligopólios ou monopólios privados.

¹⁹ Os dados da tramitação do processo de implantação desse TAC podem ser acessados no site da Anatel ([2025]).

não se destinasse somente a definir acordos pontuais com particulares para a resolução de conflitos administrativos; a promoção estatal da regulação negociada não se restringiu a casos específicos de solução de conflitos. Essa concepção regulatória converteu-se, pois, num modelo implantado em toda a atividade regulatória dos EUA. Da ideia de *governança pública*, especialmente quando consideradas suas vantagens preventivas, nasceu a perspectiva de uma regulação negociada (ou consensualismo regulatório). Conhecido no jargão jurídico norte-americano como *neg reg* (ou *reg neg*), esse modelo surgiu da observação de que os instrumentos administrativos tradicionais utilizados pelas agências reguladoras também se tinham tornado bastante conflitivos.

Geralmente apontado como o primeiro a propor essa releitura para uma reconstrução do processo regulatório, Harter (1982, p. 105) parte da premissa de que a práxis das agências reguladoras resultou num sistema demasiado complexo, que – embora concebido para salvaguardar a população contra a produção de normas “arbitrárias ou caprichosas” – deu lugar a um ambiente caracterizado por “demora, custo e insatisfação” (Harter, 1982, p. 1). O autor propõe que se supere essa situação de mal-estar que impede que as agências atinjam seus objetivos institucionais de modo mais efetivo.

A solução obtida por consenso não é um mecanismo de atuação *ex post*, mas *ex ante*. Por conseguinte, na elaboração das normas regulamentares que são a razão de ser das agências, devem-se definir procedimentos para uma regulamentação negociada. Especialmente no caso dos EUA, o problema assumiu uma conotação inusitada porque, segundo Harter (1982, p. 4-5, 24), tanto os tribunais quanto o Congresso impõem o cumprimento de requisitos *procedimentais (procedural requirements)*; noutros termos, a regulamentação negociada na esfera administrativa adquiriu um *status* na cultura institucional de tal modo relevante que se tornou condição necessária à sua plena realização, antes de eventual discussão nas esferas judicial ou legislativa. Disso resultaria uma situação híbrida que combina a configuração original das agências reguladoras, considerada informal (*informal rulemaking*), e as determinações mais recentes advindas dos Poderes Legislativo e Judiciário, que seriam mais formalistas. Embora houvesse consenso de que era necessário impor algum grau de formalismo no processo regulatório, persistia o mal-estar, pois as partes continuavam a queixar-se “do tempo, das despesas e da legitimidade das decisões administrativas nele obtidas” (Harter, 1982, p. 6, tradução nossa).

É notável que o caso estadunidense seja precisamente o inverso do brasileiro. Naquele, o informalismo no processo regulatório precisou ser calibrado com exigências formais para assegurar a legitimização das agências, ao passo que no Brasil o excesso de formalismo do Direito Administrativo acarretou a necessidade de órgãos mais flexíveis para se criarem normas regulamentares. De qualquer forma, é significativo que, para suprirem o *mal-estar* – eufemismo adotado por Harter (1982, p. 6, 17) em seu artigo pioneiro –, as agências norte-americanas passaram a considerar técnicas de consensualismo não apenas para o processo sancionador, mas também no contexto do procedimento normativo regulatório. A agência alcança evidente legitimidade ao abrir mão de uma posição autocrática de

superioridade (embora formalmente controle o procedimento) e ao permitir que os grupos diretamente envolvidos negoçiem com ela a melhor maneira de disciplinar o serviço público sob sua alcada. Logo, parece que a prática norte-americana se encontra um passo adiante em relação aos acordos substitutivos empregados no Brasil: as agências reguladoras dos EUA conservam o poder regulamentar, mas o particular é protagonista na elaboração de normas regulatórias; de modo distinto, no Brasil a formulação da regulação ainda provém de agentes públicos de forma quase unilateral. Assim, a eficácia do modelo de agências para o sucesso de sua missão institucional reposaria também num consensualismo preventivo, isto é, na capacidade de as agências congregarem o envolvimento de distintas partes, nelas incluídos os concessionários, os usuários e as comunidades direta ou indiretamente interessadas. As agências federais de aviação (Federal Aviation Administration (FAA)) e de proteção ambiental (Environmental Protection Agency (EPA)) foram os primeiros órgãos a implantar a regulação negociada; atualmente, a prática é amplamente difundida na Administração estadunidense.

Em 1990, o Congresso dos EUA aprovou a *Negotiated Rulemaking Act* (lei da regulamentação negociada) ou simplesmente *Neg Reg Act* (United States, 1990). Em 1996, os procedimentos do consensualismo regulatório foram incorporados ao *Administrative Procedure Act* (lei de procedimento administrativo (APA)), de 1946. Considerando-se que, pelo menos ao tempo de sua edição, as decisões das agências não eram escrutinadas pelo Poder Judiciário daquele país²⁰, havia a preocupação em legitimar o caráter consensual da norma por meio do procedimento adotado. Ao estruturar a condução da produção normativa negociada (*a framework for the conduct of negotiated rulemaking*) (United States, 1990), os §§ 581 a 590 do subcapítulo IV do Capítulo V da primeira parte da lei dispõem sobre a criação de normas pelas agências reguladoras. Seu propósito é prover-lhes uma estrutura adequada. Além disso, é notório o propósito de encorajá-las a manter uma atuação informal na expedição de regulamentos: o texto afirma que as disposições nele presentes não inibem nem limitam a atuação das agências quanto à inovação ou à experimentação de novas modalidades de negociação para se fixarem normas e procedimentos.

De acordo com o § 583 da lei, o procedimento é iniciado pelo chefe ou presidente da agência afeta ao assunto da negociação, se vier a ser considerado de interesse público; e o ato deve ser adequadamente motivado. Em seguida, a agência colhe os pareceres técnicos iniciais, que podem ser dados por seu próprio pessoal ou por técnicos convocados. Caso prossiga, cria-se ou não o comitê para a regulamentação normativa negociada (*negociated rulemaking committee*), sob o qual o restante do procedimento se desenvolverá mais diretamente. O comitê representa os interesses em disputa e, conforme o § 585 (b), é composto

²⁰ Trata-se da doutrina Chevron, afirmada pela Suprema Corte dos EUA no caso *Chevron USA, Inc. v. NRDC*. Nela se consagrhou o princípio de deferência, segundo o qual as cortes judiciais, particularmente as federais, devem exercer autocontenção; em vez de intervirem (*judicial review*), devem respeitar ou ser deferentes à interpretação dada pelas agências reguladoras à legislação emanada do Congresso, desde que não contrária a ela, visto que o Poder Legislativo delegou à agência essa atribuição. Contudo, atualmente ela tem sido revista, como o demonstra o recente julgamento do caso *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* (2024).

de 25 membros no máximo, a menos que o dirigente da agência julgue necessária uma composição maior para garantir o seu funcionamento ou para alcançar uma composição paritária. Além disso, ao menos um deles deverá ser representante das agências. Todavia, se a administração superior da agência decidir não prosseguir com o procedimento de regulamentação negociada, essa decisão, igualmente fundamentada, deverá ser publicada e se garantirá a qualquer pessoa uma cópia dela.

As disposições constantes dos §§ 586 e 587 dispõem sobre o funcionamento e o término do comitê. Para a obtenção do consenso, ele pode adotar os procedimentos que julgar mais apropriados a fim de conciliar os interesses particulares com as necessidades públicas. O comitê também pode designar facilitadores para levar adiante as negociações. O APA não define os passos do procedimento de negociação, como costuma ocorrer em qualquer situação em que se adote o consensualismo – prefere-se a flexibilidade a modelos mais formais. Atingido o consenso, o comitê deve apresentar relatório circunstanciado em que conste a proposição normativa dele decorrente, que deverá ser promulgada pela agência. Depois, o comitê será dissolvido, salvo se um prazo anterior para seu término tenha sido fixado ou se o comitê entender que suas funções devem ser encerradas por não mais haver espaço para se atingir o consenso almejado. Por fim, o § 590 determina que não é sindicável pelo Poder Judiciário “qualquer ação da agência relacionada ao estabelecimento, à assistência ou ao encerramento de um comitê de negociação de normas sob este subcapítulo” (United States, 1990, tradução nossa); nesse dispositivo, estabelece-se que um tribunal não deve tratar com deferência qualquer decisão judicial que desautorize uma norma produzida em negociação mediada por uma agência reguladora.

Há quem argumente não haver maiores vantagens na obtenção de um consenso regulatório, pois ela poderia envolver mais dispêndio de tempo, dinheiro e recursos tanto das agências como dos particulares envolvidos no processo; ademais, poderia induzir à ideia de diminuir a presença da Administração²¹. Além da maior legitimidade do processo, dada sua dinâmica voltada à inclusão dos interesses envolvidos, um procedimento flexível parece ser mais adequado em certos setores ou atividades em contínua inovação tecnológica. O estudo de Freeman e Langbein (2000, p. 86) demonstra que cerca de 80% dos questionamentos eram resolvidos com a apresentação de informações objetivas. O comprometimento de todas as partes envolvidas estimularia o cumprimento espontâneo e fortaleceria a capacidade de as agências atuarem para a solução efetiva de conflitos, algo perceptível na menor litigância verificada depois da regulamentação. Quanto ao criticismo, para Freeman e Langbein (2000, p. 74, tradução nossa), a *neg reg* não representa “um dramático afastamento das formas tradicionais de produção normativa”, já que, de forma geral, teriam ocorrido, pelo menos na prática das agências reguladoras norte-americanas, “negociações informais com as partes interessadas”.

²¹ Esses argumentos são detidamente analisados num longo estudo de Freeman e Langbein (2000).

Ao institucionalizar essas tratativas, o consenso regulatório apenas as formalizaria e, ao fazê-lo, sinalizaria a mudança de paradigma: de um modelo administrativo impositivo para um de cunho colaborativo e participativo, alinhado com teorias contemporâneas de governança e de regulação *responsiva*. Coglianese (1997, p. 1.268) assinala que no final da década de 1990 pelo menos doze leis (*statutes*) determinaram a certas agências a realização de processos negociados de regulamentação – dentre elas, os departamentos de educação, de saúde, do interior, de serviços humanos, de habitação e desenvolvimento urbano, além da comissão nuclear. No entanto, a despeito das anunciadas vantagens de um modelo regulatório mais participativo, a práxis norte-americana não parece corresponder à intensificação de casos inicialmente almejada pelo Congresso. Ou seja, nos EUA as supostas vantagens também não parecem ser demasiadas. Um exemplo recente e que tem despertado particular interesse diz respeito à necessidade de se normatizarem os empréstimos concedidos a universitários, cujo inadimplemento aumentou depois da pandemia da Covid-19.

A propósito, a página oficial do Departamento de Educação dos EUA veicula a sequência de atos praticados no procedimento que se estendeu ao longo do biênio 2023-2024 com o fim de proceder a “mudanças regulatórias nos programas autorizados pelo Título IV da Lei da Educação Superior de 1965” (United States, 2025, tradução nossa). Também é possível observar todos os passos requeridos pelo *Neg Reg Act* desde a afetação do tema e a formação do Comitê até as sessões públicas realizadas e as conclusões obtidas. A análise dessas informações permite constatar que se tratou de uma importante experiência na utilização recente da *reg neg* e que revelou a extensão de seu potencial, como o projetara o legislador estadunidense. Ao estruturar um amplo fórum para as discussões, em que tiveram voz especialmente os *stakeholders* menos favorecidos, o Comitê granjeou legitimidade no campo acadêmico e propiciou a concepção de soluções sustentáveis. Por meio de um procedimento transparente e permeável a todos os interessados também se garante a legitimidade de uma *reg neg*, como o comprovam detalhadamente Susskind e McMahon (1985, p. 163-164) ao descreverem as condições-chave de adesão efetiva. Ainda assim, o consenso não foi obtido em vários de seus pontos cardeais; isso revelou que, apesar das inequívocas vantagens dos mecanismos autocompositivos, é imprescindível estimular na sociedade uma cultura de superação pacífica do conflito.

No caso brasileiro, a inclusão dos arts. 26 e 29 no Decreto-lei nº 4.657/1942 (*Lei de introdução às normas do Direito brasileiro*) (Brasil, [2018]) pode servir de fundamento legal para a implantação de processos e procedimentos normativos negociados pelas agências reguladoras, pois o art. 26 estabelece a possibilidade de se estipularem compromissos entre o Poder Público e os interessados para a superação de incertezas jurídicas, e o art. 29 estimula o recurso a mecanismos como a consulta pública para a edição de atos normativos no âmbito da Administração. Gregio (2024, p. 113-114) afirma que surge, naturalmente, “a consensualidade no trato da coisa pública. O desafio doutrinário e jurisprudencial que ora se impõe não mais reside nessa discussão. O problema, agora, reside no modo [...], a compreensão de como pode funcionar e quais seus limites”.

O consensualismo regulatório desponta como abordagem promissora e provavelmente desempenhará um papel crescentemente relevante à medida que os ambientes regulatórios exigirem resposta rápida em virtude das contínuas mudanças tecnológicas, econômicas e sociais.

6 Conclusão

Este estudo examinou a importância do consensualismo como método de resolução de litígios na Administração Pública e, em especial, a sua capacidade de tornar a negociação um pilar gerencial para se implantar uma política regulatória mais eficaz e dinâmica que os métodos tradicionais.

O consensualismo regulatório é, com efeito, uma ferramenta capaz de proporcionar soluções mais rápidas, flexíveis e adaptadas às necessidades específicas das partes envolvidas. Sua implantação faria aumentar o nível de legitimidade e de aceitação das decisões das agências reguladoras; e a principal consequência benéfica seria a disposição ao cumprimento voluntário das normas, além de uma relação mais construtiva e amistosa entre Estado e o setor privado sob a regulação, com um real ganho socioeconômico para o conjunto da sociedade.

Parece não haver dúvida de que a institucionalização da cultura da solução negociada permite reduzir custos e melhorar os índices de *compliance* e de transparência, bem como alcançar soluções inovadoras e mais adequadas às complexidades dos setores regulados; essas soluções podem ser enumeradas dentre as mais destacadas vantagens da utilização da *neg reg* no âmbito regulatório. Contudo, tais práticas consensuais exigem o desenvolvimento de novas competências, tanto dos reguladores quanto dos regulados, sobretudo em relação às habilidades de negociação e de resolução colaborativa de problemas.

Evidentemente, tornar flexível um paradigma tradicional – formal e imperativo – exige transparência de todos os atores públicos e privados interessados, num processo simultaneamente acompanhado e validado pelos órgãos de controle, a fim de que se assegure a prevalência do interesse público.

Referências

- ANATEL (Brasil). TAC TIM: acompanhamento e controle. Brasília, DF: Anatel, [2025]. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/paineis/acompanhamento-e-controle/tac-tim>. Acesso em: 7 maio 2025.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 42, n. 167, p. 293-309, jul./set. 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/850>. Acesso em: 7 maio 2025.
- ARQUITETURA da escolha. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. [São Francisco, CA: Wikimedia Foundation], 7 fev. 2023. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Arquitetura_da_escolha. Acesso em: 7 maio 2025.

AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. *Revista de Mediação e Arbitragem*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 75-94, abr./jun. 2005. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/institucional/cejusc/bibliografia/artigo-andre-fatores-de-efetividade.pdf>. Acesso em: 7 maio 2025.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-311, jul./set. 2002. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v229.2002.46445>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>. Acesso em: 7 maio 2025.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-165, abr./jun. 2005. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43622>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43622>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l18987cons.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l19099.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l19472.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2025a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l19478.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l19984.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2025b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. 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, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nºs 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2025c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

CHEVALLIER, Jacques. La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? *Revue française d'administration publique*, Paris, n. 105-106, p. 213-217, 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.3917/rfap.105.0203>. Disponível em: <https://shs.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2003-1-page-203?lang=fr&tab=texte-integral>. Acesso em: 7 maio 2025.

COGLIANESE, Cary. Assessing consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking. *Duke Law Journal*, Durham, NC, v. 46, n. 6, p. 1.255-1.349, Apr. 1997. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol46/iss6/1/>. Acesso em: 7 maio 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, [2021]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 7 maio 2025.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Brasília, DF: CNMP, [2020]. Disponível em: <https://cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/154>. Acesso em: 7 maio 2025.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. *Revista ANNEP de Direito Processual*, Salvador, BA, v. 1, n. 1, p. 140-162, jan./jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.34280/annep/2020.v1i1.33>. Disponível em: <https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/33>. Acesso em: 7 maio 2025.

DANTAS, Bruno. *Consensualismo na administração pública e regulação: reflexões para um direito administrativo do século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. New Haven: Yale University Press, 1973.

FEITOSA, Sandoval. Decisões judiciais limitam atuação técnica da Aneel em alguns casos, avalia diretor-geral. Entrevista concedida a Marlla Sabino. *JOTA*, [s. l.], 21 jan. 2025. Disponível em: [https://www.jota.info/energia/decisoes-judiciais-limitam-atuacao-tecnica-da-aneel-em-alguns-casos-avalia-diretor-geral?utm_campaign=jota_info_ultimas_noticias_destake_2112025&utm_medium=email&utm_source=RD+Station](https://www.jota.info/energia/decisoes-judiciais-limitam-atuacao-tecnica-da-aneel-em-alguns-casos-avalia-diretor-geral?utm_campaign=jota_info_ultimas_noticias_destaque_2112025&utm_medium=email&utm_source=RD+Station). Acesso em: 7 maio 2025.

FREEMAN, Jody; LANGBEIN, Laura I. Regulatory negotiation and the legitimacy benefit. *N.Y.U. Environmental Law Journal*, New York, v. 9, p. 60-151, 2000. Disponível em: https://www.academia.edu/722691/Regulatory_Negotiation_and_the_Legitimacy_Benefit_9_NYU_ENVTL?uc-g-sw=722690. Acesso em: 7 maio 2025.

GOMES, Ana. *Métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Universitária, 2022.

GREGIO, Priscilla Dutra Almeida. *Autocomposição e consensualidade na administração pública: a estruturação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos a partir da Lei n. 13.140/2015*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2024. (Série Monografias do CEJ, 46). Disponível em: <http://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/7109>. Acesso em: 7 maio 2025.

HARTER, Philip J. Negotiating regulations: a cure for malaise. *The Georgetown Law Journal*, Washington, DC, v. 71, n. 1, p. 1-118, 1982. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/glj71&id=17&collection=journals&index=journals/glj>. Acesso em: 7 maio 2025.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

MENKEL-MEADOW Carrie. Alternative and appropriate dispute resolution in context formal, informal, and semiformal legal processes. In: COLEMAN, Peter T.; DEUTSCH, Morton; MARCUS, Eric C. (ed.). *The handbook of conflict resolution: theory and practice*. San Francisco, CA: Wiley, 2014. p. 1-28. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2584188#. Acesso em: 7 maio 2025.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia*: RDPE, Belo Horizonte, v. 9, n. 34, abr./jun. 2011.

_____. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 117-126, 2008. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41529>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/41529>. Acesso em: 7 maio 2025.

SUSSKIND, Lawrence; MCMAHON, Gerard. The theory and practice of negotiated rulemaking. *Yale Journal on Regulation*, New Haven, v. 3, n. 1, p. 133-165, 1985. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol3/iss1/5>. Acesso em: 7 maio 2025.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Tradução de Ângelo Lessa. Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

UNITED STATES. Congress. S. 303 – Negotiated Rulemaking Act of 1990. Washington, DC: Congress.gov, 1990. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/senate-bill/303>. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Department of Education. *Negotiated rulemaking for higher education 2023-2024*. Washington, DC: U.S. Department of Education, Feb. 21, 2025. Disponível em: <https://www.ed.gov/laws-and-policy/higher-education-laws-and-policy/higher-education-policy/negotiated-rulemaking-for-higher-education-2023-2024>. Acesso em: 7 maio 2025.

WARAT, Luís Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça: processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

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/>

Artigos



Nem rápido, nem devagar: a natureza jurídica da inteligência artificial no Direito Administrativo europeu continental

Neither Fast nor Slow: The Legal Nature of Artificial Intelligence in Continental European Administrative Law

Davi Augusto Santana de Lelis¹

Resumo

Desde sua origem, o Direito Administrativo praticado na Europa e na Ibero-América tem procurado conciliar a garantia de liberdade individual com a imposição de limites ao exercício da função administrativa do Estado. Historicamente, a atividade administrativa segue as formas do desenvolvimento produtivo e incorpora em seu cotidiano as novas tecnologias. A inteligência artificial (IA) é a mais nova tecnologia incorporada pelo Direito Administrativo e, a depender de como é utilizada, pode inviabilizar o controle da atividade administrativa e violar direitos e garantias fundamentais. A solução desse problema jurídico pressupõe a compreensão da IA como *tecnologia* (e não como mera *técnica*) e a adoção de uma natureza jurídica que permita a aplicação imediata de um regime jurídico garantista. Assim, apresenta-se a IA como o motivo do ato administrativo que permita, sem alteração alguma no atual arranjo jurídico, o controle da Administração Pública e a garantia de direitos fundamentais.

Palavras-chave: inteligência artificial; tecnologia; natureza jurídica; ato administrativo; motivo.

Abstract

Since its inception, Administrative Law as practiced in Europe and Ibero-America has sought to reconcile the guarantee of individual freedom with the imposition of limits on the exercise of the State's administrative function. Historically, administrative activity has followed the path of productive development and incorporated new technologies into its daily

¹ Davi Augusto Santana de Lelis é doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor no programa de pós-graduação *lato sensu* da Universidade Federal de Viçosa (UFV), Viçosa, MG, Brasil; professor de Direito Administrativo no Departamento de Direito da UFV, Viçosa, MG, Brasil. E-mail: davi.lelis@ufv.br

practice. Artificial intelligence (AI) is the newest technology incorporated by Administrative Law and, depending on how it is used, can hinder the control of administrative activity and violate fundamental rights and guarantees. Solving this legal problem presupposes understanding AI as a *technology* (not a mere *technique*) and adopting a legal framework that allows for the immediate application of a legal framework that protects rights. Thus, AI is presented as the motive for administrative action, enabling, without any changes to the current legal framework, the control of Public Administration and the guarantee of fundamental rights.

Keywords: artificial intelligence; technology; legal nature; administrative action; motive.

Recebido em 25/10/24

Aprovado em 28/4/25

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p37

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

Em 1965 Gordon Moore, cofundador da Intel, afirmou que a capacidade dos semicondutores dobraria a cada dois anos. E o tempo provou que a afirmação, depois conhecida como *Lei de Moore*, estava certa em parte: em 2019, a Google divulgou que tinha atingido a supremacia quântica e aumentado exponencialmente a capacidade de computação (Pichai, 2019).

Se a tecnologia muda rapidamente, o mesmo não se pode dizer do Direito, especialmente o Direito Público, ainda fundamentado no Direito do início da contemporaneidade. Isso poderia ser um problema, pois até o momento o Direito tem-se realizado conforme a organização produtiva e social determinada pela tecnologia. Contudo, para alguns estudiosos, o Direito Público não tem demonstrado a capacidade de reagir à atual revolução produtiva, dado que seus fundamentos respondem a outro tipo de sociedade e economia – e, por isso, quando intervém, o faz mal e tarde (Boix Palop, 2007, p. 129).

² LELIS, Davi Augusto Santana de. Nem rápido, nem devagar: a natureza jurídica da inteligência artificial no Direito Administrativo europeu continental. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 247, p. 37-63, jul./set. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p37. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/247/ril_v62_n247_p37

³ Lelis, D. A. S. de. (2025). Nem rápido, nem devagar: a natureza jurídica da inteligência artificial no Direito Administrativo europeu continental. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(247), 37-63. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p37

A revolução tecnológica capitaneada pela informática, com a IA, tem alterado o papel do Direito. Essa constatação faz surgirem propostas de um Direito que atenda ao modelo produtivo da Google (Boix Palop, 2007) ou de um Direito Público e Privado mais *customizável*, baseado em decisões de sistemas inteligentes (Ben-Shahar; Porat, 2021). Se se identifica que a IA tem mudado o perfil do Direito, é necessário pensar nas consequências dessa mudança e em como o Direito pode atuar de acordo com a nova realidade da organização social e do sistema produtivo.

Nesse novo marco tecnológico, há posições extremas: a Alemanha, por exemplo, opta pela completa proibição da utilização de IA nas decisões judiciais (Huergo Lora, 2020, p. 79), ao passo que nos EUA se utiliza a IA na tomada de decisão judicial – um exemplo disso é o aplicativo Compas, que determina a possibilidade de reincidência criminal (Coeckelbergh, 2023) – e, na atuação da Administração Pública, emprega-se a IA para a concessão de crédito (Ben-Shahar; Porat, 2021, p. 237). Há países como a França, que admitem o uso de IA, desde que ele atenda a pré-requisitos legais (France, 2018), assim como existem posições intermediárias – as mais comuns nos países de tradição jurídica europeia continental (TJEC) –, como a Espanha, que opta pela regulamentação do uso de IA nas decisões administrativas (Boix Palop, 2020).

Tanto na Europa quanto nos EUA, na Argentina, no Brasil, na Colômbia, no Chile e no Peru já existem normas de proteção de dados, que apresentam bons resultados quanto à proteção de direitos individuais, em especial na relação entre particulares, mas ainda sem grandes avanços no Direito Público (Conheça [...], 2023; Silva; Silva; Ribeiro; Porto Júnior; Braios, [2022]).

Sugere-se neste estudo um passo novo na discussão: questionar se o Direito (em especial, o Direito Administrativo) precisa avançar e modificar-se com a mesma velocidade da tecnologia aplicada ao sistema produtivo e abrir mão de seus fundamentos tradicionais, ou se ele já é capaz de responder ao avanço tecnológico e de implantar a IA em suas atividades sem ferir direitos e garantias fundamentais, ao mesmo tempo em que permita o avanço tecnológico e produtivo descontinuado pela atual revolução tecnológica.

Diante das novas aplicações de sistemas inteligentes no Direito, busca-se a adequação entre ele e a tecnologia, para a aplicação e o controle dos atos administrativos postos em prática com o auxílio da IA. Em outras palavras, é preciso questionar a natureza jurídica da IA para o Direito Administrativo de TJEC com o propósito de saber se o tempo do Direito tem que ser acelerado para acompanhar o tempo da tecnologia ou se ele já contempla um sistema normativo que torna possível o controle da atividade administrativa realizada com IA.

A resposta a essa questão já foi oferecida por Huergo Lora (2020), que afirma não haver natureza jurídica alguma para os algoritmos preditivos. Boix Palop (2020) sustenta que os algoritmos são regulamentos e Berning Prieto (2023) entende que deve haver natureza jurídica, mas com a criação de uma nova categoria jurídica para os algoritmos. Pretende-se tecer uma proposta para a natureza jurídica da IA, na teoria geral do Direito Administrativo, que seja universalizável no Direito ibero-americano (González-Varas Ibáñez, 2012; Garcia

de Enterría, 1994), sem a necessidade de qualquer alteração normativa ou modificação relacionada ao tempo do Direito em apresentar respostas mais rápidas.

A dimensão geográfica da Ibero-América justifica-se, pois, a partir do século 16, com a expansão marítima europeia, a TJEC atravessou o Atlântico e foi-se instalando nas colônias americanas de Portugal e Espanha (Garcia de Enterría, 1994). Como o demonstra González-Varas Ibáñez (2012), consideradas as diferenças entre os países, a Ibero-América compartilha a mesma teoria geral de Direito Administrativo – nascido na França no final do século 18 – quanto à normatividade da prática administrativa. E essa prática distinta não impede a discussão no âmbito da teoria geral do Direito Administrativo que abarque todo esse espaço geográfico.

Para responder à questão sobre natureza jurídica da IA para o Direito Administrativo de TJEC, apresenta-se neste estudo: a) o que se entende por *natureza jurídica*; b) uma breve definição de *tecnologia*, para se compreender o que são *sistemas inteligentes, inteligência artificial e algoritmos*; e c) o debate atual sobre o que é a IA para o Direito Administrativo, com base numa teoria geral do ato administrativo comum aos países de TJEC. Examinam-se os argumentos que levam tanto à ideia de que a IA é o motivo do ato administrativo quanto à forma de se implantá-la para permitir o controle da Administração Pública e a materialização de direitos e garantias fundamentais.

2 Natureza jurídica, tecnologia e inteligência artificial

Em *Do espírito das leis*, Montesquieu (2010) afirma que diante de ideias novas é preciso encontrar novas palavras ou dar significado novo para palavras antigas. Nomear corretamente o que se estuda posiciona o sujeito diante do objeto e desperta novas possibilidades de aprendizagem e debate. Assim, para a delimitação do que se pretende investigar, apresentam-se sumariamente os significados de *natureza jurídica, técnica e tecnologia, inteligência artificial, sistemas inteligentes e algoritmos*.

A ideia de *natureza jurídica* é tributária do Direito Privado, que nos anos 1900 passou a entender que era necessário atribuir juridicidade a conceitos e institutos, o que também abrange direitos subjetivos (Vivan Filho, 2017, p. 33). O Direito conformado pela TJEC agrupa conceitos que emulam sistemas lógico-matemáticos que partem de uma verdade não demonstrável e dela se deduzem conclusões igualmente verdadeiras e que respeitam princípios de não contradição. Trata-se de uma racionalidade de generalizar e especificar, que transforma o sistema jurídico num sistema de normas e conceitos em que o conteúdo da norma especial se deduz da norma geral e formam, assim, institutos jurídicos. Embora corriqueira, essa prática de dedução lógica permite entrever outra concepção: a dos problemas jurídicos, a qual se acrescenta à ideia de *natureza jurídica* ao estabelecer que, se um fato *x* tem a mesma natureza jurídica do fato *y*, os efeitos jurídicos devem ser os mesmos.

A natureza jurídica não pode ser mera descrição de um fato da realidade dentro do sistema jurídico. Não se trata de buscar uma essência, mas de estudar um fenômeno com o fim de procurar uma classificação que a sistematize e a explique (Gordillo, 2011, p. 86) – e que possibilite uma correta resposta jurídica ao problema. A natureza jurídica é uma decisão a respeito da normatividade de um conceito, repleta de contornos culturais, políticos, sociais e econômicos para se atender a uma finalidade. Desse modo, para a aplicação jurídica de um novo direito, fato social ou econômico, investiga-se a natureza jurídica para se definir o regime jurídico a ser aplicado. Apontar a natureza jurídica não é uma permissão para não fundamentar a decisão, pois não se trata de uma verdade dada, e sim de uma argumentação no plano dos fins para descobrir a que objetivo serve esse direito ou novo fato social ou econômico em dado contexto. A natureza jurídica deve ser útil à solução de problemas jurídicos. Da abstração à análise da natureza jurídica da IA no Direito Administrativo, depreende-se que é preciso saber a que fim jurídico serve a tecnologia de IA e qual regime jurídico se deve aplicar a ela. O tema encerra dois conceitos que merecem atenção: o de *tecnologia* e o de *inteligência artificial*.

Os vocábulos *técnica* e *tecnologia* provêm do grego *techné*. Dentre outras acepções, a palavra *técnica* significa *fabricar, produzir, construir*, e relaciona-se com a existência de um instrumento. Por sua vez, em *tecnologia* também ocorre *logia*, do grego *lógos*, que significa *razão* – a razão do saber fazer, o estudo da técnica – e tornou-se relevante (Harvey, 1992) quando passou a expressar a ideia de competência de produzir. Contudo, apenas a etimologia da palavra *tecnologia* não é suficiente para a compreensão de sua densidade teórica; é necessário chegar a uma concepção adequada ao atual momento socioeconômico e aos fins deste trabalho.

Paiva (1999), González García, López Cerezo e Luján López (2000) e Veraszto, Silva, Miranda e Simon (2009) oferecem um quadro das diversas concepções atuais de *tecnologia*: a) a concepção *intelectualista* comprehende a tecnologia em sentido prático e dependente da teoria (assim, a ciência seria hierarquicamente superior à tecnologia); b) a *utilitarista* toma *tecnologia* como sinônima de *técnica*; c) a *científica* considera a tecnologia sinônima de *ciência*; d) a *instrumental* entende tecnologia como conjunto de instrumentos criados para as diversas tarefas enfrentadas pela humanidade, o que igualaria a pré-histórica pedra lascada aos atuais utensílios tecnológicos (bastaria saber usar o instrumento sem a necessidade de dominar o processo e o conhecimento de sua criação); e) a concepção de *neutralidade* não considera a tecnologia boa ou má (seu uso é o responsável pelos efeitos sociais); f) a *universalista* entende que a tecnologia pode surgir em qualquer lugar e ser útil em qualquer contexto; e g) a concepção *determinista* entende a tecnologia como natural ou autoevolutiva.

Dentre tão diversas concepções de *tecnologia* não há apenas ideias otimistas, que nela veem a garantia da sobrevivência humana e seu domínio sobre a natureza. Também existem ideias pessimistas, que salientam as distorções sociais e econômicas que a tecnologia pode causar. O pessimismo é justificável pelas alegorias que o estudo da técnica e da

tecnologia corriqueiramente invocam: o mito de Prometeu e a tragédia *Fausto*, de Goethe (Paiva, 1999, p. 7).

Segundo a mitologia grega, os irmãos Prometeu e Epimeteu receberam de Zeus a tarefa de atribuir qualidades à criação; Epimeteu encarregou-se da tarefa e distribuiu qualidades várias aos animais, exceto aos seres humanos; Prometeu, então, roubou o fogo dos deuses e o deu-o aos homens para que pudesse defender-se dos outros animais; todavia, como o fogo tornara os humanos demasiado poderosos, Zeus interveio e puniu Prometeu, acorrentando-o numa rocha no Cáucaso. No poema de Goethe, com o desejo de superar o conhecimento de seu tempo, o personagem Fausto vende a alma a Mefistófeles, que lhe fornece uma energia transformadora; porém, ao término do contrato, Fausto perde sua amada Margarida e é conduzido ao inferno.

Há tragédia nas duas estórias, mas a motivação dos personagens é distinta. Enquanto Prometeu tem afeto pela humanidade e deseja ajudá-la a transformar e modificar a natureza, a Fausto interessa superar as próprias dificuldades contra a tirania da natureza, em nome do livre espírito que protege seus direitos individuais. A diferença do motivo aponta a diferença entre *técnica* e *tecnologia*: no caso de Prometeu tem-se a *técnica*, porque só pretende dar um instrumento aos homens, sem reconhecer a capacidade transformadora desse instrumento, ao passo que na tragédia de Fausto há *tecnologia*, pois conhecimento e técnica se associam.

Tecnologia não é uma invenção, não está no plano das ideias e tem o objetivo de combinar teoria com produção e eficácia. Os conceitos da ciência são utilizados pela tecnologia, mas apenas quando reduzidos a conceitos individuais, o que torna possível construir e modificar o mundo (*ethos*), de modo que tem conteúdo ético e político (Paiva, 1999, p. 8). O uso da tecnologia não se limita à capacidade de desenvolver utensílios, aparelhos e ferramentas: ele se estende à capacidade de desenvolver tecnologias simbólicas, da inteligência, como linguagem, escrita, arte, Direito, pois cada “sociedade cria, recria, pensa, repensa, deseja e age sobre o mundo através da tecnologia e de outros sistemas simbólicos. A tecnologia é impensável sem [se] admitir a relação entre o homem e a sociedade” (Veraszto; Silva; Miranda; Simon, 2009, p. 37).

Desse modo, a tecnologia é o conjunto de saberes inerentes ao desenvolvimento e à concepção de instrumentos (artefatos, processos, sistemas, linguagem etc.) criados pela humanidade em dado tempo histórico para satisfazer a interesses pessoais e coletivos. A tecnologia exige conhecer por quê e como seus objetivos são alcançados; são atividades associadas a símbolos, instrumentos e máquinas para a criação de obras, produtos, teorias e métodos na ciência e conhecimentos modernos. E, uma vez colocada à disposição da sociedade, do mercado ou de outro sistema, como o Direito, a tecnologia passa a ter o valor determinado pela forma como será adquirida e usada. E esse valor é definido pela sociedade, pelo mercado ou pelos especialistas em certo sistema afetado pela tecnologia.

Para compreender o significado de *inteligência artificial*, é necessário evidenciar algumas distinções: o uso de IA pela Administração Pública não se confunde com a Administração

eletrônica, em que a relação entre a Administração e o administrado é mediada por processos eletrônicos (West, 2007; Falk; Römmele; Silverman, 2017). Essa “administração sem papel” (Huergo Lora, 2020, p. 26) funciona exatamente como a administração tradicional, com as mesmas garantias e pressupostos, e não ocorre nessa aplicação um problema teórico-jurídico a ser solucionado. No Brasil, por exemplo, o uso do Sistema Eletrônico de Informações, regulado pelo Decreto nº 8.539/2015, não foge às especificações da Constituição, da Lei nº 9.784/1995 (*Lei do processo administrativo*), que trata das normas gerais do processo administrativo e de normas específicas que porventura se aplicam a determinado procedimento. Na Espanha, o mesmo ocorre com as leis nºs 39 e 40 e com o Decreto Real nº 1.065, todos de 2015.

A IA opera com sistemas inteligentes, que, ao contrário do simples processo eletrônico, alteram a atuação administrativa; eles são dotados de algoritmos inteligentes, capazes de substituir a racionalidade humana. O vocábulo *algoritmo* provém da forma latina do sobrenome *al-Khwarizmi* do matemático Abu Jafar Muhammad ibn Musa al-Khwarizmi (780-850) e faz referência a qualquer procedimento formalizado numa série de passos para solucionar um problema ou conseguir um resultado (Huergo Lora, 2020, p. 27). Nesse sentido amplo, os procedimentos judiciais e administrativos seriam também algoritmos, já que são um conjunto de passos para a solução de um problema. A declaração anual do imposto de renda, por exemplo, feita por meio de um programa, é uma aplicação algorítmica, na qual o contribuinte apenas preenche os dados nos locais adequados e obtém o resultado de quanto deve pagar ou de quanto deve receber de restituição. Nesses casos, para facilitar a sua eficiência e eficácia, o algoritmo traduz para um programa a norma jurídica criada de acordo com o devido processo legal. Outros usos de algoritmos incluem atualizações de valores, revisão de preços e cumprimento de créditos universitários, além do emprego como base para a realização da Administração eletrônica.

Também é preciso distinguir a IA dos sistemas inteligentes de algoritmo. A expressão *artificial intelligence* – criada no verão de 1956 pelo matemático norte-americano John McCarthy, num grupo de estudos da Dartmouth College, em New Hampshire, EUA – refere-se a qualquer realização computacional de tarefas que anteriormente exigiam a intervenção humana; seu objetivo é a construção de máquinas inteligentes (Mitchell, 2019, p. 21). Na definição de Häuselmann (2022, p. 46), a IA concerne a máquinas com capacidade de adaptação para executarem autonomamente atividades e tarefas que requerem capacidade associada com a cognição humana.

Pode-se afirmar que o reconhecimento facial, a determinação da possibilidade de reincidência criminal, a delimitação da capacidade de pagar um empréstimo, por exemplo, são *formas jurídicas* de emprego da IA. Não é IA um algoritmo que apenas segue instruções, como um programa de computador ou uma planilha de Excel que soma valores orçamentários. Não é IA uma máquina que reage de maneira pré-definida a um estímulo específico, como um parquímetro, que mede o tempo em que um veículo pode ficar estacionado em via pública. Não são IA os aplicativos que atuam como carteiras para transporte público,

tampouco os *chatbots* comuns, como um *call center* da Previdência Social ou do sistema de Saúde, no qual o usuário deve selecionar uma opção dentre as disponíveis, para fazer triagem, até a solução da demanda. Nada disso é IA. Tais usos de algoritmos instrumentalizam a Administração Pública como antes o fizeram a conta matemática manual, o guarda de trânsito, o trocador de ônibus e a distribuição de senhas para um atendimento. Qualquer antijuridicidade nessas situações implica contestar o ato administrativo que deu origem à reclamação, como sempre se fez.

A novidade não está, pois, nos algoritmos em sentido amplo, e sim na IA que faz usos de diferentes sistemas inteligentes, com algoritmos especialistas ou capazes de aprender. Numa IA, os programadores adotam um sistema inteligente, que será programado ou treinado por um algoritmo especialista ou com capacidade de aprender, para solucionar os casos apresentados num modelo matemático.

Häuselmann (2022, p. 47) aponta seis diferentes sistemas inteligentes: a) *machine learning*; b) *deep learning*; c) *natural language processing*; d) *emotion AI*; e) *computer vision*; e f) *automated reasoning*. Mammen (2021) acrescenta outro: *federated learning*. Há, portanto, IA capaz de: apresentar soluções baseadas em dados pré-programados (*machine learning*) ou nos algoritmos preditivos capazes de aprendizado com base em dados brutos, como um texto ou imagem, estruturados em redes neurais artificiais (*deep learning*); com a construção de um modelo de cuja criação e operação diversas pessoas podem participar, sem ter contato com dados que não lhes pertencem (*federated learning*); aprender e processar a linguagem humana oral e escrita (*natural language processing*) e compreender no processo as variações emocionais de quem fala ou escreve (*emotion AI*); entender imagens, o que possibilita o reconhecimento facial e outras biometrias (*computer vision*); é possível também o reconhecimento de emoções (*emotion AI*), bem como desenvolver computadores capazes de armazenar informações para responder a perguntas em diversos campos do conhecimento e apresentar novas conclusões (*automated reasoning*).

Segundo Mitchell (2019, p. 72), a IA do Google, por exemplo, que faz busca de imagens, tem um sistema inteligente de *deep learning*, organizado como rede neural. Com a ajuda de programadores, o algoritmo treinou o sistema inteligente para reconhecer e classificar imagens, além de organizar dados em sua memória, por meio de retroprogramação, num modelo que pode ser acessado pelos usuários, via internet.

Neste trabalho, há razão prática na diferenciação entre os diferentes sistemas inteligentes, em dois grupos: os sistemas inteligentes que *aprendem*, utilizados em atos administrativos discricionários, e os sistemas inteligentes *especialistas*, sem a capacidade de aprender, empregados em atos administrativos vinculados.

A base dos sistemas inteligentes é a abundância de dados devida à informatização de (quase) todas as atividades (Han, 2014). Desconsiderados os problemas éticos e jurídicos da coleta de dados, não basta a existência e a disponibilidade desses dados para a IA; é preciso extraí-los e tabulá-los para seu uso em algoritmos. Em algumas áreas, em especial no setor privado, a utilização de sistemas inteligentes já substituiu o uso da racionalidade

humana. É o que ocorre, por exemplo, com empresas como TripAdvisor, Google Reviews e Google Maps, que fazem recomendações aos usuários; ou como Amazon e Spotify, que recomendam produtos com base em dados sobre atividades anteriores de seus usuários (Coeckelbergh, 2023, p. 23).

Para o Direito, as aplicações de IA também já apresentam usos (como os sistemas Watson e Debater da IBM) na análise de textos jurídicos, além da capacidade de responder a questões jurídicas baseada em *machine learning*. O modelo atua como um jurista o faria em busca da natureza jurídica de um fato da realidade; e, diante da situação apresentada, cabe ao sistema inteligente decidir sobre o sentido da norma jurídica e se ela se aplica ou não ao caso (Ashley, 2017, p. 28). A possibilidade de um aplicativo capaz de solucionar problemas jurídicos sem intermédio de um jurista humano levou Susskind (2010) e Henderson (2013) a afirmarem que estudantes de Direito deveriam aprender engenharia, pois na era digital não será mais necessário contratar um advogado. Outro exemplo: a empresa Neota Logic dispõe de ferramentas com IA que oferecem a escritórios, universidades e estudantes respostas fundamentadas para os mais diversos campos jurídicos (Ashley, 2017, p. 35). Díaz González (2020, p. 185) apresenta o Veripol, da Espanha, e o Prepol, o HunchLab e o Beware, dos EUA, como sistemas inteligentes para a atuação preeditiva policial, fundada na análise de dados fornecidos pela denúncia formal (Veripol) ou por leitura numa base de dados que pode incluir até mesmo a atividade em redes sociais (Beware). No Brasil, o Tribunal de Contas da União (TCU) faz uso do sistema Alice, que lê editais e licitações publicados nos diários oficiais, para apontar indícios de fraude (Brasil, 2021, p. 41). Segundo Boix Palop (2020), as normas – inclusive os regulamentos administrativos – podem ser criadas por algoritmos; substituiria, assim, a atividade típica do administrador público. A esse respeito, Huergo Lora (2020) também assinala a possibilidade de algoritmos preeditivos substituírem decisões administrativas antes tomadas por humanos.

São amplas as possibilidades da aplicação da IA no Direito Administrativo, com incontestáveis avanços de eficiência. Segundo Kleijn (2022), a IA surgiu como uma tentativa de replicar, numa máquina, a inteligência humana; porém, ainda é incerto o caminho que os sistemas inteligentes devem tomar: o de replicar o cérebro humano ou apenas suas capacidades cognitivas. Certo é que a IA não é uma evolução da inteligência humana; as duas ocorrem de formas distintas e apresentam desempenhos diferentes a depender do problema e da finalidade propostos.

A inteligência humana é simbólica, com capacidade de abstração, metáforas e autor-reconhecimento; apoia-se na avaliação de meios e fins para chegar à resposta a dado problema e para interpretar a realidade. Dessa forma, ao ser humano é trivial a compreensão de problemas que contenham conhecimentos de senso comum, ao passo que para a IA é necessário fornecer informações complementares e instruções que evitem uma interpretação equivocada do problema. De acordo com Häuselmann (2022, p. 45), os problemas mais difíceis, mas específicos – como jogar xadrez com excelência ou resolver equações de álgebra ou de lógica –, são os campos nos quais a IA apresenta resultado melhor que a

inteligência humana. Por outro lado, os problemas mais amplos – como reconhecer um objeto ou saber que uma nuvem que se parece um cachorro não é um cachorro – exigem mais dados e trabalho dos programadores. Nesse caso, a IA apresenta resultados piores que os dos seres humanos, pois estes, mediante tentativa e erro, aprendem a realizar diferentes ações, mas também aprendem com os resultados alcançados; diferentemente, a IA precisa ser alimentada com dados corretamente preparados para a solução de um problema específico (Kleijn, 2022, p. 33).

A IA e seus sistemas inteligentes não são mera técnica de se realizar a Administração Pública. São tecnologias, conhecimentos aplicados a fins, com conteúdo ético e político, capazes de alterar a forma como a sociedade, o mercado e a Administração Pública se relacionam. A visão pessimista justifica-se, pois a IA tende a aumentar os vieses sociais (Mitchell, 2019, p. 119), particularmente em relação às minorias, com a violação de direitos de igualdade e de não discriminação (Soriano Aranz, 2023). O uso da IA na Administração Pública, pois, exige conforme alertam as alegorias de Prometeu e Fausto. Cada sociedade age sobre o mundo mediante a tecnologia e outros sistemas simbólicos. Criar, pensar e agir sobre o mundo com o Direito (sistema simbólico) criado por humanos implica um tipo de racionalidade; criar, pensar e agir sobre o mundo com o Direito (sistema matemático) criado por IA supõe outro tipo de racionalidade. Nesses termos, não é só uma técnica facilitadora: ela é transformadora do real e da experiência humana.

O Direito, como tecnologia, é capaz de juridicizar outras tecnologias, como a IA. É preciso que cada ramo do Direito discuta a respeito de qual regime jurídico aplicar, com o fim de conter as consequências negativas da tecnologia; do contrário, os seres humanos agirão como Mefistófeles, mas sofrerão como Fausto por desconsiderarem as consequências da adoção de uma tecnologia.

Apresentados os argumentos que dão densidade teórica à questão central deste estudo, a seção seguinte aborda a natureza jurídica da IA no Direito Administrativo no contexto da TJEC.

3 O debate sobre inteligência artificial e Direito Administrativo

Entre os acadêmicos, há três correntes relacionadas à compreensão do que é a IA para o Direito Administrativo. Boix Palop (2020), pioneiro na discussão, opta por buscar a natureza jurídica dos algoritmos; em contrapartida, Huergo Lora (2020), que nega a existência de natureza jurídica para IA, demonstra os usos dos algoritmos preditivos na Administração Pública; e Berning Prieto (2023) imagina a possibilidade de se criar uma categoria jurídica para os algoritmos.

Os três autores valem-se de nomenclaturas distintas da apresentada neste trabalho: Boix Palop (2020) e Berning Prieto (2023) usam *algoritmos*, ao passo que Huergo Lora (2020) trata de *algoritmos preditivos*. Nesta seção, apresentam-se essas proposições com a

finalidade de tecer uma nova proposta para a natureza jurídica da IA, no âmbito de uma teoria geral do Direito Administrativo, que seja universalizável no Direito ibero-americano, sem a necessidade de alterações normativas ou aceleração do tempo de resposta do Direito relacionada à adoção tecnológica da IA.

Segundo Boix Palop (2020), não há diferença entre escrever uma norma à mão, à máquina ou com algoritmos. Com a incorporação tecnológica, seria possível à IA substituir, na estrutura do Direito Público, uma atividade tipicamente humana (a discricionariedade) e criar regulamentos que regerão a atividade administrativa. Para o autor, diante do problema inédito, o Direito Público renunciará a algumas de suas estruturas tradicionais em busca de uma solução definitiva, já que a política de proibição (adotada pela Alemanha, por exemplo) é uma solução de curto prazo; no médio e longo prazo, a tendência é que a IA irreversivelmente se expanda para o Direito. Dada essa possibilidade e o alerta pessimista – numa posição garantista, em que se reconhece a necessidade de uma resposta do Direito Público à alteração de paradigma –, os algoritmos teriam natureza jurídica de regulamentos. Se são utilizados como um código jurídico, mas numa versão avançada (um código 2.0), como se fosse um regulamento administrativo, devem-se aplicar as garantias jurídicas já existentes no ordenamento (Boix Palop, 2020, p. 232-236).

A posição é justificável visto que tanto os regulamentos administrativos quanto os algoritmos são e serão utilizados para inovar o ordenamento jurídico, seja para avaliar as circunstâncias de casos concretos, seja para indicar qual deve ser a resposta jurídica adequada a dado caso que se apresente à Administração Pública. Diante dessa aplicação materialmente jurídica dos algoritmos, devem-se assegurar com algumas alterações normativas o procedimento de criação, a publicidade e o controle do código algorítmico, como se garantem esses direitos, conforme o regulamento tradicional (Boix Palop, 2020, p. 250).

O posicionamento contrário à ideia de que os algoritmos sejam regulamentos ou de que tenham alguma natureza jurídica sustenta-se na concepção de que o conceito de *algoritmo* é demasiado amplo para que se tenha sempre a mesma natureza ou regime jurídico a ele aplicados. Segundo Huergo Lora (2020, p. 65), o fato de os algoritmos serem regulamentos não limita seu uso, como pensa Boix Palop (2020), e sim permite convertê-los em norma jurídica, sem que tenham forma necessária para isso. Com o fim de se evitar a transmutação de código algorítmico em norma jurídica, dever-se-ia negar qualquer natureza jurídica aos algoritmos (Huergo Lora, 2020, p. 66).

Berning Prieto (2023, p. 106) entende que é necessário conceder garantias jurídicas ao uso de algoritmos. Tal finalidade seria alcançada com a categorização dos algoritmos como o que são: algoritmos. Para o autor, não seria necessário se encaixarem os algoritmos em algum instituto jurídico já existente. Quanto à crítica à ideia de se criar na teoria jurídica uma categoria específica para os algoritmos, o posicionamento de Berning Prieto (2023) deixa vulnerável o Direito Público ao afirmar que, no atual ordenamento jurídico, não haveria possibilidade de se regularem direitos e garantias fundamentais sem a criação de um instituto aplicado exclusivamente à IA. Além de desconsiderar os atuais mecanismos de

proteção ao cidadão, o caminho proposto possibilita que, a cada nova tecnologia, a teoria do Direito abra espaço para uma nova categoria, sem a qual a sociedade ficaria desprotegida. Essa proposta deixa o Direito num tempo apartado do tempo real, em que o atual dinamismo da sociedade, ao criar uma tecnologia, impediria a atuação adequada dos juristas.

Huergo Lora (2020) afirma que os algoritmos não têm natureza jurídica. No texto *Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo*, deixa clara a intenção de não discutir se há ou não natureza jurídica em algoritmos que servem à mera instrumentalização da Administração Pública ou que sejam utilizados como administração digital. Nesses casos, por se tratar de mero instrumento ou espelhamento da norma ou ato administrativo (como ocorre com os programas de declaração de imposto de renda), ao se atacar a norma ou o ato administrativo com o meio jurídico adequado, por espelhamento também se ataca o algoritmo. A verdadeira discussão seria sobre a adoção dos algoritmos preditivos.

De acordo com Huergo Lora (2020), a expressão *algoritmo preditivo* contém o sentido de *conhecimento*, mas sem revelar que se trata de tecnologia. Além disso, há problema quanto ao termo *algoritmo* seguido da qualificação *preditivo*: o termo adotado por Huergo Lora (2020) restringe-se ao tipo de algoritmo preditivo no uso da Administração Pública, quando na verdade o uso de sistemas inteligentes por ela pode ser mais amplo e incluir o algoritmo *especialista* (Häuselmann, 2022). Em face das várias possibilidades de utilização da tecnologia e dos seus riscos, não reconhecer a necessidade de se estabelecer que regime jurídico aplicar ao uso de IA no Direito Administrativo abre a possibilidade de se aplicarem diversos sistemas inteligentes, preditivos ou não, no cotidiano da Administração, sem que se definam de maneira uniforme e segura as garantias e os controles passíveis de serem exercidos pelos cidadãos.

Se não estabelecer uma natureza jurídica para os algoritmos gera insegurança, dotá-los de natureza jurídica de regulamento seria a solução mais adequada? Para Boix Palop (2020), sim. As críticas à natureza jurídica da IA podem ser de ordem técnica e financeira ou de caráter jurídico. Concorda-se aqui com a resposta de Boix Palop (2020, p. 265) relativamente às críticas de natureza técnica e financeira, como a indicação de como as linguagens da IA são incompreensíveis à maioria das pessoas e de que, do ponto de vista financeiro, é custoso instaurar um sistema de participação, publicidade e controle na criação, implantação e uso de sistemas inteligentes. Tais críticas não negam a visão pessimista da adoção da tecnologia, nem contestam o argumento de que há uma natureza jurídica a ser encontrada e debatida; apenas erigem barreiras que tentam impedir a correta aplicação do Direito à tecnologia. Assim, para fins de argumentação, consideram-se aqui as duas variáveis, a técnica e a financeira, como possíveis na determinação de uma natureza jurídica para a IA.

A fim de elaborar regulamentos, a Administração Pública conta com limites formais e materiais (Garcia de Enterría; Fernández, 2017, p. 219). São limites formais a competência para emanar regulamentos, o respeito à hierarquia normativa e a obediência ao procedimento administrativo legalmente previsto, o que possibilita inclusive a participação de interessados (Fernández Farreres, 2018, p. 572); e são limites materiais o respeito aos atos

e princípios gerais do Direito, o controle da discricionariedade e o respeito à matéria a ser tratada mediante regulamentos. Com pequena margem de alteração, esses elementos estão presentes em todos os ordenamentos de TJEC (González-Varas Ibáñez, 2012). Atribuir natureza jurídica de regulamento aos algoritmos exige alterações constitucionais e legislativas, a fim de que não se violem direitos e garantias fundamentais, próprios dos Estados contemporâneos. Para que um algoritmo seja um regulamento com validade normativa, não basta preencher o requisito material; deve também preencher o requisito formal, pois, do contrário, violariam o princípio da legalidade, fundamento do Estado Democrático de Direito. Seria nulo um ato administrativo decorrente de um regulamento feito por um algoritmo sem se obedecer às garantias legais estabelecidas.

Se o algoritmo é utilizado num sistema especialista, instrumento para a Administração Pública, tem-se um uso do algoritmo para reproduzir o regulamento de forma matemática, com a finalidade de aumentar a eficiência e a eficácia da Administração Pública em atividades plenamente vinculadas. Nesses casos, embora seja regulamento, o algoritmo não cria o regulamento. Garcia de Enterría e Fernández (2017, p. 209) assinalam que regulamento é toda norma escrita pela Administração Pública e que o algoritmo não é a Administração Pública. Contudo, se o algoritmo é utilizado num sistema que aprende, o Direito Público teria que renunciar a parte de sua estrutura tradicional para que a natureza jurídica de regulamento atribuída à IA tivesse legalidade e juridicidade. Isso seria um novo tempo para o Direito, já que estaria transformando-se, com o uso da tecnologia, numa nova estrutura, distinta da existente desde os tempos da França pós-revolucionária (Garcia de Enterría, 1994).

Considerando o atual arranjo jurídico do Direito Administrativo de TJEC, deve-se atribuir uma natureza jurídica à IA, a fim de se assegurarem direitos e garantias fundamentais uniformes aos cidadãos; entretanto, não se deve criar uma categoria exclusiva para a IA. Por essa razão, neste estudo discorda-se tanto da concepção de Huergo Lora (2020) de que não há necessidade de se atribuir natureza jurídica a algoritmos (sistemas inteligentes), quanto da de Berning Prieto (2023) de se criar uma natureza jurídica para a IA. Se se leva em conta também o atual arranjo jurídico do Direito Administrativo, constata-se, com Boix Palop (2020), que o algoritmo pode ter natureza jurídica de regulamento, quando se trata de sistemas inteligentes especialistas, e que só poderia vir a ter essa natureza jurídica com sistemas inteligentes que aprendem em outro tempo e arranjo jurídico. O algoritmo, em essência, atua como regulamento; porém, essa solução deixa em aberto alguns problemas jurídicos na TJEC: a) a Administração Pública deveria renunciar à sua competência exclusiva para elaborar regulamentos; b) a população deveria participar do processo de criação regulamentar via IA; e c) dever-se-ia permitir o controle e a publicidade do sistema inteligente antes de sua utilização e adotar idealmente o código aberto. Tais alterações não resultariam em opção técnica pela qual se elaboram regulamentos, mas na modificação da sociedade, do mercado e da Administração Pública, já que os regulamentos não mais seriam criados pela inteligência humana (simbólica) e sim pela IA (matemática).

Delineados os contornos da natureza jurídica da IA no Direito Administrativo, a seção seguinte apresenta o que neste estudo se entende por natureza jurídica da IA na atual conformação do Direito Administrativo de TJEC.

4 O ato administrativo e a natureza jurídica da inteligência artificial

Para tornar possíveis o controle dos atos administrativos e a garantia de direitos no atual sistema de TJEC, a IA utilizada pela Administração Pública no exercício de sua função é o motivo do ato administrativo, ainda que parte da IA, o algoritmo, atue como regulamento do ato administrativo. A solução está dada; importa, agora, argumentar em favor dela.

Os países de TJEC compartilham a mesma teoria geral de Direito Administrativo, oriunda da França pós-revolucionária (Garcia de Enterría, 1994). Esse conjunto normativo e organizacional, que estabelece uma estrutura legal para o Direito Administrativo (com teoria sobre as pessoas administrativas, seus poderes e bens, a hierarquia, a teoria de atos administrativos, regulamentos e responsabilidade), foi incorporado no Direito português e espanhol e implantado também nas colônias – e confirmam, de um ponto de vista jurídico, a hipótese de Carpeaux (1999) de que a América nasce do barroco ibérico. A sociedade sul-americana herda (Barboza Filho, 2010; Lázaro Pulido, 2023) sua organização social, política e econômica, bem como a linguagem do Direito Público europeu, razão pela qual é possível estudar um Direito Administrativo ibero-americano (González-Varas Ibáñez, 2012).

Todos os países ibero-americanos – Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Espanha, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela – adotam a mesma teoria de atos administrativos (González-Varas Ibáñez, 2012). A exceção é Porto Rico, hoje um Estado livre associado aos EUA e cujo sistema jurídico passou a assemelhar-se ao estadunidense depois da Guerra hispano-americana, em 1898; por isso, ele não comporta a figura do *ato administrativo* (Vázquez Irizarry, 2012, p. 1.327)⁴.

Nos países ibero-americanos, essa teoria geral dos atos administrativos – rastreável até a França pós-revolucionária, onde surge como expressão prática do princípio de separação entre Administração e Judiciário – encontra força nos estudos de Garcia de Enterría e Fernández (2017); são considerados teóricos fundamentais para o atual Direito

⁴ Independentemente de como se classificam os requisitos do ato administrativo, o Direito Administrativo ibero-americano estabelece o motivo: Argentina, no art. 7º da Lei nº 19.549/1972; Bolívia, no art. 30 da Lei nº 2.341/2002; Brasil, no art. 2º e 50 da Lei nº 9.784/1999; Chile, nos art. 37 bis e 40 da Lei nº 19.880/2003; Colômbia, no art. 137 da Lei nº 1.437/2011; Costa Rica, no art. 136 da Lei nº 6.227/1978; Cuba, no art. 47 da Lei nº 142/2021; Equador, no art. 18 do *Código orgánico administrativo*, de 2017; El Salvador, nos arts. 22 e 23 do Decreto nº 856/2018; Espanha, no art. 35 da Lei nº 39/2015 (*Ley del procedimiento administrativo común (LPAC)*); Guatemala, no art. 16 do Decreto nº 119/1996; Honduras, nos art. 26 e 122 do Decreto nº 152/1987; México, no art. 3º da *Ley federal de procedimiento administrativo*, de 1994; Nicarágua, no art. 92 da Lei nº 350, de 2021; Panamá, no art. 38 da Lei nº 38, de 2000; Peru, no art. 3º, da Lei nº 27.444, de 2001; República Dominicana, nos arts. 3º, 4º e 9º da Lei nº 107/2013; Uruguai, no art. 2º do Decreto nº 500/1991; e Venezuela, no art. 2º da *Ley orgánica de procedimientos administrativos*, de 1981. Numa teoria geral aplicável à Ibero-América, é possível adotar o motivo como natureza jurídica para a IA.

Administrativo ibero-americano por diversos autores: Gordillo (2011) e Cassagne (2012), na Argentina; Zoto Alvarado (2012), na Bolívia; Mello (2015), no Brasil; Matilla Correa (2012), em Cuba; Mejía (2012), em El Salvador; Gasnell Acuña (2012), no Panamá; e Brewer-Carías (2012), na Venezuela.

Em sentido amplo, o ato administrativo é “todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo” (Garcia de Enterría; Fernández, 2017, p. 591); isso o distingue da atuação judicial, dos atos praticados pelos administrados e dos atos praticados entre particulares. Para Mello (2015, p. 393), o ato administrativo é a “declaração do Estado [...] no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdiccional”. Trata-se de uma declaração jurídica do Estado (ou do que lhe faça as vezes) que certifica, cria, extingue, transfere, declara ou modifica direitos e deveres. Essa declaração é exercida no uso de prerrogativas públicas e regida pelo Direito Público; num Estado Democrático de Direito, ela está sujeita não só ao controle interno pela Administração Pública, mas também ao controle externo por um órgão jurisdiccional. O conceito amplo abarca tanto os atos concretos, como os atos administrativos em sentido estrito, destinados a aplicar o Direito objetivo, quanto os atos abstratos, como os regulamentos, que podem inovar o Direito objetivo (Garcia de Enterría; Fernández, 2017, p. 596).

Em sentido estrito, em que se excluem os contratos administrativos e os regulamentos, o ato administrativo é “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria” (Garcia de Enterría; Fernández, 2017, p. 591). O ato é uma atividade intelectual, produto da inteligência do sujeito competente, que age em nome de uma Administração Pública.

Um ato administrativo que passa por todo o trâmite de formação, que está adequado às exigências normativas e que produz seus efeitos (típicos, atípicos e reflexos) é considerado um ato perfeito, válido e eficaz. Nessa ideia de ato perfeito, válido e eficaz posiciona-se a IA como parte do ato. Nos manuais, a teoria do ato administrativo é apresentada de forma mais ou menos completa, a depender do autor; desse modo, mesmo dentro um país, não há concordância quanto à terminologia ou à quantidade de requisitos do ato. Neste trabalho, apresenta-se uma anatomia do ato administrativo, em que se decompõem seus requisitos, como abstração, para que melhor se identifique a natureza jurídica da IA para o Direito Administrativo ibero-americano.

Os requisitos do ato administrativo, sem os quais não é possível falar em legalidade da atuação estatal, podem ser divididos em: a) *elementos* do ato administrativo, que são constitutivos de existência; e b) *pressupostos* do ato administrativo, que garantem um ato perfeito e válido, bem como a sua manutenção no ordenamento jurídico. Os elementos são intrínsecos ao ato (conteúdo e forma); os requisitos não intrínsecos ao ato são os pressupostos de existência (objeto e pertinência) e os de validade (sujeito, causa, formalização, procedimento, finalidade e motivo). Sem elemento não há ato; sem pressupostos

de existência falta o indispensável à produção de efeitos jurídicos; e, sem os pressupostos de validade, não há ato administrativo válido.

Quanto aos elementos, o conteúdo é aquilo que o ato decide, enuncia, certifica, cria, extingue, modifica ou opina na ordem jurídica. É o ato em sua essência. Se o conteúdo é ilícito, o ato é inválido e deve ser declarado nulo. A IA não pode ser o ato em sua essência, nem o enunciado, certificação, criação, extinção, modificação ou opinião na ordem jurídica, pois na organização administrativa é necessário um sujeito competente para proferir ou subscrever o conteúdo do ato, razão por que a IA não é o conteúdo ou a materialidade do ato.

A forma, segundo elemento do ato administrativo, é o revestimento exterior do ato, o modo como a Administração Pública o exterioriza. Superada a fase de gestação do conteúdo do ato, é necessário dotá-lo de uma forma para que exista. No atual Direito Administrativo, a forma revela-se na formalidade do ato (pressuposto de validade), que, por razões de segurança jurídica e publicidade, geralmente é escrita; admite-se também a forma verbal, imagética ou sonora. A IA também não é a forma do ato, pois a forma é mera técnica de como se exterioriza a manifestação de vontade.

Quanto aos pressupostos de existência, o objeto é aquilo sobre que o ato dispõe, e deve ser material e juridicamente possível. De acordo com Garcia de Enterría e Fernández (2017, p. 607), o objeto tem que ser lícito, determinado e possível. Se não há objeto na realidade sobre o qual o ato produzirá efeitos, como a exoneração de servidor já falecido, não há objeto e não há, portanto, ato. A IA também não é o objeto do ato, pois não é a realidade sobre qual incida a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública.

O segundo pressuposto de existência é a pertinência à função; ele estabelece o ato administrativo como exercício de uma função administrativa. Ou seja: apenas a Administração Pública tem competência para a realização de atos administrativos. Desse modo, a IA não é a pertinência da função, nem pode ser exercida pelo particular, para realizar atos administrativos.

Quanto aos pressupostos de validade, o sujeito é quem produz o ato administrativo; ele deve ser competente para a realização do ato, além de não ter nenhum óbice legal à sua realização, como estar em férias, em licença ou impedido por razão legal. Como produz o ato administrativo, ele não se confunde com o ato em si, seu conteúdo ou sua forma, que são elementos do ato. A IA não é o sujeito do ato administrativo, pois, como instituto jurídico, a Administração Pública manifesta-se por meio de seus órgãos e agentes no exercício de suas competências (em razão da matéria, do espaço ou do tempo) legalmente previstas. Com efeito, no atual arranjo jurídico, nenhum sistema inteligente tem competência para ser o sujeito e praticar ato sem a supervisão de um ser humano (sujeito competente), a quem se imputará a responsabilidade.

Segundo pressuposto de validade, o procedimento ocorre por imposição normativa ou regulamentar, sendo o modo de produção de um ato (Garcia de Enterría; Fernández, 2017, p. 608). O procedimento consiste em outros atos administrativos, que devem acontecer em determinada ordem até a resolução final, o que permitirá a manifestação unilateral

da vontade administrativa. O procedimento não é um ato composto, que une vontades diferentes; é um complexo de atos, todos instrumentais ou auxiliares do ato final. O procedimento relaciona-se com o sujeito, pois os atos administrativos só podem ser realizados pelo órgão competente. A IA não é o procedimento, embora possa ser parte dele, como forma de produção de conhecimento a ser aplicado a certo fim (o motivo do ato). O procedimento é mera técnica pela qual a Administração Pública opta para sua manifestação unilateral de vontade, ao passo que a IA é tecnologia que produz um conhecimento a ser empregado num procedimento administrativo. O procedimento deve ser realizado por órgão competente; diferentemente, a IA produz uma resolução matemática a ser subscrita pelo sujeito competente para a prática de tal ato.

A finalidade do ato é o bem jurídico objetivado por ele, e o ato só pode atender ao propósito determinado pela norma. Por exemplo: evacuar uma área atingida por um evento climático grave tem por fim salvar a vida de pessoas. A explicação desse pressuposto de validade deixa clara a impossibilidade de a IA ser a finalidade do ato administrativo, pois a tecnologia não é um fim em si mesma, mas sim o conhecimento que permite dizer, por exemplo, que certa área poderá ser afetada por um evento climático, o que motivará o ato administrativo de evacuação da população.

A formalização é uma maneira específica de como o ato deve ser externado. Em geral, por razões de segurança jurídica, o ato administrativo é escrito; porém, em determinadas ocasiões, pode ser verbal ou imagético. A formalização também exige a presença de outro pressuposto de validade: a motivação do ato. A IA não é formalização do ato, pois é tecnologia a ser aplicada pela Administração Pública, e não mera técnica de externalização da sua vontade unilateral.

A causa é o pressuposto de validade que vincula o motivo do ato ao seu objeto – isto é, “se o agente se baseia em motivos que não mantém congruência, pertinência, com o ato que praticou, este estará viciado” (Mello, 2015, p. 416). Deve-se analisar a proporcionalidade do ato administrativo no pressuposto de validade da causa, de modo que os motivos sejam ponderados em relação ao objeto. A IA não é causa, pois não pondera: ela apenas apresenta um resultado. Quem pondera é o sujeito competente para a prática do ato. Quando viciados em sua causa, os atos administrativos terão o controle realizado pelo motivo do ato – mais uma razão para não se considerar a IA como a causa do ato.

O último pressuposto de validade é o motivo, natureza jurídica da IA para o Direito Administrativo. O motivo autoriza ou exige a prática de determinado ato administrativo; na sua realização, deve-se levar em conta o conhecimento aplicado a um fim. Por ser externo e antecedente ao ato, não pode ser um elemento, mas um pressuposto. O motivo pode ser legalmente definido ou não; se há um motivo legal, tem-se uma previsão abstrata de uma situação fática, enquanto o motivo do ato administrativo é a própria situação material que serve de suporte real e objetivo para a sua realização. Como não determina a existência do ato – como o fazem tanto o objeto, que existe na realidade, quanto a prerrogativa de função pública, que determina o sujeito e a competência –, o motivo é um pressuposto de validade.

O motivo, como pressuposto de validade do ato administrativo, tem seus próprios elementos: o móvel, a motivação e a determinação do ato a partir do motivo apresentado. A realidade objetiva e externa ao sujeito competente para a prática do ato administrativo (motivo do ato) tem no móvel do ato (intenção do sujeito) a representação subjetiva, psicológica e interna do sujeito competente para isso e corresponde àquilo que suscita a intenção desse sujeito com a prática do ato e o leva a ponderar, na causa do ato, sob sua aplicação na realidade. O móvel é relevante quando há discricionariedade, mas também está presente nos atos vinculados.

A motivação integra a formalização do ato administrativo, como uma exposição dos motivos, na qual se enunciam a regra jurídica aplicada, os fatos nos quais o sujeito se baseou para decidir e a pertinência lógica entre os fatos e o ato administrativo praticado. Navarro (2012, p. 905) define *motivación* como “la exteriorización de las razones fácticas y jurídicas que conducen a la adopción de un determinado acto administrativo, con un determinado contenido”. A motivação é imposição vigente desde o Direito Públco da França pós-revolucionária, e um componente central do sistema de legalidade de TJEC (Garcia de Enterría, 1994, p. 172).

Segundo a teoria dos motivos determinantes, os fatos que serviram de suporte à decisão integram a validade do ato; desse modo, se se comprova a inexistência ou a invalidade do motivo, comprova-se também a invalidade do ato. Mediante o motivo, a Administração Pública oferece “argumentación que deje constancia del proceso mental y jurídico que han conducido a toma de esa decisión, que permita a los destinatarios del acto y a los órganos administrativos o judiciales que, en caso de recurso, deban enjuiciar su validez” (Navarro, 2012, p. 905). Motivar o ato é um meio técnico de controle da causa do ato (Garcia de Enterría; Fernández, 2017, p. 614). Por essa razão, que permite efetivo controle do ato administrativo com esteio no seu motivo, a Administração Pública tem o dever de motivar seus atos administrativos; afinal, sem a motivação, “[se] produce la nulidad absoluta de acto administrativo o resolución” (Campaña Mora, 2012, p. 525), dada a ausência de um pressuposto de validade.

Quando utilizada pela Administração Pública, em qualquer dos seus sistemas inteligentes a IA proporciona ao sujeito competente para realizar o ato administrativo conhecimentos a serem aplicados a um fim. A IA apresenta uma realidade à Administração por meio de uma predição ou de uma resposta baseada em aprendizado que servirá de motivo para a prática do ato administrativo, vinculando-se à validade do próprio ato e permitindo o controle desse ato – caso os motivos apresentados por determinado sistema inteligente sejam falsos, inverídicos, ilegais ou simplesmente não se adéquam à causa do ato.

As decisões administrativas tradicionais baseiam-se em normas e na racionalidade simbólica do ser humano. Com a IA, as decisões administrativas passam a fundar-se em normas e na racionalidade matemática do sistema inteligente, e adiciona-se um modelo matemático onde antes havia apenas o móvel do sujeito competente. Contudo, optar por um ou outro sistema não remove a causalidade e o móvel, apenas oferece uma forma

nova de se apresentarem os motivos do ato. Os sistemas inteligentes fundamentam-se em dados, considerados pelos programadores como indicadores (*ou proxies*) da situação a ser tratada. Esses indicadores serão apresentados ao administrador público que os utilizará como motivos do ato.

Há exemplos que ajudam a compreender por que a IA, quando utilizada pela Administração Pública no exercício de suas prerrogativas, é o motivo do ato administrativo. Na Administração policial norte-americana, o sistema inteligente Compas, que trata de reincidência criminal (Coeckelbergh, 2023) e os sistemas inteligentes Predpol, HunchLab e Beware, preditivos de atividades criminosas (Díaz González, 2020, p. 185), fornecem conhecimento e dados para a Administração Pública, que, de posse desse conhecimento, motiva o ato administrativo a fim de atuar na realidade. Na Espanha, o sistema inteligente Veripol analisa o texto das denúncias e orienta a intervenção policial, com taxa de 90% de acerto (Díaz González, 2020, p. 185); assim, a IA serve de motivo para o ato administrativo (intervenção policial). Ben-Shahar e Porat (2021, p. 237) destacam a possibilidade de se utilizar a IA para a concessão de crédito, de maneira que o sistema inteligente analisa o perfil do cidadão e informa ao administrador público as possibilidades de pagamento futuro. Aqui também o administrador público, com base na IA, praticará o ato e estabelecerá o motivo para conceder ou não o crédito. Sistemas inteligentes de reconhecimento facial (Häuselmann, 2022) fazem o reconhecimento de procurados pelo sistema judicial, mas é o administrador público, motivado pela informação fornecida pela IA, que atua por meio de ato administrativo, ao expedir ordem de prisão, busca e apreensão ou outra qualquer demandada pelo sistema jurídico. Da mesma forma, na Espanha o sistema inteligente VioGén fornece motivos para a atuação administrativa com a finalidade de se evitar a violência de gênero. No Brasil, o sistema Alice informa ao TCU possíveis irregularidades, para que o órgão de controle dê início à sindicância (Brasil, 2021, p. 41). Ao apresentarem uma resposta jurídica a um problema proposto, os sistemas Watson e Debater, da IBM (Ashley, 2017, p. 28), e o da Neota Logic (Ashley, 2017, p. 35) fornecem ao administrador público motivos para a prática do ato administrativo.

5 A inteligência artificial e a natureza jurídica de motivo do ato administrativo

Como se comentou na seção 2, os sistemas inteligentes dividem-se em dois grupos: os sistemas inteligentes que aprendem, utilizados em atos administrativos discricionários, e os sistemas inteligentes especialistas, incapazes de aprender, utilizados em atos administrativos vinculados. No Direito Administrativo de TJEC, ambos apresentam o motivo do ato administrativo; mas, com o fim de garantir os direitos dos cidadãos, têm mecanismos diferentes de implantação quanto a controle, publicidade e procedimento.

Se o sistema inteligente utilizado pela Administração Pública é um modelo especialista, há em essência a tradução do regulamento em algoritmo (Boix Palop, 2020), que transforma a IA em técnica para a realização das atividades administrativas. Nessas circunstâncias, o algoritmo e o regulamento distinguem-se apenas pela linguagem na qual estão construídos. No entanto, por meio do sujeito no exercício de sua competência (pressuposto de validade do ato administrativo), a Administração Pública criou o regulamento, e a IA fez apenas a reprodução, que fornecerá ao sujeito competente o motivo do ato administrativo.

Como afirma Carullo (2021), o uso de sistemas especialistas ocorre em atos vinculados, tanto em pressupostos quanto em conteúdo. O resultado esperado é o mesmo em cada caso, seja a decisão de um ser humano, seja de uma IA. Isso resolve a imputabilidade da decisão automatizada: o sujeito competente está identificado desde o momento em que o órgão competente recebe o conteúdo da decisão proferida pelo sistema especialista.

O motivo do ato em sistemas especialistas são os enunciados de fato e de direito que integram o caso; é irrelevante o instrumento utilizado para a correta aplicação da norma, pois importa que a decisão esteja de acordo com o regulamento e com a lei. A motivação desses atos derivados de sistemas inteligentes especialistas deve ser a mesma, em conteúdo e forma, que a dos realizados pelo sujeito competente sem o auxílio da IA.

Em caso de *litigação* da decisão administrativa realizada com o auxílio de um sistema especialista, o sujeito competente pode repetir a tomada de decisão e verificar a validade e a legalidade, já que se trata de ato vinculado. Nesse momento, a Administração Pública pode manter o ato como perfeito, válido e eficaz, ou exercer o controle e anulá-lo. Se o ato for mantido, por entendimento de existência de validade, ao administrado ainda resta a revisão judicial, na qual pode provar a ausência ou a ilegalidade do motivo ou de outro pressuposto de validade ou existência do ato.

Os interessados também podem requerer acesso ao algoritmo e ao modelo para verificarem se são fiéis ou não ao regulamento. Nessas circunstâncias, a publicidade do algoritmo e do modelo não precisa ocorrer junto com a motivação do ato; a publicidade pode acontecer apenas se a decisão for contestada. Como o código é aberto, a solução é simples: basta dar acesso a quem requere. Ainda que se trate de código fechado, em que é preciso respeitar o direito de propriedade sobre a IA, é possível dar acesso ao algoritmo sem violar segredo de empresa, pois, com o recurso de programação denominado *differential privacy*, altera-se ligeiramente o algoritmo no sistema inteligente e ofuscaram-se dados sensíveis para o acesso público, de modo que seja impossível a terceiros a reprodução e a exploração econômica da IA (Zhao; Chen, 2022).

Para garantir a publicidade posterior à execução do ato (se é possível ter uma IA de código aberto), a Administração Pública pode exigir que, num edital de licitação ou numa contratação direta, se evidencie a natureza do código, se aberto ou fechado. Se há estrutura econômica e tecnológica, a Administração Pública pode estruturar seu código de forma aberta para torná-lo público em casos de litígio. Mesmo quando é impossível o código aberto, a publicidade pode ser garantida, com o acesso a partes do algoritmo (*differential*

privacy), em especial às partes relativas ao motivo, caso a Administração Pública disponha de meios para isso ou tenha que obedecer a uma determinação judicial para a divulgação do algoritmo ou de partes dele.

A publicidade pode facilitar ataques ao sistema inteligente, que, apesar dos níveis de segurança, tem limitações quanto à programação, como ocorre especialmente com os sistemas de rede neural (Mitchell, 2019, p. 102). De acordo com Szegedy, Zaremba, Sutskever, Bruna, Erhan, Goodfellow e Fergus (2014), numa rede neural de leitura de imagem, com uma simples troca de pixels, imperceptíveis ao olho humano, é possível alterar a resposta apresentada pelo sistema inteligente e gerar falsos positivos ou falsos negativos. Em sistemas inteligentes que lerão documentos – para que a Administração Pública, por exemplo, conceda ou negue um benefício –, a integridade do sistema é importante para se evitarem fraudes, de modo que a parcialidade da publicidade seria justificável. Nessas situações, a Administração Pública pode ponderar sobre que partes do algoritmo ou do modelo se tornarão públicas para se garantir tanto o cumprimento da publicidade quanto a integridade do sistema.

A leitura do código num contencioso administrativo ou judicial é uma prova técnica; além do código, o responsável pelo sistema inteligente (particular ou Administração Pública) deve oferecer as ferramentas e as instruções necessárias à compreensão da linguagem computacional, sobretudo quanto a como se chegou ao motivo. Essa exigência atende à ideia de que a publicidade deve ser acessível, mesmo que nem todos compreendam tecnicamente o conteúdo dos documentos apresentados.

Para chegarem à resposta, os sistemas inteligentes de aprendizagem adotam um sistema *não procedimental*, o que o torna não verificável por um ser humano; a esse fenômeno se dá o nome *black box* (Carullo, 2021, p. 444). Esses sistemas inteligentes são treinados com dados e criam um modelo que será utilizado nos casos concretos. Os dados para o treinamento devem permanecer anônimos e sob o controle da Administração Pública. Uma vez treinados, os sistemas inteligentes podem sozinhos apresentar uma resposta de acordo com o modelo matemático. Como as regras (modelo matemático) são criadas durante o processo de aprendizagem do sistema inteligente, é a máquina, e não o sujeito competente, que cria os parâmetros com que a Administração Pública deverá motivar o ato. É como se o sistema inteligente, depois de treinado, passasse a decidir sozinho num sistema de precedentes administrativos e a criar um modelo capaz de oferecer à Administração Pública um cenário para a avaliação e a aplicação em casos futuros e semelhantes. Porém, no atual arranjo da TJEC, o sistema inteligente não pode decidir sozinho: a imputabilidade do ato será do sujeito competente que subscrever o ato em conformidade com a legalidade.

Para que se controle o ato administrativo realizado com o auxílio de um sistema inteligente de aprendizagem como motivo do ato administrativo, a resposta precisará apresentar (além da resposta binária de *sim* e *não* para o caso concreto), texto lógico-jurídico articulado tal como o faria um ser humano, com a mesma consistência dos dados com os quais foi treinado, a fim de que a Administração Pública motive o ato decorrente do uso do sistema

inteligente. Sem o texto, faltaria ao ato administrativo a motivação e, por conseguinte, um de seus pressupostos de validade. A possibilidade de o sistema inteligente oferecer o modelo interpretável deve figurar no edital de licitação, ou no contrato, caso seja necessário contratar com particulares; se a IA for criada pela Administração Pública com o objetivo de dar publicidade posterior à motivação do ato administrativo, deve constar a possibilidade de exibição de um modelo interpretável nas diretrizes de construção do sistema inteligente.

Com sistemas inteligentes de redes neurais, a tendência é haver muita complexidade, de modo que seja impossível oferecer um modelo interpretável (Souza, 2015). Nesses casos, a Administração Pública pode utilizar a resposta fornecida pelo sistema inteligente como um parecer que motiva o ato, mantendo-se dentro da legalidade definida no atual arranjo do Direito Público ibero-americano. Embora aponte motivos para a prática de determinado ato administrativo, essa consulta feita à IA (como tradicionalmente se consultam órgãos técnicos, que respondem com pareceres) não teria força vinculante e poderia ser objeto de litígio com a mera comprovação de que as razões de fato e de direito expostas pela IA não atendem ao pressuposto de validade do ato administrativo. Outra solução, mais extrema e que leva em consideração as visões pessimistas do uso de IA, seria seguir o exemplo alemão (Huergo Lora, 2020, p. 79) e proibir o uso de sistemas inteligentes que não permitem auditar como a decisão foi tomada.

Para a validade do motivo, além do texto articulado a Administração Pública deve estabelecer um nível de confiabilidade da resposta, sem o qual o ato seria praticado em excesso de poder e violaria a validade do ato administrativo. Ainda que o grau de confiabilidade da resposta esteja de acordo com o firmado pela Administração Pública para a validade do ato, é possível exercer o controle quanto à relevância dos dados utilizados na construção da resposta apresentada pelo sistema inteligente. Como se trata de número elevado de dados, pode-se exigir do sistema inteligente a apresentação dos casos mais relevantes utilizados na construção daquela resposta. Ao dispor dos casos mais relevantes para a resposta, o sujeito competente pode avaliar a resposta, com o objetivo de evitar que o motivo apresentado pelos precedentes não tenha relação com o caso concreto em análise. Se os dados precedentes não tiverem relação com esse caso, faltará o motivo do ato administrativo, sem o qual faltará também um pressuposto de validade.

O fato de se garantir a publicidade não significa, em abstrato, que a publicidade do sistema inteligente seja absoluta; ela deve submeter-se à proporcionalidade e não ser utilizada caso viole outros direitos e garantias fundamentais ou se coloque em risco a segurança do próprio sistema inteligente. Quanto à proteção de outros direitos e garantias fundamentais, na Espanha o sistema VioGén (utilizado no combate à violência de gênero, por exemplo) não tem seus dados, algoritmo e modelo divulgados pelo Ministerio del Interior em razão de o sistema inteligente gerir dados que tratam da privacidade e intimidade de cidadãos (Boix Palop, 2020, p. 258). Tal expediente atende ao disposto no Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu quanto à proteção e à gestão de dados – norma a ser difundida

pela Ibero-América quando o tema for abordado, a exemplo do que fez o Brasil com Lei nº 13.709/2018 (*Lei geral de proteção de dados pessoais*).

É possível que os dados precisem ser geridos por mais de uma Administração Pública. Por exemplo, no caso num convênio administrativo entre municípios, pode-se adotar o sistema inteligente de *federated learning* (Mammen, 2021) para garantir que apenas a prefeitura tenha acesso aos dados de seus cidadãos. Em termos de controle e publicidade, portanto, o ideal é que o sistema inteligente forneça indicadores de nível de confiança da resposta, acesso ao código fonte e ao conjunto de dados - devidamente tornados anônimos -, utilizados no treinamento do sistema.

Tais exigências podem constar no edital de licitação, caso haja contratação com particulares ou com outra Administração Pública; ou serem partes das diretrizes internas da Administração Pública na construção de suas inteligências artificiais. Assim como ocorre com os sistemas especialistas, para fins de publicidade, basta o acesso a partes do algoritmo, modelo e dados, já que sistemas muito grandes terão bilhões de dados. Justifica-se o acesso a parte do algoritmo ou informes sobre o resultado apresentado, pois, quando empregados pela Administração Pública, eles passam a integrar o conteúdo de volição do motivo do ato. Se é impossível conhecer esses elementos, deixa de estar presente o motivo, pressuposto de validade do ato, o que torna inválido o ato administrativo.

Além de todos esses mecanismos jurídicos já existentes nos ordenamentos da TJEC, o uso de uma IA não impede que o cidadão que teve seu direito negado num ato administrativo realizado de forma automatizada peça em juízo a anulação do ato. O que se exige é a comprovação de fato e de direito de que a Administração Pública decidiu errado ou contra a lei, independentemente do uso da tecnologia. A anulação judicial do ato não depende de acesso ao algoritmo, ao código fonte, ao modelo ou a dados anônimos. A anulação do ato realizado com auxílio da IA deve ocorrer com a comprovação de inexistência, inadequação ou ilegalidade do motivo apresentado, ou de mais requisitos do ato administrativo, como a ausência de sujeito competente para a prática do ato, tal como se faz há tempos em atos realizados sem o auxílio da IA.

6 Conclusão

Uma época histórica foi inaugurada pela Revolução Francesa; dentre seus feitos está a criação de uma estrutura administrativa organizada, articulada, eficiente, prestadora de serviços públicos e criadora de um espaço seguro para o exercício da liberdade. Ao final do século 19, o Direito Público pós-revolucionário já havia triunfado em toda a Europa continental e na Ibero-América. Para que esse ambiente administrativo prosperasse, foi necessário que também se desenvolvesse uma estrutura de controle dos atos administrativos e de proteção para os cidadãos. Essa estrutura tem-se adaptado e sobrevivido ao sistema produtivo (e suas revoluções industriais) sem grandes alterações em seus mecanismos de funcionamento.

A adoção da IA como tecnologia com conteúdo ético e político capaz de alterar a forma como a sociedade, o mercado e a Administração Pública se relacionam apresenta razões que justificam a adoção de um sistema de controle e garantia de direitos. A implantação desse sistema implica a compreensão dos problemas jurídicos que a adoção da IA pela Administração Pública pode causar, sobretudo quanto à possibilidade de controle dos atos administrativos.

Já existem técnicas jurídicas de controle dos atos administrativos que podem ser aprimoradas, de modo que não é necessário acelerar a velocidade com a qual o Direito se adapta à tecnologia. Pode-se aplicar o sistema de controle e garantia de direitos independentemente da tecnologia adotada pela Administração Pública, pois, como sistema tecnológico, o Direito juridiciza a tecnologia da IA. A adoção da IA não altera a forma como a sociedade controla seus atos; se antes, para a tomada de decisão, se podia recorrer a estudos científicos, estatísticas, pareceres de órgãos consultivos e especialistas, agora se pode recorrer à IA. Mudam-se os meios de se obter o motivo do ato, mas não se alteram os mecanismos de controle jurídico.

O Direito tem seu próprio tempo e suas próprias técnicas. Não é necessária a adoção acrítica de tecnologias sem que se compreendam suas consequências sociais e econômicas. O ingresso da IA em todas as áreas do conhecimento parece inevitável, mas o tempo futuro é imaginação; a adoção dessa tecnologia não precisa nem deve acontecer na mesma velocidade com que ela avança em sua capacidade de processamento. Até que “o futuro chegue”, há o tempo do Direito, com sua história e seu tempo passado, que é não só memória, mas o conhecimento com o qual se pode responder em tempo às novas tecnologias. Um tempo que não é rápido nem devagar – é tão somente o tempo do Direito.

Referências

- ASHLEY, Kevin D. *Artificial intelligence and legal analytics: new tools for law practice in the digital age*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2017.
- BARBOZA FILHO, Rubem. A modernização brasileira e o nosso pensamento político. *Perspectivas: revista de ciências sociais*, São Paulo, v. 37, p. 15-63, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/3552>. Acesso em: 20 maio 2025.
- BEN-SHAHAR, Omri; PORAT, Ariel. *Personalized law: different rules for different people*. New York: Oxford University Press, 2021.
- BERNING PRIETO, Antonio David. La naturaleza jurídica de los algoritmos. In: GAMERO CASADO, Eduardo (dir.); PÉREZ GUERRERO, Francisco L. (coord.). *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*. Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 2023. p. 95-130. (Colección Monografías).
- BOIX PALOP, Andrés. De McDonald's a Google: la ley ante la tercera revolución productiva. *Teorder*, Valencia, ES, n. 1, p. 125-146, 2007. Disponível em: <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/358>. Acesso em: 20 maio 2025.
- _____. Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones. *Revista de Derecho Público: teoría y método*, Madrid, v. 1, p. 223-269, 2020. DOI: https://doi.org/10.37417/RPD/vol_1_2020_33. Disponível em: <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/33>. Acesso em: 20 maio 2025.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Secretaria de Empreendedorismo e Inovação. *Estratégia brasileira de IA - EBIA*. Brasília, DF: MCTI, jul. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ebia-documento_referencia_4-979_2021.pdf. Acesso em: 20 maio 2025.

BREWER-CARÍAS, Allan R. Panorama general del derecho administrativo en Venezuela. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (coord.). *Derecho administrativo en Iberoamérica*. 2. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012. p. 1.473-1.580. (Colección Monografías).

CAMPAÑA MORA, Joffre. El derecho administrativo en el Ecuador. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (coord.). *Derecho administrativo en Iberoamérica*. 2. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012. p. 509-557. (Colección Monografías).

CARPEAUX, Otto Maria. Tradições americanas. In: _____. *Ensaios reunidos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999. v. 1.

CARULLO, Gherardo. Decisione amministrativa e intelligenza artificiale. *Diritto dell'informazione e dell'informativa*, [s. l.], v. 37, n. 3, p. 431-461, 2021. Disponível em: <https://air.unimi.it/handle/2434/891372>. Acesso em: 20 maio 2025.

CASSAGNE, Juan Carlos. El derecho administrativo argentino. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (coord.). *Derecho administrativo en Iberoamérica*. 2. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012. p. 25-96. (Colección Monografías).

COECKELBERGH, Mark. *La filosofía política de la inteligencia artificial: una introducción*. Traducción de Lucas Álvarez Canga. Madrid: Cátedra, 2023. (Teorema).

CONHEÇA as leis de proteção de dados ao redor do mundo. São Paulo: LGPD Brasil, 30 jun. 2023. Disponível em: <https://www.lgpdbrasil.com.br/conheca-as-leis-de-protecao-de-dados-ao-redor-do-mundo/>. Acesso em: 20 maio 2025.

DÍAZ GONZÁLEZ, Gustavo Manuel. Algoritmos y actuación policial: la policía predictiva. In: HUERGO LORA, Alejandro (dir.); DÍAZ GONZÁLEZ, Gustavo Manuel (coord.). *La regulación de los algoritmos*. Navarra: Aranzadi, 2020. p. 181-234. (Estudios).

FALK, Svenja; RÖMMELE, Andrea; SILVERMAN, Michael. The promise of digital government. In: _____. (ed.). *Digital government: leveraging innovation to improve public sector performance and outcomes for citizens*. Cham: Springer, 2017. p. 3-23.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistema de derecho administrativo*. 4. ed. Pamplona: Civitas, 2018. v. 1.

FRANCE. Conseil constitutionnel. *Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018*. Paris: Conseil constitutionnel, 2018. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018765DC.htm>. Acesso em: 20 maio 2025.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza, 1994. (Alianza universidad, 799).

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 18. ed. Pamplona: Civitas, 2017. v. 1.

GASNELL ACUÑA, Carlos. Panorama general del derecho administrativo en Panamá. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (coord.). *Derecho administrativo en Iberoamérica*. 2. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012. p. 959-1.010. (Colección Monografías).

GONZÁLEZ GARCÍA, Marta Isabel; LÓPEZ CEREZO, José Antonio; LUJÁN LÓPEZ, José Luis. *Ciencia, tecnología y sociedad: una introducción al estudio social de la ciencia y tecnología*. Madrid: Tecnos, 2000. (Colección Ventana abierta).

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (coord.). *Derecho administrativo en Iberoamérica*. 2. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012. (Colección Monografías).

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 10. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011. t. 3: el acto administrativo.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*. Traducción de Alfredo Bergés. Barcelona: Herder, 2014. (Pensamiento Herder).

HARVEY, David. *A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1992.

HÄUSELMANN, Andreas. Disciplines of AI: an overview of approaches and techniques. In: CUSTERS, Bart; FOSCH-VILLARONGA, Eduard (ed.). *Law and artificial intelligence: regulating AI and applying AI in legal practice*. The Hague: Asser Press, 2022. p. 43-70. (Information technology and law series, v. 35).

HENDERSON, William D. A blueprint for change. *Pepperdine Law Review*, [s. l.], v. 40, n. 2, p. 461-507, 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol40/iss2/7/>. Acesso em: 20 maio 2025.

HUERGO LORA, Alejandro. Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo. In: HUERGO LORA, Alejandro (dir.); DÍAZ GONZÁLEZ, Gustavo Manuel (coord.). *La regulación de los algoritmos*. Navarra: Aranzadi, 2020. p. 23-87. (Estudios).

KLEIJN, Roy de. Artificial intelligence versus biological intelligence: a historic overview. In: CUSTERS, Bart; FOSCH-VILLARONGA, Eduard (ed.). *Law and artificial intelligence: regulating AI and applying AI in legal practice*. The Hague: Asser Press, 2022. p. 29-41. (Information technology and law series, v. 35).

LÁZARO PULIDO, Manuel. Pensar el barroco ibérico temprano. *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, Salamanca, ES, v. 50, p. 5-23, 2023. DOI: <https://doi.org/10.36576/2660-9509.50.5>. Disponível em: <https://revistas.upsa.es/index.php/cuadernossalmantinos/article/view/839>. Acesso em: 20 maio 2025.

MAMMEN, Priyanka Mary. Federated learning: opportunities and challenges. *arXiv*, Ithaca, NY, 14 Jan. 2021. DOI: <https://doi.org/10.48550/arXiv.2101.05428>. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2101.05428>. Acesso em: 20 maio 2025.

MATILLA CORREA, Andy. Panorama general del derecho administrativo en Cuba. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (coord.). *Derecho administrativo en Iberoamérica*. 2. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012. p. 407-507. (Colección Monografías).

MEJÍA, Henry Alexander. Panorama general del derecho administrativo salvadoreño. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (coord.). *Derecho administrativo en Iberoamérica*. 2. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012. p. 559-630. (Colección Monografías).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

MITCHELL, Melanie. *Artificial intelligence: a guide for thinking humans*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2019.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NAVARRO, Karlos. Derecho administrativo nicaragüense. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (coord.). *Derecho administrativo en Iberoamérica*. 2. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012. p. 861-958. (Colección Monografías).

PAIVA, José Eustáquio Machado de. Um estudo acerca do conceito de tecnologia. *Educação & Tecnologia*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1-2, p. 5-9, jan./dez. 1999. Disponível em: <https://seer.dppg.cefetmg.br/index.php/revista-et/article/view/249>. Acesso em: 20 maio 2025.

PICHAI, Sundar. What our quantum computing milestone means. In: GOOGLE Blog. [S. l.], Oct 23, 2019. Disponível em: <https://blog.google/technology/ai/what-our-quantum-computing-milestone-means/>. Acesso em: 20 maio 2025.

SILVA, Dandara Ramos Silvestre da; SILVA, Gustavo Henrique Luz; RIBEIRO, Natália Góis; PORTO JÚNIOR, Odélio; BRAOIOS, Rafaella Resck. *Guia América Latina: legislações de proteção de dados*. [S. l.]: Bluz, [2022]. (A year in privacy, n. 11-12). Disponível em: https://baptistaluz.com.br/wp-content/uploads/2022/12/bluz_221130_AYIP_America-Latina-Legislacao-de-protecao-de-dados_V2.pdf. Acesso em: 20 maio 2025.

SORIANO ARNANZ, Alba. Creating non-discriminatory artificial intelligence systems: balancing the tensions between code granularity and the general nature of legal rules. *IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*, [s. l.], n. 38, p. 1-12, oct. 2023. DOI: <https://doi.org/10.7238/idp.v0i38.403794>. Disponível em: <https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/n38-soriano>. Acesso em: 20 maio 2025.

SOUZA, Paulo Vitor de Campos. *Avaliação de técnicas de regularização aplicadas às redes neurais nebulosas*. 2015. Dissertação (Mestrado em Engenharia Elétrica) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

SUSSKIND, Richard. *The end of lawyers?: rethinking the nature of legal services*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2010.

SZEGEDY, Christian; ZAREMBA, Wojciech; SUTSKEVER, Ilya; BRUNA, Joan; ERHAN, Dumitru; GOODFELLOW, Ian; FERGUS, Rob. Intriguing properties of neural networks. *arXiv*, Ithaca, NY, 19 Feb. 2014. DOI: <https://doi.org/10.48550/arXiv.1312.6199>. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1312.6199>. Acesso em: 20 maio 2025.

VÁZQUEZ IRIZARRY, William. Puerto Rico. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (coord.). *Derecho administrativo en Iberoamérica*. 2. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012. p. 1.309-1.356. (Colección Monografías).

VERASZTO, Estéfano Vizconde; SILVA, Dirceu da; MIRANDA, Nonato Assis; SIMON, Fernanda Oliveira. Tecnologia: buscando uma definição para o conceito. *Prisma.com*, Porto, PT, n. 8, p. 19-46, 2009. Disponível em: <https://ojs.letras.up.pt/index.php/prismacom/article/view/2065>. Acesso em: 20 maio 2025.

VIVAN FILHO, Gerson Tadeu Astolfi. “Natureza jurídica”: ela está no meio de nós? *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 28-55, mar. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/resseveraverumgaudium/article/view/64840>. Acesso em: 20 maio 2025.

WEST, Darrell M. *Digital government: technology and public sector performance*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007.

ZHAO, Ying; CHEN, Jinjun. A survey on differential privacy for unstructured data content. *ACM Computing Surveys*, [s. l.], v. 54, n. 10, art. 207, p. 1-28, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1145/3490237>.

ZOTO ALVARADO, Juan Lixmar. Panorama general del derecho administrativo en Bolivia. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (coord.). *Derecho administrativo en Iberoamérica*. 2. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012. p. 97-146. (Colección Monografías).

Financiamento

Este artigo foi desenvolvido durante instância de pesquisa proporcionada pelo Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa no Grupo de Pesquisa Regulation, coordenado pelos professores Andrés Boix Palop e Gabriel Domenech Pascual do Departamento de Direito Administrativo da Universitat de València, València, Espanha.

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/>

Governança fiscal: o papel da Instituição Fiscal Independente e seu controle pelo Poder Legislativo

Fiscal Governance: The Role of the Independent Fiscal Institution and its Control by the Brazilian Legislative Power

Layla Salles McClaskey¹

Resumo

A aprovação de um regime substitutivo da regra do chamado *teto de gastos* resultou da interação dos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, dadas as tensões do sistema presidencialista e as deliberações da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 32/2022, que deu origem à Emenda Constitucional nº 126/2022, questiona-se a manutenção do objetivo da regra fiscal. Neste artigo, analisa-se a Instituição Fiscal Independente brasileira (IFI) como entidade apolítica e técnica na elaboração de normas fiscais em nível federal. Para isso, examinam-se sua estrutura e seu papel tanto à luz das diretrizes do Direito da Regulação quanto por meio do seu cotejamento com a experiência da Alemanha, país com práticas fiscais e concentração de competência no Poder Legislativo federal. Os receios do ato inaugural da IFI traduzidos em restrições repetem-se naquele país, mas não impedem uma governança fiscal mais arrojada que a do Estado brasileiro.

Palavras-chave: instituições fiscais independentes; autonomia política; Poder Legislativo; Poder Executivo; responsabilidade fiscal.

Abstract

The approval of a replacement regime for the so-called *spending cap rule* resulted from the interaction between the Executive and Legislative Powers. However, given the tensions within the presidential system and the deliberations surrounding the approval of Constitutional

¹ Layla Salles McClaskey é mestra em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutoranda em Direito da Regulação na FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; especialista em Direito Fiscal pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; especialista em negócios jurídicos pelo Institute of Commercial Management, Ringwood, Hampshire, Reino Unido; professora convidada de Direito Tributário, Financeiro e Regulatório da FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pesquisadora da FGV-Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; executiva jurídica, advogada e parecerista. E-mail: layla.mcclaskey@fgv.br

Amendment Proposal n. 32/2022, which led to Constitutional Amendment n. 126/2022, the maintenance of the fiscal rule's objective is questioned. This article analyzes the Brazilian Independent Fiscal Institution (IFI) as an apolitical and technical entity in the development of federal tax regulations. To this end, its structure and role are examined both in light of the guidelines of Regulatory Law and through comparison with the experience of Germany a country with fiscal practices and concentration of powers in the federal Legislative Branch. The concerns surrounding the IFI's inaugural act, translated into restrictions, are echoed in that country, but do not impede more ambitious fiscal governance than that of the Brazilian State.

Keywords: independent fiscal institutions; political autonomy; Legislative Power; Executive Power; fiscal responsibility.

Recebido em 24/10/24

Aprovado em 15/4/25

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p65

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

A regra fiscal⁴ aplicável ao orçamento público e com previsão de vigência de 20 exercícios financeiros foi objeto de debates entre os Poderes Executivo e Legislativo no contexto da votação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 32/2022 (*PEC da transição*), de que se originou a Emenda Constitucional (EC) nº 126/2022, promulgada em 21/12/2022 (Brasil, 2022a). Dentre outras medidas, procurou tornar possível a exclusão de despesas sociais específicas do limite estabelecido para os gastos do governo federal. Em virtude do rito de aprovação das PECs definido no § 2º do art. 60 da Constituição da República Federativa do

² MCCLASKEY, Layla Salles. Governança fiscal: o papel da Instituição Fiscal Independente e seu controle pelo Poder Legislativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 247, p. 65-85, jul./set. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p65. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/247_ril_v62_n247_p65

³ McClaskey, L. S. (2025). Governança fiscal: o papel da Instituição Fiscal Independente e seu controle pelo Poder Legislativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(247), 65-85. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p65

⁴ Segundo o Fundo Monetário Internacional (FMI), regras fiscais são normas “que impõem restrição duradoura à política fiscal mediante limites numéricos sobre agregados orçamentários, normalmente para corrigir incentivos distorcidos e conter pressões para gastar demais, especialmente em tempos bons, de modo a garantir a responsabilidade fiscal e a sustentabilidade da dívida” (Davoodi; Elger; Fotiou; Garcia-Macia; Lagerborg; Lam; Pillai, 2022, tradução nossa).

Brasil de 1988 (CRFB)⁵, a efetiva decisão de se alterar essa diretriz constitucional antes de seu termo de vigência está sujeita a um complexo processo de deliberação dos parlamentares de ambas as Casas do Congresso Nacional.

Dadas as ponderações da literatura administrativista acerca das tensões políticas da conjuntura do sistema de governo presidencialista⁶, questiona-se se o propósito de responsabilidade fiscal sobreviveu como meta central na conjuntura de deliberações para a aprovação da *PEC da transição*⁷. É notável que a literatura estrangeira há muito postula a existência de uma forte relação entre gastos públicos e ciclo político, o que realça o vínculo entre o viés do déficit orçamentário e as práticas, as instituições orçamentárias e as motivações políticas individuais de parlamentares e outros políticos (Poterba; Hagen, 1999, p. 1-12). No contexto europeu, especificamente na Alemanha^{8 9}, sustenta-se a necessidade de se incluírem instituições independentes no processo de produção normativa em matéria fiscal (OECD Journal on Budgeting, 2014, p. 10)¹⁰. Como são autônomas, essas entidades podem garantir a confiança nas finanças públicas dos diferentes países.

No Brasil, a governança da matéria concentra-se em órgãos vinculados aos Poderes Executivo e Legislativo. Este desempenha papel central nas decisões sobre as normas regentes do tema do equilíbrio quantitativo das contas públicas¹¹; em contrapartida, o projeto de criação de um órgão colegiado do Executivo tramita há mais de 20 anos no Legislativo. Por outro lado, existe a Instituição Fiscal Independente (IFI), criada pela Resolução do Senado Federal (RSF) nº 42/2016 (Brasil, [2019])¹². Contudo, a IFI parece sofrer restrições de impacto na sua capacidade de atuar de forma independente do Poder Legislativo, devido ao receio dos parlamentares relacionado à concessão de poderes fiscais a agentes alheios ao Legislativo e com a associação ao Executivo¹³ expostos durante as deliberações para a

⁵ Como rito para a aprovação de ECs, o § 2º do art. 60 da CRFB estabelece a votação em dois turnos em cada Casa do Congresso e a obtenção de três quintos dos votos dos deputados (308) e dos senadores (49) (Brasil, [2024]).

⁶ Chafetz (2017, p. 35, tradução nossa) afirma que a “influência de partidos políticos no Congresso fortalece os conflitos no exercício do poder congregacional”.

⁷ Conforme o FMI, o foco das regras fiscais é garantir responsabilidade fiscal por meio da estabilidade orçamentária (Gbohoui; Medas, [2020]).

⁸ Paulo Bijos menciona a centralidade da governança fiscal na agenda política da União Europeia, dada a relevância do tema para a sustentabilidade do euro. Essa governança inclui regras fiscais numéricas nacionais, instituições fiscais independentes e estruturas orçamentárias de médio prazo (Bijos, 2014, p. 13).

⁹ A escolha da Alemanha para o estudo de caso deve-se a sua forte tradição de concentração de poderes fiscais no Poder Legislativo federal, de forma paralela aos esforços para se implantarem medidas de governança que alcancem a transparência fiscal (OECD Journal on Budgeting, 2014, p. 10).

¹⁰ Neste trabalho, considera-se que a produção normativa fiscal diz respeito sobretudo às regras fiscais que comporão a governança fiscal; por sua vez, esta se define como um conjunto de “normas, regulamentos e procedimentos que influenciam a forma pela qual a política fiscal é planejada, aprovada, implementada e monitorada” (Bijos, 2014, p. 13).

¹¹ Considera-se aqui uma distinção terminológica não estanque entre a governança fiscal e a orçamentária (Bijos, 2014, p. 12-13).

¹² A criação do IFI inspirou-se em duas instituições fiscais independentes: a Congressional Budget Office (secretaria de orçamento do Congresso norte-americano (CBO)) e a Office for Budget Responsibility (secretaria britânica para a responsabilidade orçamentária (OBR)) (Salto; Baciotti, 2022).

¹³ Ver Oliveira (2015).

aprovação da RSF nº 42/2016. Para tornar claro o embate entre democracia e tecnocracia em matéria fiscal (Huber; Shipan, 2002, p. 17-18), propõe-se a avaliação das possibilidades concedidas pelo Legislativo à IFI para agir como órgão detentor de poderes discricionários e desempenhar papel apolítico e técnico em matéria fiscal federal¹⁴.

Além desta introdução e da conclusão, este trabalho contém quatro seções. Na segunda abordam-se a regra do *teto de gastos* e a governança fiscal em âmbito federal. Na seguinte, analisa-se o contexto nacional e internacional de criação das entidades fiscais independentes¹⁵. Na quarta seção, observa-se o “código genético”¹⁶ estabelecido pelo Legislativo federal para a IFI. E na quinta, procede-se à análise comparativa do caso da Alemanha, país com grande cultura de concentração da matéria fiscal no Poder Legislativo federal e com reconhecida atuação em boas práticas fiscais (Shah; Kincaid, 2007).

Como a independência é crucial para a não politização e para a tecnicidade das decisões das instituições fiscais autônomas (Waldo, 1948, p. 14), avalia-se a discricionariedade da IFI com esteio nas dimensões de controle político pelo Legislativo oriundas da literatura de Direito da Regulação: a autonomia funcional, orçamentária, organizacional, decisória e de pessoal¹⁷. Este trabalho não examina a qualidade da atuação da IFI, mas o controle exercido sobre a entidade, para com isso evidenciar a possibilidade de funcionamento institucional discricionário alinhado com o propósito de alcançar o melhor interesse público, o que é um compromisso com a responsabilidade fiscal. Ancorado no Direito da Regulação, o estudo visa apresentar uma forma alternativa de se conceber o exercício do poder normativo na esfera fiscal, para destacar a insuficiência da tradicional perspectiva de tripartição de Poderes e as possibilidades de uma governança com maior capacidade de promover a responsabilidade fiscal.

¹⁴ Waldo (1948, p. 14, tradução nossa) assinala que os “cidadãos devem perceber que há dois fundamentos no governo: a política e a administração, decidindo e executando. Quando essas duas funções forem adequadamente separadas e institucionalizadas, descobrir-se-á que o sistema resultante é democrático e eficiente”.

¹⁵ A análise em âmbito internacional enfoca sobretudo a conjuntura da Europa e, em particular, a da Alemanha.

¹⁶ Conforme Moe e Caldwell (1994, p. 192, tradução nossa), cada “instituição é um sistema completo em construção. Tal sistema vem com um código genético embutido que programa os tipos de liderança de burocracias e outras estruturas, arranjos de pessoal e outras propriedades que acabarão por compor o correspondente governo. Uma vez adotada a forma, seguem-se as outras propriedades. Elas são escolhidas pelos participantes em sua política de escolha estrutural, mas as escolhas são previsíveis e altamente restritas. Elas simplesmente dão expressão ao código genético”.

¹⁷ Natasha Salinas menciona essas cinco dimensões de autonomia que são objeto de ensaios de intervenção pelo Poder Legislativo brasileiro nas agências reguladoras. Conforme a autora, considera-se tal movimento de interferência como estratégia de afastamento da interferência do Poder Executivo sobre essas entidades, quando há insatisfação com o respectivo arranjo institucional. Devido à dinâmica estabelecida para fins de governança fiscal, neste estudo a avaliação dos avanços do Poder Legislativo sobre a autonomia das entidades fiscais fundamenta-se no contexto da criação dessas instituições fiscais independentes e da elaboração dos correspondentes atos (Salinas, 2019, p. 588).

2 Um novo teto de gastos e a governança em matéria fiscal

Com a EC nº 95/2016 (Brasil, 2016) e os arts. 106 a 114 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CRFB (Brasil, [2024]), estabeleceu-se o Novo Regime Fiscal (ou *teto de gastos*), que impõe limite aos dispêndios dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Ministério Público da União, do Conselho Nacional do Ministério Público e da Defensoria Pública da União. Ao se consolidar como parte de um agregado de normas fiscais aplicáveis ao orçamento público federal e elaborada com o objetivo de garantir um compromisso duradouro com a ordem das contas públicas federais, tal regra tem vigência programada de 20 exercícios fiscais¹⁸.

De acordo com o Fundo Monetário Internacional (FMI) e organizações internacionais, as regras fiscais têm o fim de garantir responsabilidade fiscal mediante a estabilidade orçamentária, o que pareceu evidente no caso do *teto de gastos*, dada a inclusão na CRFB (Davoodi; Elger; Fotiou; Garcia-Macia; Lagerborg; Lam; Pillai, 2022). Contudo, essa inserção implica uma dinâmica de deliberação do Executivo e do Legislativo; de acordo com a literatura administrativista, eles disputam poderes políticos à maneira do que ocorre num sistema presidencialista de governo¹⁹. Essa questão parece ainda mais tortuosa quando o assunto é de elevado grau de sensibilidade para ambos os Poderes, a ponto de se tornar necessária uma instituição independente que divulgue análises técnicas e apartidárias sobre as contas públicas, promova uma cultura de estabilidade e aumente os ônus relativos à falta de compromisso fiscal (International Monetary Fund, 2013)²⁰.

No caso do *teto de gastos*, não é evidente que as contas públicas que embasaram os questionamentos sobre a sua adequação tenham sido submetidas ao necessário escrutínio para se decidir por uma alteração constitucional. E mais: parece não haver elementos técnicos suficientes para se concluir que a nova regra leva de fato a um cenário de maiores benefícios

¹⁸ Com o art. 106 do ADCT instituiu-se “o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” (Brasil, [2024]).

¹⁹ Bruce Ackerman assim se refere à *hiperpolitização* do sistema presidencialista: “A separação de poderes entre Câmara, Senado e presidente não só estimula crises de governabilidade em tempos de impasse e lutas desesperadas contra o relógio constitucional em momentos de autoridade plena [...]. Em vez de encorajar a criativa combinação constitucional de responsabilidade política e expertise profissional, ela *superpolitiza* a Administração Pública e corrói o Estado de Direito” (Ackerman, 2000, p. 711, tradução nossa).

²⁰ Bijos (2014, p. 20) acrescenta que tal como há muito ressaltou “Agenor de Roura, em sua obra intitulada *Formação do Direito Orçamentário Brasileiro*, de 1916, ‘a falta de sinceridade na fixação da despesa e na previsão da receita, disse-o Poincaré, é o maior mal dos orçamentos’. Observações como essas, em resumo, ajudam a compreender por que motivo o processo orçamentário deve ser tutelado por um sistema de freios e contrapesos e qual pode ser o valor agregado, nesse contexto, das Instituições Fiscais Independentes”.

do que custos²¹²². No âmbito do Poder Executivo, a avaliação do equilíbrio das contas públicas federais compete tão somente ao órgão central de contabilidade da União e à Secretaria do Tesouro Nacional²³. Além de serem apreciadas por esses órgãos do Executivo, as contas públicas também podem passar pelo crivo do Tribunal de Contas da União (TCU)²⁴ e das consultorias orçamentárias do Poder Legislativo, as quais têm como função a assessoria técnica dos parlamentares da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (Salto; Bacciotti, 2022). Tramita desde 2000 o PL que institui o Conselho de Gestão Fiscal, órgão com a atribuição de tratar da política e da gestão fiscal conforme o art. 67 da Lei Complementar (LC) nº 101/2000 (*Lei de responsabilidade fiscal*)²⁵ (Brasil, 2000)²⁶.

Atribuiu-se à IFI o papel de assessorar os membros do Senado Federal nas matérias orçamentária e fiscal. Contudo, questiona-se: ela poderia atuar como entidade autônoma capaz de desenvolver papel apolítico e técnico em tal conjuntura? A IFI parece não ter emitido recomendações sobre a alteração ou não da regra do teto de gastos e ter-se restringido à elaboração de relatórios de acompanhamento fiscal (Instituição Fiscal Independente, [2017-2024]) e do estudo *Teto de gastos no Brasil: o que esperar* (Pinto, 2022), que não foram formalmente considerados no processo de produção normativa. O último estudo²⁷ demonstra

²¹ Os dois últimos questionamentos são oriundos das conclusões de Roberta Simões relativas ao que leva uma lei a ser corretamente feita (Nascimento, 2021).

²² De acordo com o Parlamento Europeu, órgão com função legiferante no contexto da União Europeia, o “anúncio de previsões macroeconómicas e orçamentais enviesadas e irrealistas pode prejudicar consideravelmente a eficácia do planejamento orçamental e, consequentemente, comprometer o respeito pela disciplina orçamental. Previsões macroeconómicas imparciais e realistas podem ser fornecidas por organismos independentes ou organismos dotados de autonomia funcional em relação às autoridades orçamentais de um Estado-Membro e relativamente aos quais a legislação nacional aplicável garante um grau elevado de autonomia funcional e de responsabilização. São previsões desse tipo que deverão ser usadas durante o processo orçamental” (União Europeia, 2013, p. 12).

²³ Em conjunto com a Câmara Técnica de Normas Contábeis e de Demonstrativos Fiscais da Federação, conforme o Decreto nº 10.265/2020 (Brasil, 2020).

²⁴ Órgão judicante externo ao governo federal, o TCU auxilia o Congresso Nacional no controle dos órgãos e entidades públicas, ao realizar fiscalização de natureza contábil, financeira, orçamentária, dentre outras. Conforme o § 2º do art. 33 da CRFB, cabe ao TCU emitir parecer anual das contas presidenciais previamente à respectiva análise do Congresso Nacional (Competências [...], [2025]).

²⁵ De acordo com o art. 67 da *Lei de responsabilidade fiscal*, o “acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal serão realizados por conselho de gestão fiscal, constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade, visando a: I – harmonização e coordenação entre os entes da Federação; II – disseminação de práticas que resultem em maior eficiência na alocação e execução do gasto público, na arrecadação de receitas, no controle do endividamento e na transparéncia da gestão fiscal; III – adoção de normas de consolidação das contas públicas, padronização das prestações de contas e dos relatórios e demonstrativos de gestão fiscal de que trata esta Lei Complementar, normas e padrões mais simples para os pequenos Municípios, bem como outros, necessários ao controle social; IV – divulgação de análises, estudos e diagnósticos” (Brasil, [2025]).

²⁶ Nos termos do art. 1º do PL nº 3.744/2000, “[f]ica instituído o Conselho de Gestão Fiscal – CGF, de que trata o art. 67 da LC nº 101/2000 [*Lei de responsabilidade fiscal*], órgão de deliberação coletiva, integrante da administração pública federal, vinculado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a participação de representantes da União, dos estados, dos municípios e de entidades técnicas representativas da sociedade” (Brasil, 2000).

²⁷ Datado de 1º/12/2022, período anterior à aprovação da *PEC da transição* (Brasil, 2022b) no Senado Federal, o estudo compõe-se de projeções sobre o endividamento do País em longo prazo.

a lacuna entre as receitas e os gastos públicos, e a progressão do nível de endividamento do País até 2031²⁸.

Embora isso demonstre certo rigor material e técnico da IFI, também sugere que sua estrutura, imposta pelo Poder Legislativo, acaba por limitar-lhe as possibilidades de produção das regras fiscais e da perspectiva de contribuir para o alcance da disciplina fiscal proposta pelas mencionadas organizações internacionais.

3 As entidades fiscais autônomas internacionais e a Instituição Fiscal Independente

Com base nas diretrizes das contas públicas federais sujeitas ao escrutínio de órgãos do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do TCU, e dado que a independência é fundamental para a tecnicidade e a isenção política, analisa-se nesta seção a conjuntura em que se criaram as entidades fiscais autônomas internacionais e a IFI.

Em decorrência da forte crise econômica e financeira de 2008, propagou-se internacionalmente a importância de se criarem meios de garantir disciplina fiscal, com o propósito de incutir a confiança em que os governos nacionais têm condições de administrar suas contas de forma equilibrada e transparente (OECD, 2024). Sob essa perspectiva, houve tentativas de se fortalecer a credibilidade da política fiscal dos países, sobretudo europeus, por meio da integração de instituições fiscais independentes aos processos normativos orçamentário e fiscal (Rodrigues; Conti, 2020). Nessa conjuntura, organizações como o FMI, a União Europeia e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) destacam o papel das entidades autônomas; complementares a regras fiscais confiáveis, elas auxiliariam os governos a lidar com os obstáculos à disciplina fiscal, promoveriam a transparência e elevariam a qualidade do debate público sobre o tema^{29 30}.

Além disso, por meio do item 17 do Regulamento nº 473/2013 do Parlamento e do Conselho europeus, em consonância com a Diretiva nº 2011/85/UE, a União Europeia estabeleceu como requisito essencial dos quadros orçamentários dos Estados-membros a atuação de organismos independentes na fiscalização do cumprimento das regras concernentes a

²⁸ De acordo com a IFI, é possível prever que o total da dívida, interna e externa, dos principais entes do setor público será de 95,3% do PIB em 2031, ao passo que, de acordo com os cenários otimista e pessimista, a dívida pública alcançaria respectivamente 65,5% e 147,6% (Pinto, 2022). Porém, não há evidências de que esse estudo tenha tido algum impacto na aprovação da PEC e nas deliberações sobre diretrizes fomentadoras do aumento das possibilidades de gastos e de um endividamento maior do País nos próximos anos.

²⁹ Apesar do entendimento sobre a necessidade de sua criação, essas instituições não definem de forma única a sua estrutura organizacional, mas concordam sobre a necessidade de que atuem de forma autônoma para fiscalizar o cumprimento das regras fiscais e elevar a qualidade do debate sobre a questão fiscal.

³⁰ Conforme o FMI, os “conselhos fiscais são instituições públicas independentes destinadas a promover finanças públicas por meio de várias funções, que incluem avaliações públicas de planos e desempenho, e a avaliação ou fornecimento de informações macroeconómicas e previsões orçamentárias. Ao fomentar a transparéncia e promover uma cultura de estabilidade, eles podem aumentar os custos reputacionais e eleitorais de políticas indesejáveis e compromissos quebrados” (International Monetary Fund, 2013, p. 1, tradução nossa).

orçamento (União Europeia, 2013). Ao reconhecer que as ações de uma entidade fiscal independente podem sofrer restrições no âmbito do jogo político por trás da criação das normas fiscais, a OCDE ressalta como valores de sua atuação: a) a independência; b) o não partidarismo; c) a transparência; d) a prestação de contas; e e) a competência técnica (OECD, 2024).

Foi em conformidade com a tendência mundial de criação de instituições independentes em matéria fiscal e orçamentária que em 2016 o Senado Federal publicou a RSF nº 42, que criou a IFI. Todavia, apesar de representar um incontestável avanço, diante da resistência parlamentar à criação de instituição de “auditoria” das contas públicas³¹, a IFI não se alinha com o que se propõe em nível internacional. Em face das alegações de parlamentares contrários a ela³², parece que os anseios relacionados à criação de uma instituição independente em matéria fiscal se acomodaram por meio de disposições de natureza institucional.

De acordo com estudos centrados em Direito da Regulação, algumas delimitações impostas pelo arcabouço institucional evidenciam os níveis de ingerência política que o Legislativo busca ter sobre as instituições independentes; é possível, pois, avaliar a autonomia das entidades autônomas com base nas dimensões funcional, orçamentária, organizacional, decisória e de pessoal (Salinas, 2019, p. 588).

4 A Instituição Fiscal Independente e seu controle pelo Poder Legislativo

Como a independência das entidades fiscais autônomas é fator-chave para a sua eficaz atuação como órgão autonomamente organizado no contexto da administração das contas públicas, passa-se à análise da organização institucional da IFI sob a perspectiva dos indicadores de controle político do Poder Legislativo oferecidos pela literatura³³.

Embora alguns defendam que *independência* não implica *blindagem* a interferências políticas³⁴, é incontestável que a autonomia das instituições fiscais independentes favorece o alcance de políticas mais alinhadas com o interesse público. Essa é a percepção do FMI, da União Europeia e da OCDE sobre elas³⁵; conquanto tenham diferentes concepções sobre

³¹ Essa resistência evidencia-se no arquivamento da PEC nº 83/2015 e de seu texto substitutivo (Brasil, 2015). Ver Oliveira (2015).

³² Segundo eles, ela significaria sujeição das instâncias políticas a tecnocratas, *precarização* do Congresso e desestabilização da política econômica do Executivo.

³³ Num entendimento semelhante ao da literatura de Direito da Regulação, a OCDE apresenta os elementos que têm sido objeto de avanços no controle da autonomia das instituições independentes. Contudo, a OCDE indica a existência de quatro camadas de técnica (jurídica, finanças, operações e informações), ao passo a literatura sobre as agências reguladoras lista as cinco dimensões já referidas. A robustez desse rol e a correspondente clareza metodológica levaram neste trabalho à seleção do uso da correspondente tipificação (OECD, 2024).

³⁴ Mashaw (1997, p. 112, tradução nossa) ironiza esse ponto ao comentar sobre o idealismo no Direito Administrativo: “O ativista do Direito Administrativo que surgiu nesse período, e que ainda fornece a imagem dominante do que é o Direito Administrativo, era uma espécie de pastiche de programas políticos liberais e pluralistas”.

³⁵ Ver International Monetary Fund (2013), União Europeia (2013) e OECD (2024).

tais instituições autônomas³⁶, é unânime o entendimento de que a sua autonomia é crucial ao bom exercício de suas atividades (OECD, 2024).

Como os arranjos institucionais advêm de escolha para influenciar a tomada de decisão por essas instituições – conforme o interesse durante a elaboração do marco inaugural –, a literatura indica algumas dimensões de autonomia que são objeto de ensaios de intervenção do Legislativo. Por trás dos elementos que compõem as entidades independentes, é possível avaliar sua maior ou menor sujeição ao controle do Legislativo e, com isso, as suas possibilidades ou limitações de tomar decisões técnicas e apolíticas, o que condiciona o alcance de maior credibilidade fiscal, conforme a entendem aquelas organizações internacionais. A esse respeito, a literatura de Direito da Regulação aborda alguns indicadores de avanço do Legislativo na estrutura das instituições independentes – trata-se das dimensões de autonomia *funcional, orçamentária, organizacional, decisória e de pessoal* (Salinas, 2019, p. 588) (Quadro 1).

Quadro 1 – Elementos institucionais de controle político

INDICADOR	TIPO	DESCRÍÇÃO
funcional	escopo de atuação	restrição das atividades das agências por atos inauguradores, ampliadores, modificadores e redutores de suas competências
pessoal	escolha e nomeação de dirigentes	seleção dos critérios para a contratação de profissionais e para o regime jurídico aplicado a sua atuação
orçamentário	contingenciamento de recursos	possibilidade de contingenciamento de recursos
organizacional	definição da estrutura organizacional	definição das regras que envolvem a sua organização e a tomada de decisões
decisório	definição dos procedimentos para a tomada de decisões	definição das regras que envolvem o processo de produção normativa

Fonte: elaborado pela autora.

Na estrutura da IFI há disposições capazes de restringir sua atuação nos moldes propostos pelas organizações internacionais para o alcance de políticas sólidas e sustentáveis. O primeiro artigo da RSF nº 42/2016 impôs-se à IFI a função limitada de produzir conteúdo para os senadores³⁷; por isso, não lhe cabe fiscalizar contas nem editar recomendações em matéria orçamentária e fiscal, conforme orienta a OCDE (OECD, 2024). Entende-se que isso tenha decorrido dos receios expostos na apresentação da PEC nº 83/2015 (Brasil, 2015), e

³⁶ Tal dissonância sobre o formato e as funções dessas instituições fiscais ocorre também no contexto brasileiro (Rodrigues; Conti, 2020).

³⁷ O *caput* do art. 1º da RSF nº 42/2016 assim dispõe: “I – divulgar suas estimativas de parâmetros e variáveis relevantes para a construção de cenários fiscais e orçamentários; II – analisar a aderência do desempenho de indicadores fiscais e orçamentários às metas definidas na legislação pertinente; III – mensurar o impacto de eventos fiscais relevantes, especialmente os decorrentes de decisões dos Poderes da República, incluindo os custos das políticas monetária, creditícia e cambial; IV – projetar a evolução de variáveis fiscais determinantes para o equilíbrio de longo prazo do setor público” (Brasil, [2019]).

de seu texto substitutivo, bem como da preocupação com a sobreposição da competência do TCU; em razão disso, o IFI não dispõe de autonomia para fiscalizar as contas públicas³⁸.

Quanto à gestão de pessoas, os incisos dos §§ 2º e 9º do art. 1º da RSF nº 42/2016 estabelecem que a IFI é composta por: a) um Conselho Diretor formado por profissionais nomeados por órgãos do Senado Federal; e b) um Conselho de Assessoramento Técnico (CAT) composto por profissionais nomeados pelo Conselho Diretor³⁹. Em relação aos contratos de trabalho dos membros do Conselho Diretor, os §§ 6º e 7º da RSF nº 42/2016 estabelecem períodos de seis, quatro e dois anos, sem possibilidade de exoneração, salvo nas hipóteses de: a) renúncia; b) condenação judicial transitada em julgado; c) processo administrativo disciplinar; ou d) voto de censura aprovado pelos senadores⁴⁰. Relativamente à duração dos contratos de trabalho, os membros do CAT detêm cargo por período indeterminado e os outros profissionais da estrutura funcional da IFI têm estabilidade típica dos profissionais que atuam como servidores do Senado⁴¹, peculiaridades capazes de afetar parcialmente a autonomia perante o Legislativo.

Nos aspectos orçamentário e organizacional a IFI não tem autonomia para definir as próprias regras; suas fontes orçamentárias, sua estrutura e seu funcionamento são definidos por ato da Comissão Diretora do Senado Federal, em conformidade com o parágrafo único do art. 2º da RSF nº 42/2016⁴². Por outro lado, além da determinação de que os conteúdos produzidos pela IFI devam ser aprovados pela maioria do Conselho Diretor⁴³, não se dispõe sobre como a IFI deve fundamentar seu posicionamento para tomar decisões; assim,

³⁸ A OCDE considera-a elemento de independência operacional, por meio da qual se verifica se a IFI pode de fato propor recomendações normativas de políticas (OECD, 2024).

³⁹ Em consonância com os incisos dos §§ 2º e 9º do art. 1º da RSF nº 42/2016: “§ 2º A Instituição Fiscal Independente será dirigida por Conselho Diretor, composto de 3 (três) membros: I – 1 (um) diretor-executivo indicado pelo Presidente do Senado Federal; II – 1 (um) diretor indicado pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado Federal; III – 1 (um) diretor indicado pela Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC) do Senado Federal. [...] § 9º A Instituição Fiscal Independente contará com Conselho de Assessoramento Técnico, que se reunirá preferencialmente a cada mês, composto por até 5 (cinco) brasileiros de reputação ilibada e detentores de notório saber nos temas de competência da Instituição, a serem nomeados pelo diretor-executivo do Conselho Diretor por tempo indeterminado” (Brasil, [2019]).

⁴⁰ Conforme os §§ 6º e 7º do art. 1º da RSF nº 42/2016: “§ 6º Os membros do Conselho Diretor exercerão mandatos não coincidentes, nomeados a cada 2 (dois) anos, alternadamente, observado, na primeira investidura, o mandato de 6 (seis) anos para o diretor-executivo, de 4 (quatro) anos para o diretor referido no inciso II do § 2º e de 2 (dois) anos para o diretor referido no inciso III do § 2º. § 7º Os membros do Conselho Diretor só poderão ser exonerados em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar, bem como por voto de censura aprovado pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal” (Brasil, [2019]).

⁴¹ De acordo com o art. 2º da RSF nº 42/2016, a “estrutura necessária ao funcionamento da Instituição Fiscal Independente será provida pelo Senado Federal mediante o remanejamento de servidores e serviços já existentes, devendo 60% (sessenta por cento), no mínimo, dos profissionais que lhe forem designados possuir titulação acadêmica de mestre ou doutor em áreas temáticas compatíveis com o objeto de atuação da Instituição, nos termos da regulamentação” (Brasil, [2019]).

⁴² De acordo com o parágrafo único do art. 2º da RSF nº 42/2016, “[a]to da Comissão Diretora do Senado Federal disporá sobre a estrutura e o funcionamento da Instituição Fiscal Independente, bem como sobre as suas fontes orçamentárias, sendo vedado o contingenciamento de seus recursos” (Brasil, [2019]).

⁴³ Conforme o § 11 do art. 1º: “Os relatórios elaborados pela Instituição Fiscal Independente para o cumprimento das competências definidas nos incisos do *caput* serão tornados públicos após aprovação pela maioria do Conselho Diretor” (Brasil, [2019]).

ela se restringe a fornecer apoio ao Senado⁴⁴. Desse modo, faltam à IFI tanto a autonomia relativa aos demais elementos de sua estrutura institucional quanto a autonomia para tomar decisões⁴⁵ (Quadro 2).

Quadro 2 – A autonomia da Instituição Fiscal Independente

INDICADOR	DESCRIÇÃO	AUTONOMIA
funcional	a RSF nº 42/2016 define o escopo de atuação da IFI e limita sua atividade à conjuntura do Senado Federal	não atende
pessoal	existência de critérios técnicos, estabilidade e mandato fixo, e somente os cargos de liderança detêm mandato fixo	atende em parte
orçamentário	a RSF nº 42/2016 estabelece que os recursos e as suas fontes orçamentárias são definidos por ato da Comissão Diretora do Senado Federal	não atende
organizacional	a RSF nº 42/2016 estabelece que a estrutura e o funcionamento da IFI são definidos por ato da Comissão Diretora do Senado Federal	não atende
decisório (procedimental)	não há delegação de poder decisório à IFI	não atende

Fonte: elaborado pela autora.

Na moldura traçada para a IFI pela RSF nº 42/2016, impõem-se restrições à maior parte dos elementos de sua estrutura; de maneira aparentemente *responsiva* à conjuntura das deliberações parlamentares do seu contexto de formação, a IFI tem maior independência do Legislativo federal tão somente em relação à estabilidade dos integrantes de sua diretoria e é fortemente sujeita à ingerência do Senado nos demais aspectos estruturais. Não se conferiu à IFI uma estrutura institucional capaz de viabilizar uma atuação dotada de autonomia, o que lhe prejudica a possibilidade de emitir decisões técnicas e apolíticas. Desse modo, a IFI parece atuar como um órgão consultivo *ad hoc* do Senado⁴⁶ que pouco contribui para o alcance da responsabilidade fiscal.

5 A Instituição Fiscal Independente e o caso da Alemanha

Como se comentou, as limitações impostas à IFI parecem ter origem no receio dos parlamentares de conceder poderes a membros do Executivo. Contudo, também no contexto

⁴⁴ Apesar de o § 11 do art. 1º da RSF nº 42/2016 tratar da publicidade dos relatórios da IFI depois de aprovados pela maioria do Conselho Diretor, esse é um dos pontos de melhoria a ser considerado no contexto de funcionamento da IFI. Ou seja, o material produzido pela IFI parece ter maiores efeitos internos que externos em termos de transparência da análise em matéria orçamentária e fiscal (Salto; Baciotti, 2022).

⁴⁵ Segundo o FMI, os conselhos fiscais “não têm poder discricionário para definir instrumentos de política [fiscal]. Diferentemente dos bancos centrais independentes na área de política monetária, eles são apenas facilitadores da solidez das finanças públicas fiscais, e não tomadores de decisão deliberadamente isolados da política” (International Monetary Fund, 2013, p. 4, tradução nossa).

⁴⁶ A respeito do contexto das agências reguladoras, Salinas (2019, p. 587) assinala que a definição de agência reguladora independente “pressupõe o reconhecimento dessa autonomia. Afinal, o que diferencia uma agência reguladora de outros órgãos da Administração [é] justamente essa autonomia multifacetária [sic] que lhe é atribuída”.

europeu se observam limitações, embora nele pareça ter avançado mais o controle das contas públicas por entidades fiscais independentes.

Particularmente na Alemanha, uma federação com reconhecida tradição em práticas fiscais voltadas à estabilidade econômica (Shah; Kincaid, 2007), a inserção de entidades independentes diversas no âmbito do processo de produção das normas fiscais não ocorreu uniformemente, nem foi facilitada pelo Poder Legislativo federal (PLF) (Alber; Valdescalici, 2012). A prática centralizadora dos assuntos fiscais no PLF⁴⁷ – que atualmente conta, não com uma, mas com seis entidades fiscais que agem por meio de redes em apoio a órgãos do Poder Executivo e do PLF⁴⁸ – desenvolveu-se aos poucos e, em alguma medida, em resposta às demandas da União Europeia (OECD Journal on Budgeting, 2014).

Exceto no caso do Conselho Consultivo de Especialistas em Economia (CCEE), de 1963, as outras cinco entidades só foram criadas depois da crise financeira de 2008 e elas em geral são mais independentes do PLF que o CCEE, cuja função meramente consultiva é definida na norma que a institucionalizou (Deutschland, [2020]). Entretanto, conforme se verá, uma completa independência não chega a ser conferida pelo PLF a nenhuma dessas instituições fiscais independentes, o que parece ter relação com impasses no âmbito das discussões sobre autonomia fiscal por uma comissão de reforma do federalismo em 2009 (Shah; Kincaid, 2007).

É possível separar as seis entidades fiscais em dois grupos. O primeiro abrange as instituições funcionalmente restritas à produção de material consultivo, como o CCEE (Deutschland, [2020]), o Grupo de Projeções Econômicas (GPE) (Deutschland, 2017), o Conselho Científico Consultivo (CCC) do Ministério Federal das Finanças (MFF) (Deutschland, 2018) e o Grupo de Trabalho de Previsões de Receitas Tributárias (GTPRT) (Steuerschätzungen, [2017]). No segundo grupo figuram as instituições que mais se assemelham com o que se espera de uma instituição fiscal independente: o Conselho de Estabilidade (CE) (Stabilitätsrat, [2024]) e o Conselho Consultivo Independente para o Conselho de Estabilidade (CCICE) (Stabilitätsrat, [2022]).

Relativamente ao primeiro grupo, apesar do trabalho restrito à provisão de consultoria a órgãos governamentais, sua autonomia é maior que a da IFI, cuja independência se relaciona tão somente a um dos indicadores, a gestão do pessoal. Com efeito, o CCEE detém autonomia *funcional e organizacional* em níveis superiores à IFI; além de ser integrado somente por especialistas contratados por tempo determinado e de produzir parecer sobre

⁴⁷ O modelo federativo alemão assenta-se na *Grundgesetz* (ou *Lei fundamental de Bonn*), de 1949. A partir dela, a então Alemanha Ocidental assumiu uma forma federativa marcada por uma intrincada relação entre instituições da esfera federal (Bachur, 2005).

⁴⁸ De acordo com a OCDE, as “previsões orçamentárias e econômicas são informadas por redes de especialistas independentes e especialistas técnicos que contribuem com seus conhecimentos em várias fases do processo e em vários fóruns” (OECD Journal on Budgeting, 2014, p. 11, tradução nossa).

o desenvolvimento econômico com publicação e remessa obrigatórios ao PLF, o CCEE decide sobre sua estrutura organizacional⁴⁹ (Quadro 3).

Quadro 3 – A autonomia do Conselho Consultivo de Especialistas em Economia

INDICADOR	DESCRIÇÃO	AUTONOMIA
funcional	competência restrita para avaliar o desenvolvimento do país	não atende
pessoal	membros com conhecimento de Economia, atuação independente e mandato fixo	atende
orçamentário	o governo federal arca com os custos do conselho, definidos por ministérios	não atende
organizacional	vincula-se apenas ao mandato estabelecido pela lei de instituição e é independente para definir os procedimentos organizacionais	atende
decisório	não decide, mas não há critérios para o material, que é de recepção obrigatória pelo Poder Legislativo	não atende

Fonte: elaborado pela autora.

Por outro lado, quanto à entidade formada por institutos de pesquisa financiados pelo Ministério Federal da Economia e Energia e pelo MFF para revisar e endossar as previsões econômicas que integram os planos orçamentário e financeiro elaborados pelo governo federal, o cenário também é de maior autonomia que a da IFI: o GPE, de 2017, é autônomo no quesito organizacional e no de pessoal⁵⁰. Além disso, a produção do GPE integra o processo de produção de normas fiscais, de maneira que a instituição tem maior relevância que a IFI (Quadro 4).

Quadro 4 – A autonomia do Grupo de Projeções Econômicas

INDICADOR	DESCRIÇÃO	AUTONOMIA
funcional	escopo definido pelo Ministério Federal para Assuntos Econômicos e Proteção Climática	não atende
pessoal	composto por institutos de pesquisa, com mandato fixo de 3 anos	atende

⁴⁹ A lei que instituiu o CCEE para avaliar o desenvolvimento econômico geral estabelece: “§ 1º (1) Um Conselho de Especialistas independentes deve ser formado para avaliar periodicamente o desenvolvimento econômico geral na República Federal da Alemanha e para facilitar a formação de julgamentos em todos os órgãos responsáveis pela política econômica e no público. (2) O Conselho Consultivo é composto por cinco membros que devem ter experiência e conhecimentos especiais em Economia. [...] § 3º (1) O Conselho Consultivo vincula-se apenas ao mandato estabelecido por esta Lei e é independente em suas atividades. [...] § 6º (1) O Conselho de Especialistas apresenta relatório anual e o encaminha ao Governo Federal até 15 de novembro. O relatório anual é imediatamente submetido aos órgãos legislativos pelo Governo Federal e publicado ao mesmo tempo pelo Conselho. [...] § 7º [...] (2) O presidente federal nomeia um novo membro por um período de cinco anos por sugestão do Governo Federal” (Deutschland, [2020], tradução nossa).

⁵⁰ A lei sobre a elaboração de previsões macroeconômicas pelo governo federal estabelece: “§ 3º As previsões econômicas gerais em que se baseiam os planos orçamentário e financeiro do Governo Federal serão verificadas por um órgão independente para fins de aprovação. A instituição independente não está sujeita a instruções do Governo Federal ou de outras instituições públicas ou privadas. O Ministério Federal da Economia e Energia está autorizado a determinar por ordem estatutária em acordo com o MFF: 1. uma instituição independente na acepção da frase 2, que detém os conhecimentos, experiência e recursos necessários para revisar as previsões [...] 3. o processo de revisão e endosso das projeções macroeconômicas pelo órgão independente; 4. a autoridade do órgão independente para emitir pareceres públicos como parte do processo de endosso; 5. o financiamento do órgão independente; e 6. o poder do órgão independente de estabelecer as próprias regras de procedimento” (Deutschland, 2017, tradução nossa).

INDICADOR	DESCRIÇÃO	AUTONOMIA
orçamentário	restrito ao valor a ser pago pelo Ministério Federal para Assuntos Econômicos e Proteção Climática	não atende
organizacional	definição das próprias regras de procedimento	não atende
decisório	não decide, e a forma de apresentação do material é definida; porém, há espaço para opiniões contrárias	não atende

Fonte: elaborado pela autora.

Composto por voluntários cientistas e acadêmicos com especialização em teoria ou política econômica, o CCC do MFF, de 2018, também funciona de forma mais autônoma que a IFI, pois fornece consultoria ao Poder Executivo sobre qualquer tema que decidir sobre política financeira⁵¹ (Quadro 5).

Quadro 5 – A autonomia do Conselho Científico Consultivo do Ministério Federal das Finanças

INDICADOR	DESCRIÇÃO	AUTONOMIA
funcional	trabalho restrito ao aconselhamento do MFF quanto a qualquer tema concernente a política financeira	não atende
pessoal	membros científicos e acadêmicos com especialização em teoria ou política econômica, atuação independente e mandato fixo	atende
orçamentário	é voluntário	atende
organização	a organização é definida pelo estatuto	não atende
decisório	não decide; e há requisito para a forma de os pareceres serem publicados, como a delimitação de data de publicação pelo ministro federal das finanças	não atende

Fonte: elaborado pela autora.

Quanto ao GTPRT, de 2017, o cenário é de menor autonomia. Distintamente da IFI, a instituição não tem independência quanto à seleção de pessoal. O chefe do departamento responsável pelas estimativas fiscais do MFF é responsável pela maior parte das decisões do GTPRT no que diz respeito, por exemplo, ao seu orçamento e às decisões organizacionais. Todavia, tal como ocorre com as outras instituições de consultoria, as estimativas fiscais preparadas pelo GTPRT para os governos federal, estaduais e municipais surtem mais efeitos

⁵¹ O estatuto do CCC do MFF dispõe: “§ 1º Atribuições do Conselho Consultivo: O Conselho Consultivo deve aconselhar o ministro federal das Finanças com total independência e de forma voluntária em todas as questões de política financeira. § 2º Composição do Conselho: O Conselho Consultivo é composto por acadêmicos que devem ser professores de Economia ou Direito com especialização no campo da teoria e da política financeira. O número de membros não deve exceder a 25. § 3º Nomeação e destituição de membros: Os membros são nomeados e destituídos pelo ministro federal da Fazenda por sugestão do Conselho Consultivo. [...] § 6º Consultas do Conselho Consultivo: O Conselho Consultivo determina o objeto de suas deliberações. Ele levará em consideração os intentos do ministro federal das Finanças para aconselhamento sobre determinados tópicos. [...] § 8º Declarações de especialistas do Conselho Consultivo: O Conselho Consultivo relata os resultados de suas deliberações ao ministro federal das Finanças na forma de declarações de especialistas. Os pareceres do Conselho Consultivo devem ser sempre publicados. [...] § 10 Secretaria do Conselho Consultivo: A secretaria do Conselho Consultivo é administrada por membros do Ministério Federal das Finanças” (Deutschland, 2018, tradução nossa).

que as produzidas pela IFI. Isso confere ao GTPRT papel mais significativo no processo de produção das normas fiscais que o desempenhado pela IFI⁵² (Quadro 6).

Quadro 6 – A autonomia do Grupo de Trabalho de Previsões de Receitas Tributárias

INDICADOR	DESCRIÇÃO	AUTONOMIA
funcional	tem como objetivo preparar estimativas fiscais duas vezes por ano para os governos federal, estaduais e municipais	não atende
pessoal	presidido pelo chefe do departamento responsável pelas estimativas fiscais do MFF	não atende
orçamentário	parte do MFF	não atende
organizacional	há delimitação do funcionamento do grupo no Estatuto, e boa parte está sob a determinação do chefe do departamento responsável pelas estimativas fiscais do MFF	não atende
decisório	não decide, mas o resultado do trabalho é considerado parte das projeções financeiras do governo	não atende

Fonte: elaborado pela autora.

A autonomia perante o PLF tampouco é a ideal⁵³ no segundo grupo de instituições alemãs independentes, às quais compete o papel de “cães de guarda” do cumprimento das regras orçamentárias e fiscais pelo governo. Apesar de ambos os conselhos de estabilidade desse grupo serem mais autônomos que a IFI, suas atividades sofrem limitações severas no âmbito da norma de sua instituição, a *Lei do Conselho de Estabilidade* (Stabilitätsrat, [2022]). Cabe ao CE, de 2009, desenvolver suas regras e procedimentos organizacionais e editar posicionamentos sobre determinantes para a indicação de emergência orçamentária; com isso, desempenha a função de fiscalizar o cumprimento de regras orçamentárias⁵⁴. Além

⁵² O regulamento do GTPRT determina: “§ 1º Tarefa: O Grupo de Trabalho é um conselho consultivo independente do Ministério da Fazenda, que geralmente fornece estimativas fiscais duas vezes com o propósito de preparar orçamento para os governos federal, estaduais e municipais. [...] § 3º [...]: (1) O chefe do departamento responsável pelas estimativas fiscais do Ministério Federal das Finanças preside o Grupo de Trabalho. [...] § 9º Alteração do Regimento Interno: As regras de procedimento podem ser alteradas por decisão unânime dos membros do Grupo de Trabalho” (Steuerschätzungen, [2017], p. 1, 4, tradução nossa).

⁵³ A função fiscalizadora das IFIs é suscitada pela OCDE, pela União Europeia e pelo FMI. Este entende que, embora “variem muito quanto a suas atribuições, tarefas e formas institucionais, essas instituições tendem a compartilhar um explícito mandato consagrado na legislação, um papel de ‘cão de guarda’ que implica uma contribuição direta para o debate público sobre política fiscal e estrito não partidarismo em suas atividades. É importante ressaltar que os conselhos fiscais não têm poder discricionário para definir instrumentos de política” (International Monetary Fund, 2013, p. 4, tradução nossa).

⁵⁴ Conforme os arts. 1º e 2º da *Lei do Conselho de Estabilidade*: “§ 1º Conselho de Estabilidade: (1) Os governos federal e estaduais formam um conselho de estabilidade com o objetivo de evitar emergências orçamentárias. O Conselho de Estabilidade inclui: Ministro Federal das Finanças, os ministros responsáveis pela Fazenda nos estados federados, o Ministro Federal de Assuntos Econômicos e Proteção do Clima. O Conselho de Estabilidade é instituído pelo Governo Federal. (2) O Ministro Federal das Finanças e o Presidente da Conferência dos Ministros das Finanças dos estados presidirão conjuntamente ao Conselho de Estabilidade. [...] (5) O Conselho de Estabilidade estabelecerá o seu próprio regulamento interno. Isso também regula a representação em caso de prevenção. [...] § 2º Atribuições do Conselho de Estabilidade: (1) As atribuições do Conselho de Estabilidade são o acompanhamento permanente dos orçamentos federal e estadual e a implantação de processos de reestruturação, o supervisão do cumprimento da regra da dívida do art. 109, § 3º, da Lei Fundamental pelo Governo Federal e todos os estados individuais e a vigilância do cumprimento do limite superior do déficit estrutural de financiamento das administrações públicas de acordo com o § 51, nº 2, da Lei dos princípios orçamentários. Tarefas adicionais podem ser atribuídas por lei ao Conselho de Estabilidade. (2) O Conselho de Estabilidade toma uma decisão sobre os resultados do monitoramento” (Stabilitätsrat, [2022], tradução nossa).

de lhe conferirem autonomia maior que à da IFI, tais características aproximam-na mais do papel preconizado pelas organizações internacionais (Quadro 7).

Quadro 7 – A autonomia do Conselho de Estabilidade

INDICADOR	DESCRIÇÃO	AUTONOMIA
funcional	suas funções de acompanhamento e de fiscalização dos orçamentos federais e estaduais estão delimitadas no seu estatuto	não atende
pessoal	os membros são integrantes do governo	não atende
orçamentário	a receita faz parte do orçamento do governo federal	não atende
organizacional	embora defina procedimentos, seu estatuto menciona o estabelecimento das regras por meio de regulamento interno	atende em parte
decisório	tem poder de decisão sobre determinantes para a indicação de emergência orçamentária, bem como o dever de fiscalizar o cumprimento de regras orçamentárias	atende

Fonte: elaborado pela autora.

Para desempenhar as funções de fiscalização do cumprimento do teto do déficit estrutural do financiamento das administrações públicas, o CE conta com o apoio dos especialistas do CCICE, que estabelecem as regras de funcionamento da entidade; e o governo federal e os governos estaduais arcaram com metade dos seus custos de manutenção⁵⁵. Com isso, o CCICE é dotado de maior autonomia que a IFI (Quadro 8).

Quadro 8 – A autonomia do Conselho Consultivo Independente para o Conselho de Estabilidade

INDICADOR	DESCRIÇÃO	AUTONOMIA
funcional	apoia o CE na fiscalização do cumprimento do limite máximo do déficit estrutural do financiamento das administrações públicas	não atende
pessoal	membros com conhecimento técnico, atuação independente e mandato fixo	atende
orçamentário	metade dos custos em que incorre é arcado pelo governo federal e pelos governos estaduais	atende em parte

⁵⁵ De acordo com os quatro itens do § 8º da *Lei do Conselho de Estabilidade*: “(1) Será criado um conselho consultivo independente para apoiar o Conselho de Estabilidade no acompanhamento do cumprimento do limite máximo para o déficit estrutural do financiamento das administrações públicas nos termos do nº 2 do art. 51 da Lei dos princípios orçamentários. O Conselho Consultivo adota o próprio regulamento interno por maioria de dois terços de seus membros. Os governos federal e estadual arcaram com metade dos custos incorridos pelo Conselho Consultivo. (2) Os membros do Conselho Consultivo são um representante do Banco Federal Alemão [Deutsche Bundesbank] e do Conselho de Especialistas Econômicos, um representante dos institutos de pesquisa envolvidos no diagnóstico conjunto, dois especialistas cada um por um período de cinco anos nomeados pelo governo federal e governos estaduais por meio de seus representantes no Conselho de Estabilidade e um especialista cada um nomeado por um período de cinco anos pelas entidades tutelares municipais e pelas entidades tutelares da previdência social. (3) O Conselho Consultivo emite um parecer sobre o cumprimento do limite superior do déficit estrutural do financiamento das administrações públicas, de acordo com o nº 2 do art. 51 da Lei dos princípios orçamentários. A esse respeito, o presidente do Conselho Consultivo participa nas deliberações do Conselho de Estabilidade. Se chegar à conclusão de que o limite máximo não está sendo respeitado e que não há desvio permitido de acordo com a Seção 51 (2) sentença 2 da Lei dos princípios orçamentários, o Conselho Consultivo faz recomendações de medidas adequadas para eliminar o déficit excessivo de financiamento. O parecer e as recomendações do Conselho Consultivo devem ser anexados ao relatório nos termos do art. 7º, nº 3. (4) O Conselho de Estabilidade publica os pareceres e recomendações apresentados pelo Conselho Consultivo” (Stabilitätsrat, [2022], tradução nossa).

INDICADOR	DESCRIÇÃO	AUTONOMIA
organizacional	as regras são determinadas por regulamento interno próprio	atende
decisório	não decide, mas seus pareceres e recomendações devem ser publicados pelo CE	não atende

Fonte: elaborado pela autora.

Da análise da estrutura das instituições fiscais alemãs depreende-se que revela avanços a bem-sucedida integração em rede de uma pluralidade de agentes ao processo de produção das normas fiscais; por outro lado, isso não impede a interferência política do PLF nessas entidades independentes. Dessa forma, as seis entidades atuantes em matéria fiscal – consultivas ou não – sofrem, desde a sua instituição, algum tipo de restrição de autonomia pelo PLF – e ao CCEE e ao CCC do MFF não cabe sequer participar do processo de produção das normas fiscais.

Todavia, mesmo diante das dificuldades atreladas a uma tradição de centralização de poderes na esfera do PLF, tal cenário parece ser mais adequado que o brasileiro: além de serem mais autônomas que a IFI, a maior parte das seis entidades alemãs participa formalmente do processo de produção das normas fiscais e de fato contribuem para o alcance da responsabilidade fiscal.

6 Considerações finais

Os debates no âmbito da votação da *PEC da transição* ressaltam a relevância da governança fiscal no Brasil. Assim, questiona-se se não caberia uma profunda avaliação técnica e apolítica dos impactos do ajuste de regra fiscal com previsão de vigência de 20 exercícios financeiros. Como é consensual no contexto europeu que se proceda a melhores práticas fiscais, é imprescindível que se integrem instituições independentes na produção normativa e nas políticas públicas sobre matéria fiscal; sua autonomia é fator-chave para o alcance da responsabilidade fiscal.

No Brasil, a criação da IFI parece não ter sido suficiente para atender aos propósitos de qualificação do debate fiscal. Os receios expostos pelos parlamentares durante as deliberações da PEC nº 83/2015 (e de seu texto substitutivo) e da RSF nº 42/2016 parecem ter-se concretizado no ato que estatui a IF, daí seu papel irrisório nas deliberações sobre a alteração da regra do teto de gastos realizadas no contexto da votação da *PEC da transição*. Dessa maneira, com base nos instrumentos de interferência política do Poder Legislativo oferecidos pela literatura de Direito da Regulação, é possível identificar que à IFI só foi concedida maior autonomia no quesito *gestão de pessoal* e que ela continua sujeita à interferência do Senado com relação a suas funções, decisões, quadro organizacional e orçamento.

No contexto alemão também se constatam dificuldades para a descentralização dos poderes sobre a matéria fiscal do âmbito do PLF. A atuação em rede de seis instituições fiscais só foi efetivamente construída ao longo das últimas décadas e, mesmo assim, ela

ocorreu sem se deflagrar uma efetiva delegação de autonomia a essas entidades fiscais independentes, dentre as quais somente quatro participam formalmente do processo de produção das normas fiscais.

Apesar desses óbices, a governança fiscal alemã é marcada por uma consistente atuação de suas instituições fiscais; dotadas de maior autonomia que a IFI, elas produzem material mais técnico e com maior isenção política em matéria fiscal. Caso a regra de *teto de gastos* fosse discutida no cenário alemão, o debate se alinharia com a opinião de especialistas de pelo menos quatro instituições independentes; assim, seriam maiores as oportunidades de sobrevivência do propósito de responsabilidade fiscal como meta central nas deliberações sobre a aprovação de novas regras fiscais.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 113, n. 3, p. 633-729, Jan. 2000. DOI: <https://doi.org/10.2307/1342286>.
- ALBER, Elisabeth; VALDESCALICI, Alice. Reforming fiscal federalism in Europe: where does the pendulum swing? *L'Europe en Formation*, [s. l.], n. 363, p. 325-365, 2012. DOI: <https://doi.org/10.3917/eufor.363.0325>. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-l-europe-en-formation-2012-1-page-325.htm>. Acesso em: 20 maio 2025.
- BACHUR, João Paulo. Federalismo fiscal, atribuições fiscais constitucionais e equalização regional: EUA, Alemanha e Brasil em perspectiva comparada. *Revista do Serviço Público*, Brasília, DF, v. 56, n. 4, p. 377-401, out./dez. 2005. DOI: <https://doi.org/10.21874/rsp.v56i4.237>. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/237>. Acesso em: 20 maio 2025.
- BIJOS, Paulo Roberto Simão. Governança orçamentária: uma relevante agenda em ascensão. *Senado Federal: orçamento e discussão*, Brasília, DF, n. 12, p. 1-44, 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/503101>. Acesso em: 20 maio 2025.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.744, de 2000*. Institui o Conselho de Gestão Fiscal e dispõe sobre sua composição e forma de funcionamento, nos termos do art. 67 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20145>. Acesso em: 20 maio 2025.
- _____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2025.
- _____. *Decreto nº 10.265, de 5 de março de 2020*. Institui a Câmara Técnica de Normas Contábeis e de Demonstrativos Fiscais da Federação. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10265.htm. Acesso em: 20 maio 2025.
- _____. *Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 20 maio 2025.
- _____. *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, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 20 maio 2025.

_____. Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022. Altera a Constituição Federal, para dispor sobre as emendas individuais ao projeto de lei orçamentária, e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2022a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc126.htm. Acesso em: 4 set. 2025.

_____. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 32, de 2022. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para permitir a implementação do Programa Bolsa Família e definir regras para a transição da Presidência da República aplicáveis à Lei Orçamentária de 2023, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2022b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/155248>. Acesso em: 20 maio 2025.

_____. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 83, de 2015. Acrescenta o art. 166-A à Constituição Federal, para dispor sobre a Autoridade Fiscal Independente. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Arquivada. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121994>. Acesso em: 20 maio 2025.

_____. Senado Federal. Resolução nº 42, de 1º de novembro de 2016. Cria a Instituição Fiscal Independente no âmbito do Senado Federal. Brasília, DF: Senado Federal, [2019]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/582564/publicacao/17707278>. Acesso em: 20 maio 2025.

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

COMPETÊNCIAS do TCU. Brasília, DF: TCU, [2025]. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/conheca-o-tcu/competencias-do-tcu>. Acesso em: 20 maio 2025.

DAVOODI, Hamid R.; ELGER, Paul; FOTIOU, Alexandra; GARCIA-MACIA, Daniel; LAGERBORG, Andresa; LAM, W. Raphael; PILLAI, Sharanya. *Fiscal rules dataset 1985-2021*. [Washington, DC]: IMF, Fiscal Affairs Department, Jan. 2022. Disponível em: <https://www.imf.org/external/datamapper/fiscalrules/map/map.htm>. Acesso em: 20 maio 2025.

DEUTSCHLAND. Bundesministerium der Finanzen. *Satzung des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen*. [Berlin]: Bundesministerium der Finanzen, 2018. Disponível em: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Ministerium/Geschaeftsbereich/Wissenschaftlicher_Beirat/satzung-des-beirats-anl.pdf?__blob=publicationFile&v=4. Acesso em: 20 maio 2025.

_____. *Gesetz über die Bildung eines Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*. Berlin: Bundesministerium der Justiz, Bundesamt für Justiz, [2020]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/sachvratg/BJNR006850963.html>. Acesso em: 20 maio 2025.

_____. *Gesetz zur Erstellung gesamtwirtschaftlicher Vorausschätzungen der Bundesregierung (Vorausschätzungsgesetz - EgVG)*. Berlin: Bundesministerium der Justiz, Bundesamt für Justiz, 2017. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/egvg/BJNR208000017.html>. Acesso em: 20 maio 2025.

GBOHOUI, William; MEDAS, Paulo. *Regras fiscais, cláusulas de salvaguarda e grandes choques*. [S. l.]: FMI, Departamento de Finanças Públicas, [2020]. Disponível em: <https://www.imf.org/-/media/Files/Publications/covid19-special-notes/Portuguese/prspecial-series-on-covid19fiscal-rules-escape-clauses-and-large-shocks.ashx>. Acesso em: 20 maio 2025.

HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. *Deliberate discretion?: the institutional foundations of bureaucratic autonomy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002. (Cambridge studies in comparative politics).

INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE (Brasil). *Relatório de acompanhamento fiscal*. Brasília, DF: Senado Federal, [2017-2024]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ifi/relatorio-de-acompanhamento-fiscal>. Acesso em: 20 maio 2025.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *The functions and impact of fiscal councils*. [Washington, DC]: IMF, July 16, 2013. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2013/071613.pdf>. Acesso em: 20 maio 2025.

MASHAW, Jerry L. *Greed, chaos, and governance*: using public choice to improve public law. New Haven: Yale University Press, 1997.

MOE, Terry M.; CALDWELL, Michael. The institutional foundations of democratic government: a comparison of presidential and parliamentary systems. *Journal of Institutional and Theoretical Economics: JITE*, [s. l.], v. 150, n. 1, p. 171-195, 1994.

NASCIMENTO, Roberta Simões. Devido processo legislativo e qualidade da deliberação legislativa. *Revista da Advocacia do Poder Legislativo*, [s. l.], v. 2, p. 141-170, jan./dez. 2021. Disponível em: https://revista.anpal.org.br/wp-content/uploads/2022/02/Artigo_07_Roberta_Simoes_Nascimento.pdf. Acesso em: 20 maio 2025.

OECD JOURNAL ON BUDGETING. Paris: OECD, v. 2.014, n. 2, p. 1-79, 2014. DOI: <https://doi.org/10.1787/budget-v14-2-en>. Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/oecd-journal-on-budgeting-volume-14-issue-2_budget-v14-2-en.html. Acesso em: 20 maio 2025.

OECD. *Recommendation of the Council on principles for independent fiscal institutions*. Paris: OECD, 2024. (OECD legal instruments). Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/301/301.en.pdf>. Acesso em: 20 maio 2025.

OLIVEIRA, Guilherme. Plenário rejeita substitutivo à PEC da Instituição Fiscal Independente. *Agência Senado*, Brasília, DF, 6 out. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/10/06/instituicao-fiscal-independente-e-rejeitada-pelo-plenario>. Acesso em: 20 maio 2025.

PINTO, Vilma da Conceição. Teto de gastos no Brasil: o que esperar. In: FÓRUM DE DEBATES DO CONASEMS, 5., 2022, São Paulo. [Brasília, DF]: Instituto Fiscal Independente, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ifi/pdf/teto-de-gastos-no-brasil-o-que-esperar/view>. Acesso em: 20 maio 2025.

POTERBA, James M.; HAGEN, Jürgen von (ed.). *Fiscal institutions and fiscal performance*. Chicago: University of Chicago Press, 1999. (A National Bureau of Economic Research conference report).

RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro; CONTI, José Mauricio. A Instituição Fiscal Independente do Brasil em perspectiva comparada: em busca de virtudes e fragilidades. *Revista de Direito Brasileira: RDB*, Florianópolis, v. 27, n. 10, p. 70-91, set./dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v27i10.6316>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6316>. Acesso em: 20 maio 2025.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. A intervenção do Congresso Nacional na autonomia das agências reguladoras. *REI - Revista Estudos Institucionais*, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 586-614, maio/dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v5i2.302>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/302>. Acesso em: 20 maio 2025.

SALTO, Felipe Scudeler; BACCIOTTI, Rafael da Rocha Mendonça. O papel das instituições fiscais independentes (IFIs) e o caso da IFI do Brasil. In: BLOG Brasil, Economia e Governo. [S. l.], 7 mar. 2022. Disponível em: <https://www.brasil-economia-governo.com.br/?p=3589>. Acesso em: 20 maio 2025.

SHAH, Anwar; KINCAID, John (ed.). *The practice of fiscal federalism: comparative perspectives*. Montréal: McGill-Queen's University Press, 2007. (A global dialogue on federalism, v. 4).

STABILITÄTSRAT (Deutschland). *Stabilitätsratgesetz*. [S. l.]: Stabilitätsrat, [2022]. Disponível em: https://www.stabilitaetsrat.de/DE/Organisation/Gesetzliche-Grundlagen/Stabilit%C3%A4tsratgesetz/Stabilit%C3%A4tsratgesetz_node.html. Acesso em: 20 maio 2025.

STABILITÄTSRAT. [S. l.]: Stabilitätsrat, [2024]. Disponível em: https://www.stabilitaetsrat.de/DE/Home/home_node.html. Acesso em: 20 maio 2025.

STEUERSCHÄTZUNGEN (Deutschland). *Geschäftsordnung des Arbeitskreises „Steuerschätzungen“*. [S. l.]: Bundesfinanzministerium, [2017]. Disponível em: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Steuerschaetzungen_und_Steuereinnahmen/Steuerschaetzung/2017-10-11-geschaeftsordnung-ak-steuerschaetzung.pdf?__blob=publicationFile&v=4. Acesso em: 20 maio 2025.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) nº 473/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013. Estabelece disposições comuns para o acompanhamento e a avaliação dos projetos de planos orçamentais e para a correção do déficit excessivo dos Estados-Membros da área do Euro. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], n. L140, p. 11-23, 27 maio 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0473&from=EN>. Acesso em: 20 maio 2025.

WALDO, Dwight. *The administrative state: a study of the political theory of American public administration*. New York: Ronald Press Co., 1948. (Series in political science).

Financiamento

Este trabalho foi realizado e financiado no âmbito do projeto de pesquisa *Orçamento em números*, da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio), Rio de Janeiro, RJ, 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/>

Prazo contratual ótimo nas concessões públicas: uma análise sob a óptica da teoria dos jogos

Optimal Contract Period of Public Concession: A Game Theoretic Analysis

Fernando B. Meneguin¹

Débora Costa Ferreira²

Maurício Soares Bugarin³

Resumo

Este estudo aborda o prazo de duração contratual, importante quesito para o êxito de uma concessão pública, e as vantagens e desvantagens da escolha entre prazos maiores ou menores. Com base na literatura sobre o tema e nos incentivos associados nas estratégias de curto e longo prazo (com ou sem a permissão para a prorrogação), constrói-se um modelo microeconômico sob a óptica da teoria dos jogos. O equilíbrio ressalta que os contratos longos são preferíveis quando o ganho de eficiência decorrente de maior pressão competitiva associado ao contrato curto não é suficientemente alto para compensar a diferença entre o benefício das inovações advindas de uma contratação mais duradoura e o risco da incidência em custo social por uma eventual captura regulatória, também aumentado no caso de contratos longos. Depois da modelagem teórica, apresentam-se casos provenientes dos setores ferroviário, portuário, rodoviário, elétrico e de telecomunicações, que corroboram os resultados encontrados.

¹ Fernando B. Meneguin é doutor em Economia pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; pós-doutor em Análise Econômica do Direito pela Universidade da Califórnia, Berkeley, CA, EUA; professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, DF, Brasil; professor da American College of Brazilian Studies, Orlando, FL, EUA; líder-docente do Grupo de Estudos em Direito e Economia, UnB-IDP, Brasília, DF, Brasil; pesquisador do Economics and Politics Research Group, CNPq-UnB, Brasília, DF, Brasil; consultor legislativo do Senado Federal na área de políticas microeconômicas, Brasília, DF, Brasil; consultor sênior da Charles River Associates. E-mail: fbmeneguin@hotmail.com

² Débora Costa Ferreira é doutora em Economia pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; mestra em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil; coordenadora do programa de pós-graduação em Análise Econômica do Direito do Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, Brasil. E-mail: debora.costaferreira91@gmail.com

³ Maurício Soares Bugarin é doutor em Economia pela Universidade de Illinois Urbana-Champaign, Urbana-Champaign, IL, EUA; professor do Departamento de Economia da Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; líder do Economics and Politics Research Group, CNPq-UnB, Brasília, DF, Brasil. E-mail: bugarin.mauricio@gmail.com

Palavras-chave: concessões públicas; prazo contratual; teoria dos jogos.

Abstract

This study addresses the contractual term, an important factor for the success of a public concession, and the advantages and disadvantages of choosing between longer or shorter terms. Based on the literature on the topic and the incentives associated with short-term and long-term strategies (with or without permission for extension), a microeconomic model is constructed from a game theory perspective. The equilibrium highlights that long-term contracts are preferable when the efficiency gains resulting from greater competitive pressure associated with a short contract are not high enough to offset the difference between the benefit of innovations arising from a longer contract term and the risk of social costs arising from potential regulatory capture, which is also increased in the case of long-term contracts. After theoretical modeling, cases from the railway, port, highway, electricity, and telecommunications sectors are presented, corroborating the findings.

Keywords: public concessions; contractual term; game theory.

Recebido em 2/10/24

Aprovado em 6/2/25

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p87

Como citar este artigo: ABNT⁴ e APA⁵

1 Introdução

Concessão pública é o contrato firmado entre a Administração Pública e uma empresa privada, para que esta execute e explore economicamente um serviço público. Essa maneira de transferir para a iniciativa privada a exploração de atividades empresariais antes a cargo do Estado tem sido amplamente utilizada em vários países, especialmente nos setores de infraestrutura.

⁴ MENEGUIN, Fernando B.; FERREIRA, Débora Costa; BUGARIN, Maurício Soares. Prazo contratual ótimo nas concessões públicas: uma análise sob a óptica da teoria dos jogos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 247, p. 87-104, jul./set. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p87. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/247/ril_v62_n247_p87

⁵ Meneguin, F. B., Ferreira, D. C., & Bugarin, M. S. (2025). Prazo contratual ótimo nas concessões públicas: uma análise sob a óptica da teoria dos jogos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(247), 87-104. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p87

A importância que a concessão pública ganhou nas últimas décadas deve-se às restrições orçamentárias dos governos e à necessidade de novos investimentos para incrementar a infraestrutura dos países (Carbonara; Costantino; Pellegrino, 2014; Bugarin; Ribeiro, 2021). A América Latina tem estado na vanguarda desse movimento para atrair a participação privada em setores como os de telecomunicações, energia e transportes (Guasch; Straub, 2006). Relevantes para promover o crescimento econômico, as concessões devem ser bem delineadas para alcançarem seus objetivos.

A concessão de serviços públicos está prevista no art. 175 na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB)⁶, o qual determina que o contrato de concessão deve ser o principal instrumento para dispor sobre as especificidades de cada área concedida. Regulamentam esse aspecto duas normas: a Lei nº 8.987/1995 (*Lei geral sobre concessões e permissões (LGCP)*), que define o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos; e a Lei nº 11.079/2004 (*Lei das parcerias público-privadas (LPPP)*), que rege a licitação e a contratação desse tipo de concessão.

O art. 23 da LGCP (Brasil, [2021a]) explicita as cláusulas que devem estar presentes no contrato de concessão, em especial o seu prazo e as condições para a prorrogação do contrato – aspectos que este estudo examina sob o prisma da análise econômica. Nesse âmbito, deve-se harmonizar o contrato de concessão com a atividade regulatória do Estado. Na prática, observam-se desequilíbrios em contratos de concessão acarretados por alterações no cenário macroeconômico, bem como por dificuldades geradas por marcos microeconômicos que impuseram incentivos indevidos. Sobre a *imprevisão* nesses contratos, Garcia (2017, p. 28) explica que

equilíbrio, desequilíbrio e reequilíbrio são temas que constituem o núcleo essencial de qualquer contrato concessionário, mas que ainda carecem, no mais das vezes, de uma regulação contratual mais eficiente e que delimita os seus contornos básicos, com vistas a conferir segurança jurídica aos contratantes (ente público e contratado) nos complexos processos de renegociação que se sucedem durante relações administrativas tão duradouras, como o são as concessões e as parcerias público-privadas.

Para o incremento da eficiência nos contratos firmados entre a Administração Pública e a iniciativa privada, dois aspectos merecem rigorosa atenção dos órgãos reguladores ao desenharem a concessão e as cláusulas contratuais: a fixação do prazo do acordo, sobretudo nos projetos de infraestrutura, e a possibilidade de se prorrogar uma concessão em andamento.

⁶ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado” (Brasil, [2024]).

Para Caldeira (2013), apesar de ser medida que suscita debates sobre a existência de fundamento legal, a extensão da concessão deve ser questionada sob o ponto de vista econômico. A prorrogação promove eficiências? É melhor adotar contratos mais curtos com licitações frequentes ou contratos mais longos? A fixação de um prazo num projeto de infraestrutura tem de lidar com um *trade-off*⁷: de um lado, modelar um ativo que economicamente interesse à exploração privada e, de outro lado, não firmar um período muito longo que gere menos eficiência do que estabelecer uma nova pressão competitiva para a exploração (Véras, 2021). Isso se deve discutir num contexto em que é imperiosa a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Guerra (2017, p. 56) explica essa equação:

[O] equilíbrio econômico-financeiro do contrato é a relação de proporcionalidade e equivalência entre as obrigações assumidas pelo contratado e a remuneração que lhe corresponderá, nos termos do contrato de concessão. A remuneração tarifária visa cobrir as despesas da concessionária e a realização da perspectiva de remuneração justa que impulsionou o agente privado a engajar-se no certame licitatório.

Com fundamento nesse contexto e na análise econômica da duração das concessões, o artigo compõe-se de quatro seções, além desta introdução e das considerações finais. Na seção 2, apresenta-se uma síntese do arcabouço jurídico brasileiro associado às concessões públicas; com base na literatura, na seção 3 examinam-se as referências econômicas sobre o assunto; na seção 4, constrói-se o modelo microeconômico em que se avaliam os principais *trade-offs* envolvidos na questão; e na seção 5 expõem-se casos concretos – provenientes dos setores ferroviário, portuário, rodoviário, elétrico e de telecomunicações – que explicitam as inferências da modelagem econômica.

2 Arcabouço jurídico

Inicialmente, apresentam-se nesta seção alguns dados sobre a legislação relacionada a concessões e sobre o próprio conceito de concessão. De acordo com Mello (2012, p. 717-718), concessão de serviço público é o instituto por meio

do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

⁷ Denomina-se *trade-off* (ou *tradeoff*) a circunstância em que se devem fazer escolhas que ponderem custos e benefícios.

Conforme assinala Ribeiro (2017), a escolha da empresa concessionária ocorre mediante licitação, que normalmente é julgada pelos critérios de maior pagamento pela outorga ou de menor tarifa ao usuário. Quanto à duração do contrato, a outorga de concessão deve ter seu prazo definido no edital de concorrência (Brasil, [2021a], art. 18, I). Segundo Mello (2012, p. 743), “o prazo é (tal como a tarifa) um dos elementos que concorrem para a determinação do valor da equação econômico-financeira, uma vez que em função dele se estimam a amortização do capital investido pelo concessionário e as possibilidades de lucro que terá”.

A LGCP não define prazo máximo admissível, mas há normas específicas que estabelecem prazo mínimo e máximo, a exemplo da LPPP, da Lei nº 9.074/1995 (que dispõe sobre outorga e prorrogação de concessões e permissões) e do Decreto nº 8.033/2013 (que regulamenta disposições legais no setor portuário). As condições para a prorrogação (Brasil, [2021a], art. 23, XII) devem constar das cláusulas essenciais do contrato, desde que isso tenha sido definido no edital.

Também relevante é a Lei nº 13.448/2017, que firmou novas diretrizes para a diliação e a rellicitação dos contratos de concessão. De acordo com Fortini e Fajardo (2018, p. 224), o objetivo é o alargamento dos prazos de vigência contratual ou mesmo o encerramento de ajustes com dificuldades de continuar a execução dos contratos; segundo os autores, essa lei é inovadora, embora já existisse a prorrogação e ela funcionasse como forma de reequilíbrio econômico-financeiro:

A Lei nº 13.448/17 conceitua a prorrogação “contratual” (art. 4º, inciso I) e a prorrogação antecipada (art. 4º, inciso II), a última a pressupor a inclusão de investimentos ausentes no contrato em vigor, funcionando como verdadeira moeda de troca pela maior onerosidade assumida pelo privado. Se não há dúvida de que o acréscimo de investimentos deve ser balanceado de alguma forma, há de se considerar que o prolongamento do vínculo de fato afasta novos atores porque não haverá novo certame.

Segundo os autores, a lei criou a possibilidade de *rellicitação* nos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário para casos de inadimplemento de cláusulas contratuais; assim, apostou-se “na rellicitação como alternativa ao processo de caducidade rotulado na exposição de motivos como moroso e capaz de ensejar longas discussões judiciais durante as quais os usuários permaneceriam penalizados com a prestação insatisfatória do serviço” (Fortini; Fajardo, 2018, p. 224).

Um exemplo de rellicitação é o caso do aeroporto Galeão, no Rio de Janeiro (RJ). A empresa Changi, concessionária desde 2014, protocolou na Agência Nacional de Aviação Civil o pedido de devolução voluntária do Galeão ao governo federal. Passam também por processos de rellicitação os aeroportos de São Gonçalo do Amarante, em Natal (RN), e Viracopos, em Campinas (SP) (Governo [...], 2022), assim como diversos projetos de rodovias federais e uma ferrovia, a Malha Oeste.

3 Referências econômicas sobre a duração das concessões

Variável-chave para o êxito, a duração do contrato é determinada com base no princípio geral de que o período de concessão deve durar o tempo suficiente para a concessionária recuperar o investimento e obter lucros razoáveis durante a execução do contrato. Geralmente, um período de concessão mais longo é mais benéfico para o investidor privado, mas pode exacerbar desequilíbrios financeiros e assimetrias de informação entre o regulador e o regulado. Em contrapartida, se o período de concessão for muito curto, o investidor rejeitará o contrato ou será obrigado a aumentar as tarifas no decorrer da execução; em consequência, o risco devido ao curto período de concessão será transferido para o usuário (Carbonara; Costantino; Pellegrino, 2014).

Na verdade, tanto uma duração mais curta quanto uma mais longa apresentam vantagens e desvantagens. Segundo Guasch (2004), uma concessão com duração curta permite uma concorrência mais frequente e, como é um mecanismo de revelação de informação, a nova licitação gera mais incentivos para incrementos de eficiência:

a nova concessão associada ao processo licitatório de desestatização traz os benefícios da contestabilidade pelo mercado e contribui para a arrecadação de recursos pelo Poder Concedente – que vão para a modicidade tarifária através do UBP – e/ou pelo antigo acionista controlador (Pinto Junior; Dutra, 2022, p. 119, grifos nossos).

Por outro lado, conforme argumenta Joskow (2007), na presença de custos irrecuperáveis e assimetria de informação, contratos de curto prazo propiciam a realização de investimentos insuficientes ou precários, pois há incerteza sobre a recuperação do investimento durante a execução do contrato.

Na concessão de longo prazo, perde-se eficiência por não se aplicar com frequência o processo licitatório, mecanismo em que se revela a informação. Além disso, o longo prazo faz aumentar a possibilidade de captura regulatória, pois o regulador e o regulado estão próximos há mais tempo (Caldeira, 2013). No entanto, contratos de longo prazo permitem maior responsabilização do concessionário e estimulam mais a inovação que uma estratégia de curto prazo (Guasch, 2004). Sobre a possibilidade de renovação do contrato de concessão (ou prorrogação), Caldeira (2013) sustenta que a impossibilidade de renovação pode aumentar os riscos da exploração, já que há maior incerteza em relação à capacidade de o investidor recuperar seus investimentos.

O contrato de concessão é *incompleto*: é impossível regular todos os aspectos da relação contratual. Essa incompletude fica mais evidente quando se avaliam os riscos, principalmente os decorrentes de mudanças no cenário econômico, o que pode exigir uma repactuação das cláusulas com o propósito de se garantir o equilíbrio econômico-financeiro da relação; e a renovação da concessão poderia promover esse reequilíbrio.

Igualmente, prazos excessivamente curtos e com possibilidade de reversão da concessão podem amplificar os desafios relacionados à indenização de ativos reversíveis; além disso, a licitação reiterada pode representar altos custos orçamentários e de transação, em razão dos “custos relacionados à indenização de ativos reversíveis e [das] potenciais controvérsias para sua determinação” (Pinto Junior; Dutra, 2022, p. 39).

A maioria dos modelos econômicos para a fixação do tempo de duração de uma concessão considera o valor presente líquido do fluxo de caixa projetado para determinar o tamanho ideal do período. Engel, Fischer e Galetovic (2001), por exemplo, caracterizam um contrato ótimo de compartilhamento de risco e demonstram que ele pode ser implantado mediante um mecanismo bastante direto – um leilão de valor presente da receita mínima. Nesse aspecto, é fundamental utilizar taxas internas de retorno que representem verdadeiramente o mercado; caso contrário, pode haver impacto negativo na competitividade das licitações.

Carbonara, Costantino e Pellegrino (2014) propuseram um modelo para o cálculo do período da concessão que afere o maior retorno tanto da concessionária quanto do governo com base numa justa partilha do risco pelas duas partes; assim, o prazo de concessão satisfaz aos interesses privados e aos interesses governamentais. Também com foco nos riscos, Hanaoka e Palapus (2012) propõem uma metodologia para determinar o período de concessão razoável que considere o efeito dos riscos relacionados a incertezas constantes do projeto. Com o emprego de uma simulação de Monte Carlo, a metodologia estipula um intervalo que poderia ser acordado entre os setores público e privado.

Com esteio na literatura sobre o tema e nos incentivos nas estratégias de curto e de longo prazo, com ou sem a permissão para a prorrogação – a qual pode ser relevante se for necessário um reequilíbrio econômico-financeiro da concessão –, na seção seguinte constrói-se um modelo microeconômico ancorado na teoria dos jogos com o fim de contemplar essas estratégias.

4 Modelagem econômica e análise de incentivos

Suponha-se que esteja em curso uma licitação de concessão pública cuja remuneração pela exploração do serviço ocorrerá mediante tarifa cobrada do usuário do serviço.

Pode-se modelar essa situação por meio de um jogo sequencial em que o Governo (*Gov*) decide inicialmente se lança o edital da licitação com um prazo curto (*c*) ou um prazo longo (*l*) para o contrato de concessão. Em seguida, a potencial concessionária (*Con*) decide se apresenta na licitação uma proposta com tarifa alta (*T*) ou baixa (*t*). A concessionária deseja maximizar seu retorno (π), pois, quanto maior for a tarifa cobrada pelo serviço público, mais interessante será para ela; no entanto, a depender do mercado ser mais competitivo ou mais oligopolizado, uma tarifa alta diminui as chances de vitória no certame.

Considere-se que α_t seja a probabilidade de a concessionária licitante vencer o certame com uma tarifa baixa t e que α_T seja a probabilidade de a concessionária licitante vencer com uma tarifa alta T . Assim,

$$\alpha_{tp} > \alpha_{Tp}, \quad p = c, l \quad (1)$$

Por outro lado, o lucro da concessionária será maior, com a amortização mais rápida do capital investido, caso a concessionária consiga emplacar uma tarifa maior:

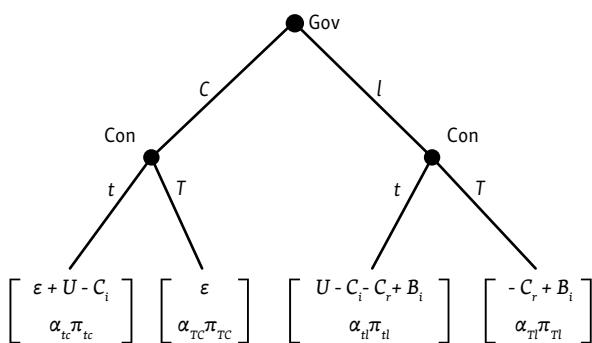
$$\pi_{tp} < \pi_{Tp}, \quad p = c, l \quad (2)$$

Conforme a literatura, contratos curtos geram ganhos de eficiência por mais frequentemente impulsionarem a pressão competitiva; tais ganhos são denotados por ϵ . Em contrapartida, nos contratos longos, o risco de captura do regulador pode gerar tanto um custo C_r para a sociedade quanto o benefício de propiciar mais inovação, representado pelo ganho B_i .

No caso de a tarifa vencedora ser baixa, a utilidade do consumidor é mais alta por ter de pagar menos pelo serviço público; isso gera um ganho U para a sociedade. Por outro lado, a tarifa baixa acarreta o risco de investimentos em nível insuficiente (investimento precário) pela concessionária. Tal cenário pode acarretar um custo C_i para a sociedade. Por simplicidade, postula-se no modelo que esse parâmetro C_i não depende de o contrato ser curto ou longo.

Caracterizadas as variáveis, o jogo pode ser assim representado:

Diagrama



Fonte: elaborado pelos autores.

Por meio do cálculo do Equilíbrio de Nash Perfeito em Subjogos, podem-se fazer inferências significativas sobre o comportamento dos agentes. Com fundamento no método da indução retroativa, a potencial concessionária escolherá a tarifa baixa em ambos os subjogos se

$$\begin{aligned} \alpha_{tc}\pi_{tc} &> \alpha_{Tp}\pi_{Tp}, \quad p = c, l \\ \Leftrightarrow \frac{\alpha_{tp}}{\alpha_{Tp}} &> \frac{\pi_{Tp}}{\pi_{tp}}, \quad p = c, l \end{aligned} \quad (3)$$

Da condição (3) pode-se inferir que a potencial concessionária terá mais incentivos para escolher a tarifa baixa quanto maior for a razão entre as probabilidades de vencer a licitação conforme o tipo de tarifa escolhida. A decisão pela escolha da tarifa baixa é fortemente influenciada pelo nível de concorrência no mercado: quanto maior for a competição, maior será α_t , e menor será α_r , o que contribui para a escolha da tarifa baixa.

Feita essa análise pelo lado da concessionária e se se considera válida a condição (3), qual será a decisão do governo? O equilíbrio com tarifa baixa e contrato longo estará garantido se for verdadeira esta desigualdade:

$$U - C_i - C_r - B_i > \varepsilon + U - C_i \Leftrightarrow \varepsilon < B_i - C_r \quad (4)$$

Isto é, a condição (4) revela que os contratos longos são preferíveis em termos de bem-estar social quando o ganho de eficiência decorrente de maior pressão competitiva não é suficientemente alto para compensar a diferença entre o benefício das inovações advindas de uma contratação mais duradoura e o risco da incidência em custo social por eventual captura regulatória. É notável que a matriz institucional – conjunto de regras que afetam a todos e criam incentivos que moldam a maneira como as pessoas vivem em sociedade (North, 1990) – pode ser ajustada para que as vantagens de uma contratação longa sejam também reforçadas, como as normas que combatem corrupção, o que diminuiria a variável C_r e tornaria maior a diferença entre os benefícios e os custos na condição (4).

Por fim, há o papel da prorrogação do prazo contratual nas concessões. O Equilíbrio de Nash Perfeito em Subjogos, no qual o governo escolhe contratos longos e a concessionária escolhe tarifa baixa, pode ser fortalecido pela possibilidade de prorrogação, pois isso diminuiria o risco da exploração pela iniciativa privada e aumentaria o lucro esperado da concessionária. Tal situação elevaria o parâmetro π_t e reforçaria a condição (3). Contudo, nesse caso há várias circunstâncias concorrentiais, contratuais e institucionais que condicionam a maximização do bem-estar social.

Em primeiro lugar, para que a condição (3) seja satisfeita, de modo que a concessionária oferte tarifa baixa como melhor resposta, é essencial se criarem e garantirem condições

propícias à concorrência do mercado e nos certames, para que a sociedade se beneficie da modicidade de tarifas. Além disso, o governo deve atuar para reduzir fatores de incerteza do setor, a fim de que os concorrentes projetem corretamente os valores de tarifa necessários para recuperarem seus investimentos e obterem retorno econômico no prazo estabelecido, e se minimize a necessidade de posteriores reequilíbrios econômico-financeiros.

Em segundo lugar, para que B_i seja suficientemente alto, há requisitos determinantes na concepção dos contratos; e é necessário modelá-los adequadamente a fim de se alinharem incentivos para a concessionária realizar investimentos e inovação. Igualmente, esses contratos devem firmar cláusulas de compartilhamento de riscos e mecanismos reveladores de informação, para se mitigarem os problemas relacionados à crescente assimetria de informação entre governo e concessionária.

E, em terceiro lugar, sob o ponto de vista de características institucionais, dois aspectos devem ser ponderados na decisão de prorrogar ou não uma concessão em cada caso: a) o nível de institucionalidade e governança das agências reguladoras do setor; e b) o desempenho da concessionária no decorrer da concessão. Quanto maiores forem a institucionalização e a governança da agência que regula os contratos de concessão do setor, menor será o risco de captura C_r . Há índices que medem aspectos relacionados a esse aspecto, como o Mapa da exposição da Administração Pública federal a fraude e corrupção (Brasil, 2018b) e o Índice Integrado de Governança e Gestão Pública (Brasil, 2021b). Por sua vez, os índices de desempenho da prestação dos serviços públicos concedidos têm sido estabelecidos pelas agências reguladoras de cada setor, com expressiva evolução nos últimos anos.

Em vista desses aspectos, a modelagem do contrato que regula a concessão é fator-chave para a decisão sobre seu prazo ótimo. Para ilustrar as percepções obtidas com a teoria dos jogos, apresentam-se a seguir casos provenientes de setores de infraestrutura.

5 Estudo de casos

O objetivo desta seção é apresentar exemplos de cinco setores de infraestrutura regulados – ferroviário, portuário, rodoviário, elétrico e de telecomunicações – para ilustrar os fatores que em cada um deles foram relevantes para a tomada de decisão sobre prorrogar ou não concessões e para o sucesso ou não da prestação do serviço público.

5.1 O setor ferroviário

No setor ferroviário decidiu-se pela renovação das concessões para se aprimorarem os contratos então vigentes, que não continham mecanismos adequados para revelarem informação e compartilhamento de riscos; em particular, não definiam claramente os

investimentos que as concessionárias deveriam realizar e quais eram os bens reversíveis⁸, o que ensejava altos custos de transação e de agência na delimitação desses aspectos nos casos concretos.

Por isso, entre 2018 e 2019 procedeu-se à prorrogação de concessões com o fim de incluir nesses contratos os investimentos obrigatórios e condicionados à demanda (com *gatilhos* nele delimitados⁹) e o inventário de bens reversíveis da concessão. As agências reguladoras também passaram a estabelecer indicadores de qualidade do serviço para o acompanhamento e o controle da atividade regulada, o que reduziu a assimetria de informação entre elas e a concessionária.

Todas essas medidas tendem a aumentar B_i , a alinhar incentivos entre concessionária e poder concedente e a reduzir o risco de captura C_j . Ressalte-se que, por suas características de alto custo de entrada, o setor apresenta baixa concorrência, o que diminui os ganhos de eficiência decorrentes da alternativa de nova licitação (ε).

5.2 O setor portuário

Houve grande avanço regulatório nos últimos anos no setor portuário; nele se promoveu maior competitividade e eficiência e, portanto, maior ε . As alterações determinadas pela Lei nº 14.047/2020¹⁰, que incorporaram orientações do Acórdão nº 2.711/2020, do Tribunal de Contas da União (TCU) (Plenário) (Brasil, 2020), tornaram mais flexíveis e dinâmicos os chamados *arrendamentos portuários*, ao dissociá-los dos tradicionais modelos de concessão de serviços públicos e aproximá-los das *public utilities* ou dos terminais de uso privativo (TUPs).

A partir daí surgiram os novos mecanismos de redução de assimetrias de informação e controle da qualidade de serviços pelos usuários que se somaram à pressão competitiva que as TUPs exercem no setor. Trata-se de uma estrutura em que a má qualidade da prestação do serviço afeta diretamente o faturamento dos agentes, porquanto os usuários punem esse desalinhamento de incentivos; nesse contexto, as prorrogações de arrendamentos podem ocorrer sucessivamente até 70 anos, atreladas a todos esses mecanismos e controles contratuais e de mercado, ampliando B_i .

Depois de o TCU (Brasil, 2018a) ter procedido à auditoria sobre *gargalos* que diminuem a eficiência dos portos, no âmbito da Agência Nacional de Transportes Aquaviários

⁸ *Bens reversíveis* são os utilizados no objeto da concessão que asseguram a prestação dos serviços, regulamentado no art. 31 da LGCP (Brasil, [2021a]). Ao final da concessão, esses bens devem ser transferidos para o poder concedente e devidamente indemnizados.

⁹ O contrato define *gatilhos* de médio e longo prazos que obrigam a concessionária a atender a toda demanda que venha a ocorrer, sem a possibilidade de pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em virtude desses investimentos. Assim, sempre que a ferrovia ficar congestionada, conforme os índices do setor, a concessionária deverá realizar investimentos para aumentar a capacidade instalada do trecho sem direito a reequilíbrio econômico-financeiro.

¹⁰ Alterou a Lei nº 12.815/2013.

procedeu-se a aprimoramentos na qualidade da regulação, como os estudos sobre abusividade de preços, capacitação para estudos de viabilidade econômico-financeira e indicadores utilizados para mensurar o desempenho dos agentes regulados. Dessa forma, a tendência é reduzir C_r .

O setor portuário tem sido pioneiro na implantação de soluções contratuais que procuram alinhar incentivos, distribuir claramente riscos e reduzir a assimetria de informação e custos de transação. Exemplos disso são a conta vinculada¹¹, o acordo tripartite¹², as cláusulas de *step in rights*¹³, bem como os investimentos cruzados¹⁴; o Projeto de Lei (PL) nº 7.063/2017 – que, se aprovado, será a nova LGCP –, já estabelece tais mecanismos. Os efeitos concretos dessas soluções devem também ser acompanhados caso a caso para que se avalie melhor sua eficácia com o propósito de se incrementar B_i .

5.3 O setor rodoviário

As concessões de rodovias ilustram bem os impasses relacionados à decisão de prorrogá-las ou não. Num dos casos, houve pedido de prorrogação da concessão, mas optou-se pela realização do certame competitivo das rodovias Presidente Dutra (BR-116) e Rio-Santos (BR-101). A concessionária, que já explorava o serviço, ofereceu deságio máximo (maior desconto ao usuário) e valor de outorga de R\$ 1,77 bilhão. Ou seja, houve ganhos de eficiência decorrentes da pressão competitiva (ε), que incrementa os ganhos da sociedade diante dos menores valores pagos pelo usuário.

Por sua vez, na análise do processo de desestatização da BR-040/495/MG/RJ (Brasil, 2023b), o TCU recomendou que a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) incorporasse, na elaboração de futuros termos aditivos aos contratos de concessão para

¹¹ Conta vinculada é uma conta para a qual se destina uma reserva (decorrente por exemplo, dos valores pagos na outorga) para a utilização em eventuais reequilíbrios econômico-financeiros e para a garantia dos financiadores. Essa conta permite reduzir tanto dos custos de transação nesses reequilíbrios quanto os riscos envolvidos na hipótese de recolhimento desses valores ao caixa único do poder concedente. Esse instituto é previsto nas concessões dos portos de São Sebastião (SP) e de Itajaí (SC), analisados pelo TCU no âmbito dos Acórdãos nºs 244/2023 e 245/2023. O PL nº 7.063/2017 regula a sua utilização.

¹² Acordo tripartite é o contrato entre o poder concedente, a concessionária e o(s) financiador(es) que objetiva assegurar a plena execução do contrato, a redução dos custos de agência e a preservação dos interesses dos financiadores. No âmbito do PL nº 7.063/2017, esse acordo, dentre outros temas, pode tratar: a) do acompanhamento permanente da concessão e troca de informações entre as partes; b) dos eventos que ensejam a comunicação entre as partes ou notificação por inadimplemento; e c) dos direitos e deveres das partes (Brasil, 2019a, art. 51). Busca-se, com isso, reduzir a assimetria de informação entre os agentes.

¹³ A cláusula de *step in rights* permite que o(s) financiador(es) assuma(m) a concessão, caso a concessionária não cumpra suas obrigações contratuais, o que reduz riscos de descontinuidade dos serviços públicos, bem como os custos de transação relacionados ao processo de alteração da concessionária.

¹⁴ O contrato de concessão pode ter por objeto a prestação de serviços e a execução de obras conexas, ainda que não afetos ao mesmo setor ou que não venham a ser geridos e explorados pela concessionária. Isso se prevê nos contratos de concessão da Malha Paulista e da estrada de ferro Vitória-Minas, da Vale S. A.; ambos os casos foram analisados pelo TCU nos Acórdãos nºs 2.876/2019 (ministro relator Augusto Nardes) e 1.947/2020 (ministro relator Bruno Dantas). Estabelece essa possibilidade o art. 7º do PL nº 7.063/2017 (Brasil, 2019a).

fins de rellicitação¹⁵, cláusulas específicas voltadas à mitigação de riscos relacionados à incapacidade econômico-financeira das concessionárias. Isso contribui para o incremento de B_i , ao evitar desequilíbrios econômico-financeiros em desfavor do poder concedente na rellicitação.

Também nesse setor há inovações contratuais, como a conta vinculada e de aporte, e os degraus tarifários, que premiam com reajuste nas tarifas a empresa que realize duplicação em rodovias, como nas concessões do estado do Paraná (Brasil, 2019b)¹⁶. Recentemente, a ANTT publicou um painel com indicadores e dados sobre segurança, fluidez e satisfação (ANTT [...], 2023). Esse melhor controle tende a diminuir C_r .

5.4 O setor elétrico

O setor elétrico é pródigo em exemplos de prorrogações. As abrangidas pelo art. 19 da Lei nº 9.074/1995 (sobre outorga e prorrogação de concessões e permissões) viabilizaram a implantação e a motorização de centrais hidrelétricas, determinantes “para mitigar os problemas gerados pelo racionamento de 2000 e 2001” (Pinto Junior; Dutra, 2022, p. 120). Ou seja, houve efetivo B_i apropriado pela sociedade.

Por outro lado, a literatura considera que, entre 2014 e 2017, a não prorrogação nos casos da Companhia Energética de São Paulo, da Companhia Energética de Minas Gerais, da Companhia Paranaense de Energia e das Centrais Elétricas de Santa Catarina depois se revelou benéfica, dado que a evolução da hidrologia nos anos seguintes “resultou em custos marginais de operação elevados” (Pinto Junior; Dutra, 2022, p. 134). Ou seja, a sociedade beneficiou-se das inovações decorrentes da pressão competitiva, que contribuíram para incrementar a tecnologia do setor e a eficiência energética. Resultado análogo ocorreu nos novos contratos de comercialização de energia no ambiente regulado, em que se observa um fluxo de receitas superior ao dos renovados e atrelados à regulação tarifária estabelecida para as concessões prorrogadas, em virtude da comercialização de energia no mercado livre ou da liquidação no mercado de curto prazo.

Em nível institucional, há expressivo desenvolvimento da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) quanto à definição e ao acompanhamento do desempenho das concessionárias na prestação de serviço público. A esse respeito podem-se citar os indicadores de continuidade de fornecimento de energia elétrica apurados pela distribuidora e encaminhados mensalmente à Aneel (a duração equivalente de interrupção por unidade consumidora e a frequência equivalente de interrupção por unidade consumidora), bem como os indicadores de eficiência econômico-financeira (geração operacional de caixa, investimentos de reposição, juros da dívida).

¹⁵ Prevista pela Lei nº 13.448/2017.

¹⁶ Bugarin e Ribeiro (2021) analisam a introdução de mecanismos de bonificação como esse, em vez de mecanismos de punição.

Para se diminuírem as assimetrias de informação e melhorar a distribuição de riscos contratuais, o TCU também recomendou a definição de critérios objetivos para o início do processo de caducidade (Brasil, 2023a). Atualmente, o setor prepara-se para o término e a renovação de parcela relevante das concessões, e os aspectos abordados neste artigo têm sido avaliados no âmbito dos acompanhamentos que o TCU realiza.

5.5 O setor de telecomunicações

No setor de telecomunicações, as diferenças entre os mercados de telefonia fixa e móvel ilustram bem o impacto da competitividade sobre a decisão a respeito do tempo ótimo de concessão.

No setor de telefonia fixa, a baixa concorrência devia-se ao pequeno número de agentes econômicos eventualmente interessados em assumir concessões. Desse modo, escolher a realização de nova licitação poderia implicar riscos à continuidade do serviço público e reduzir a probabilidade de se valorizar o parâmetro ϵ . Assim, a prorrogação em 2005 foi uma decisão baseada nesse contexto. Contudo, não se atrelou essa repactuação a indicadores de qualidade e regularidade na prestação de serviço, e foram prorrogadas concessões cujas concessionárias até então não haviam demonstrado bom desempenho¹⁷ (o que reduziria o valor esperado de B_i). Nos últimos anos, houve avanço desses indicadores, o que permite controlar melhor a concessão.

Em contrapartida, apesar de ser um setor oligopolizado, a atratividade da telefonia móvel é muito maior. Com efeito, em 2019 o TCU (Brasil, 2022) recomendou que não fossem prorrogadas as autorizações de radiofrequência então vigentes, em virtude dos ganhos de eficiência que poderiam advir da competição no certame. Com o objetivo de equalizar as vantagens decorrentes das economias de escala das concessionárias anteriores – que já possuíam bens reversíveis, assim como infraestruturas de prestação de serviço implantadas ou em andamento –, o certame foi realizado com a exigência de investimentos *greenfield*¹⁸, o que também conduziria a um ϵ maior.

¹⁷ À época, as empresas Telemar, Brasil Telecom e Telefônica deviam cumprir metas de qualidade e universalização durante a concessão. Contudo, no Acórdão nº 873/2010-TCU (Plenário) (Brasil, 2010), constataram-se falhas na fiscalização pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) de metas de universalização pelas empresas concessionárias do Serviço de Telefonia Fixa Comutado. Determinou-se que a Anatel tomasse providências para assegurar o cumprimento dos prazos de instauração e análise do processo de apuração de descumprimento de obrigações, relativo às metas de universalização, com o fim de criar instrumentos para o monitoramento e a divulgação da correção das irregularidades apontadas na fiscalização do cumprimento de metas de universalização. A partir de então, melhorou o acompanhamento dessas metas e de outros indicadores de desempenho das concessionárias.

¹⁸ Investimento *greenfield* corresponde a uma operação estabelecida desde o começo, ou seja, “do zero”. Assim, a especificação para licitações por meio de uma abordagem *greenfield* significa que os planos de negócio são feitos com esteio na operação de uma empresa “totalmente entrante” no mercado.

6 Conclusões

As concessões públicas ganharam importância nas últimas décadas em decorrência das restrições orçamentárias dos governos e da necessidade de novos investimentos para incrementar a infraestrutura estatal; no entanto, para que esse objetivo seja atingido, o desenho da concessão deve garantir eficiência na contratação.

Aspectos essenciais para o atingimento dessa eficiência são a fixação do prazo da concessão e a possibilidade de prorrogação do contrato vigente. Nesse debate, é essencial verificar não só a promoção da eficiência em decorrência da prorrogação com também os prós e os contras de contratos mais longos ou de contratos mais curtos com licitações frequentes.

Em termos jurídicos, a LGCP não determina prazo máximo para o contrato, e as condições de prorrogação podem estar ou não previstas no edital. Dada essa lacuna, há espaço para que a análise econômica indique o melhor caminho para a sociedade; sobre o assunto, a literatura econômica pormenoriza incentivos e *trade-offs* entre concessões de curto prazo e de longo prazo.

A contribuição deste artigo consiste na elaboração de um modelo baseado na teoria dos jogos que explicita esses incentivos e traça as estratégias tanto do Estado quanto das concessionárias. Para isso, desenhou-se um jogo sequencial em que o Estado decide se lança um edital que estabeleça um contrato de duração mais curto ou mais longo; em consequência disso, o licitante propõe uma tarifa menor ou maior para o serviço público a ser prestado. Por incluir todos os custos e benefícios dos agentes, o resultado demonstra que os contratos longos são preferíveis em termos de bem-estar social, quando o ganho de eficiência decorrente de maior pressão competitiva associado ao contrato curto não é suficientemente alto para compensar a diferença entre o benefício das inovações advindas de uma contratação mais duradoura e o risco da incidência em custo social por eventual captura regulatória, também aumentado no caso de contratos longos.

Esse equilíbrio no qual o governo escolhe contratos longos e a concessionária escolhe tarifa baixa pode ser fortalecido pela possibilidade de prorrogação, pois isso diminuiria o risco da exploração pela iniciativa privada e aumentaria o lucro esperado da concessionária. O modelo deixa claro também que várias circunstâncias concorrentiais, contratuais e institucionais condicionam a maximização do bem-estar social nesse caso; dentre elas estão as que promovem maior concorrência no certame, a redução de fatores de incerteza e o nível de governança das agências reguladoras.

Para verificar a funcionalidade do modelo teórico, analisaram-se casos oriundos dos setores ferroviário, portuário, rodoviário, elétrico e de telecomunicações. Eles corroboram os resultados do modelo teórico deste estudo, que lançou mão de parâmetros que refletem as condições de competição e lucro possíveis no mercado, para determinar em que relações entre esses valores se alcançaria equilíbrio concernente a contratos curtos com possibilidade de renovação. Uma possível extensão desse modelo seria construir o

processo de licitação, como assinalam Bugarin e Ribeiro (2021), a fim de encontrar seu equilíbrio e, então, determinar como a competição – caracterizada, por exemplo, pelo número de participantes – pode afetar os *trade-offs* entre contratos curtos e longos, com ou sem renovação, sob o prisma do bem-estar social.

Com este trabalho, espera-se não só contribuir para estudos futuros sobre o tema mas também oferecer ao regulador mais subsídios tanto para a tomada de decisão quanto para conceder serviços públicos quanto para a promoção de ganhos de eficiência que de fato incrementem a infraestrutura e o crescimento econômico do País.

Referências

ANTT publica novos contadores com dados sobre segurança, fluidez e satisfação. ANTT – *Últimas Notícias*, [Brasília, DF], 12 abr. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ultimas-noticias/antt-publica-novos-contadores-com-dados-sobre-seguranca-fluidez-e-satisfacao>. Acesso em: 14 maio 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 7.063, de 2017*. Altera a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, para reduzir o valor mínimo dos contratos de parcerias público-privadas celebrados por Estados, pelo Distrito Federal e por Municípios. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1834942&filename=Parecer-PL706317-2019-11-19. Acesso em: 14 maio 2025.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 maio 2025.

_____. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 14 maio 2025.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 599/2023*. Monitoramento. Processo originário criado para tratar das ações atinentes ao termo final dos contratos de diversas concessões do setor elétrico a partir de 2015. Monitoramento de determinações e recomendações relativas às concessões de distribuição de energia elétrica cujos contratos se encerraram a partir de 2025 [...]. Entidades: Ministério de Minas e Energia; Agência Nacional de Energia Elétrica. Relator: Min. Antonio Anastasia, 29 de março de 2023a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/337920159.PROC%2520%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 14 maio 2025.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 752/2023*. Acompanhamento. Relicitação. Lei 13.448/2017. Rodovia BR-040/DF/GO/MG. Análise do termo aditivo de relicitação. Exame dos procedimentos preparatórios para a seleção da nova concessionária. Determinações. Recomendações. Ciência. Interessadas: Agência Nacional de Transportes Terrestres; Concessionária BR-040 S.A. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres. Relator: Min. Jorge Oliveira, 19 de abril de 2023b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*KEY:%22ACORDAO-COMPLETO-2578119%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0. Acesso em: 14 maio 2025.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 873/2010*. Monitoramento. Metas de universalização de serviço telefônico. Processo de apuração por descumprimento de obrigações. Fiscalização das metas de universalização. Medidas alternativas. Atraso no processamento das irregularidades [...]. Interessado: Tribunal de Contas da União. Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações. Relator: Min. Augusto Nardes, 28 de abril de 2010. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-1149519/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 14 maio 2025.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº 2.001/2022. Relatório de acompanhamento. Prorrogação das outorgas de radiofrequência. Aplicabilidade do art. 167 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), com a nova redação dada pela Lei 13.879/2019, às bandas A, B, 2G, 3G e 4G. Condicionantes técnicas a serem avaliadas nas respectivas prorrogações [...]. Interessada: Telefônica Brasil S.A. Entidades: Agência Nacional de Telecomunicações; Ministério das Comunicações. Relator: Min. Augusto Nardes, 31 de agosto de 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/2001%252F2022%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 14 maio 2025.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº 2.236/2019. Representação. Prorrogação dos contratos de concessão de rodovias no Estado do Paraná. Dificuldades ao exercício da fiscalização desses contratos pela comissão tripartite. Conhecimento. Oitivas. Audiências [...]. Interessado: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná. Entidade: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. Relator: Min. Augusto Nardes, 18 de setembro de 2019b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/2236%252F2019/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 14 maio 2025.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº 2.310/2018. Auditoria operacional para avaliar os principais pontos de ineficiência nos serviços portuários, que resultam em aumento de custo e de tempo no trâmite da carga [...]. Entidades: Agência Nacional de Transportes Aquaviários; Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. Relator: Min. Bruno Dantas, 2 outubro de 2018a. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-2313083/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 14 maio 2025.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº 2.711/2020. Auditoria operacional sobre limitações dos portos organizados em comparação com os TUPs. Oportunidades de melhorias identificadas. Recomendações. Entidades: Agência Nacional de Transportes Aquaviários; Ministério da Infraestrutura. Relator: Min. Bruno Dantes, 7 de outubro de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-2413805/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 14 maio 2025.

_____. Tribunal de Contas da União. *Levantamento de governança e gestão públicas 2021*. Brasília, DF: TCU, 2021b. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/igg2021/igg2021%20-%2020189%20-%20ufla.pdf>. Acesso em: 14 maio 2025.

_____. Tribunal de Contas da União. *Risco de exposição a fraude e corrupção na administração*. Brasília, DF: TCU, 1º nov. 2018b. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/risco-de-exposicao-a-fraude-e-corrupcao-na-administracao.htm>. Acesso em: 14 maio 2025.

BUGARIN, Mauricio Soares; RIBEIRO, Frederico. The paradox of concessions in developing countries. *Brazilian Review of Econometrics*, [s. l.], v. 41, n. 1, p. 69-100, June 2021. DOI: <https://doi.org/10.12660/bre.v41n12021.83397>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/bre/article/view/83397>. Acesso em: 14 maio 2025.

CALDEIRA, Thiago Costa Monteiro. Licitar ou renovar contratos de concessão. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE REGULAÇÃO, 8., 2013, Fortaleza. *Anais* [...]. Brasília, DF: ABAR, 2013.

CARBONARA, Nunzia; COSTANTINO, Nicola; PELLEGRINO, Roberta. Concession period for PPPs: a win-win model for a fair risk sharing. *International Journal of Project Management*, [s. l.], v. 32, n. 7, p. 1.223-1.232, Oct. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ijproman.2014.01.007>.

ENGEL, Eduardo M. R. A.; FISCHER, Ronald D.; GALETOMIC, Alexander. Least-present-value-of-revenue auctions and highway franchising. *Journal of Political Economy*, [s. l.], v. 109, n. 5, p. 993-1.020, Oct. 2001. DOI: <https://doi.org/10.1086/322832>.

FORTINI, Cristiana; FAJARDO, Gabriel. Um olhar histórico-constitucional sobre as concessões de serviço público e as parcerias público-privadas: surgimento e incentivo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (coord.). *O direito administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 213-225.

GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (org.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017. p. 26-50. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-01/03_20_anos_de_concessoes_em_infraestrutura_no_brasil.pdf. Acesso em: 14 maio 2025.

GOVERNO Federal anuncia licitação conjunta do Galeão e Santos Dumont para 2023. Ministério dos Transportes – Notícias, [Brasília, DF], 31 out. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/pt-br/assuntos/noticias/2022/02/governo-federal-anuncia-licitacao-conjunta-do-galeao-e-santos-dumont-para-2023>. Acesso em: 14 maio 2025.

GUASCH, J. Luis. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*. Washington, DC: World Bank, 2004. (WBI development studies). Disponível em: <https://hdl.handle.net/10986/15024>. Acesso em: 14 maio 2025.

GUASCH, J. Luis; STRAUB, Stéphane. Renegotiation of infrastructure concessions: an overview. *Annals of Public and Cooperative Economics*, [s. l.], v. 77, n. 4, p. 479-493, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8292.2006.00316.x>.

GUERRA, Sérgio. Alteração da taxa interna de retorno nas concessões: 20 anos após a edição da Lei 8.987/95. In: DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (org.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017. p. 52-71. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-01/03_20_anos_de_concessoes_em_infraestrutura_no_brasil.pdf. Acesso em: 14 maio 2025.

HANAOKA, Shinya; PALAPUS, Hazel Perez. Reasonable concession period for build-operate-transfer road projects in the Philippines. *International Journal of Project Management*, [s. l.], v. 30, n. 8, p. 938-949, Nov. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ijproman.2012.02.001>.

JOSKOW, Paul L. Regulation of natural monopoly. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (ed.). *Handbook of law and economics*. Amsterdam: North-Holland, 2007. v. 2, p. 1.227-1.348. (Handbooks in economics, 27).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change, and economic performance*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1990. (The Political economy of institutions and decisions).

PINTO JUNIOR, Mario Engler; DUTRA, Joísa Campanher (org.). *Concessões no setor elétrico brasileiro: evolução e perspectivas*. Rio de Janeiro: Synergia, 2022. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/e861a147-8914-418f-87ec-066034217730>. Acesso em: 14 maio 2025.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Novo pacote de infraestrutura do Governo Dilma: 15 erros que precisam ser corrigidos. In: DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (org.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017. p. 72-88. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-01/03_20_anos_de_concessoes_em_infraestrutura_no_brasil.pdf. Acesso em: 14 maio 2025.

VÉRAS, Rafael. Critério de menor Valor Presente Líquido (VPL) de receitas nas concessões: por que não? In: _____ (coord.). *Coluna Direito da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 21 jul. 2021. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/noticias/coluna-direito-da-infraestrutura/criterio-de-menor-valor-presente-liquido-vpl-de-receitas-nas-concessoes-por-que-nao/>. Acesso em: 14 maio 2025.

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 aparência do bem e o autoritarismo no Direito: quando a teoria do Direito encontra a teoria da ação

The Appearance of Good and the Authoritarianism in Law: When Legal Theory Meets Theory of Action

Martin Magnus Petiz¹

Resumo

Herbert Hart usava exemplos de sistemas jurídicos autoritários para argumentar que não há conexão necessária entre Direito e moral. Na Filosofia prática, há o argumento análogo de que um agente racional pode desejar o mal, guiar-se deliberadamente por ele e agir sem considerar valores morais; esse argumento apoia a tese juspositivista da separação entre Direito e moral. Joseph Raz criticou ambas as teses e defendeu que as decisões jurídicas pressupõem a reivindicação de autoridade legítima, e não simplesmente a aplicação da força bruta ou da coerção institucionalizada. Sem essa justificação, nada diferenciaria o Direito de uma quadrilha de assaltantes. Segundo Raz, para entender as ações autoritárias por meio do Direito, é preciso compreender primeiro o que significa *agir com sentido* no contexto jurídico. Contra a tese da separação, a tese da aparência do bem vincula a ação jurídica à sua reivindicação de legitimidade.

Palavras-chave: autoridade; razão prática; teoria do valor; positivismo jurídico; Joseph Raz.

Abstract

Herbert Hart used examples of authoritarian legal systems to argue that there is no necessary connection between Law and morality. In Practical Philosophy, there is a similar argument that a rational agent can desire evil, deliberately act in the same way, and act without regard to moral values; this argument supports the legal positivist thesis of the separation of Law and morality. Joseph Raz criticised both these theses and argued that legal decisions presuppose the claim of legitimate authority and not simply the application of brute force

¹ Martin Magnus Petiz é mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP, São Paulo, SP, Brasil; bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil. E-mail: martin_petiz@usp.br

or institutionalized coercion. Without this justification, there would be no distinction between Law and a gang of robbers. According to Raz, to understand authoritarian actions through Law, one must first understand what it means to act *meaningfully* in the legal context. As opposed the thesis of separation, the thesis of the appearance of good links legal action to its claim to legitimacy.

Keywords: authority; practical reason; theory of value; legal positivism; Joseph Raz.

Recebido em 11/7/24

Aprovado em 26/11/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p105

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

Joseph Raz (1939-2022) foi um dos maiores expoentes da teoria do Direito anglo-saxã no período posterior às contribuições de Herbert Lionel Adolphus Hart, ou H. L. A. Hart (1907-1992), autor de *O conceito de Direito*, publicado em 1961. Surgiu uma nova geração de filósofos (dentre os quais estava Raz) preocupados com o estudo dos conceitos fundamentais do Direito como tarefa fundamental da atividade jurídica. Ao aproximar Direito e Filosofia, Raz objetivou complementar a teoria da obrigação de Hart e explicou a natureza do Direito por meio da Filosofia prática. Sua concepção de Direito como autoridade prática capaz de emitir razões preemptivas⁴ tem sido aprofundada com o fim de se compreender melhor o papel do Direito no raciocínio prático de cidadãos, poderes privados e autoridades.

O fato de haver governos corrompidos pelo autoritarismo – muitos deles, senão todos, viabilizados pelo Direito – leva os teóricos a depreenderem a tese da *separação* entre Direito e moral e a sustentarem que essa dissociação é não só desejável como também logicamente necessária. Este estudo aborda apenas o segundo aspecto da tese da *separação*, por meio da Tese da Ação sob o Pretexto do Bem (TAPB). Manter o espírito crítico diante de sistemas

² PETIZ, Martin Magnus. A aparência do bem e o autoritarismo no Direito: quando a teoria do Direito encontra a teoria da ação. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 62, n. 247, p. 105-131, jul./set. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p105. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/247/ril_v62_n247_p105

³ Petiz, M. M. (2025). A aparência do bem e o autoritarismo no Direito: quando a teoria do Direito encontra a teoria da ação. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 62(247), 105-131. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p105

⁴ Isto é, razões que excluem alguma razão da deliberação prática do agente, em nome de razões dadas pelo Direito, com as quais a outra razão estava em conflito.

jurídicos injustos é um dos papéis mais relevantes da teoria do Direito – e, neste trabalho, argumenta-se que isso é possível e é mais bem realizado quando se compreendem as ações autoritárias sob o aspecto do bem que almejam realizar por meio do Direito. A hipótese é que as mais maléficas ações cometidas por autoridades com o uso do Direito podem ser compreendidas como “sob o ‘disfarce’, o ‘pretexto’ ou a ‘aparência’ do bem”. Esse argumento faz parte de um projeto de teoria do Direito que busca, de um lado, reaproximar o Direito da sua reivindicação intrínseca de realização da justiça e, de outro, oferecer subsídios racionais para uma teoria da decisão jurídica (Lopes, 2009).

Para sustentar essa hipótese, apresentam-se os argumentos de Raz em cotejo com uma teoria muito comprometida com a objetividade do pensamento prático: a *teoria da ação clássica* (ou *teleológica*) de Elizabeth Anscombe (1919-2001), uma das influências de Raz nessa área. Para reforçar o argumento, mencionam-se as objeções de Michael Stocker (1939-2024), o qual salienta dois desafios: o da neutralidade e o da maldade pura. Um autor juspositivista e convencionalista como Hart considera bem-sucedidos esses dois desafios, o que justificaria o apego da teoria do Direito à tese da separação. Entretanto, aqui se defende a TAPB, que dispõe de meios adequados para responder a ambos os desafios, quando se separam em tipos ideais as distintas formas de ação que autoridades podem adotar para atingir seus fins mediante o Direito. Com isso se evidencia que toda ação jurídica precisa reivindicar a realização da justiça – valor que lhe confere legitimidade para exigir ações mediante comandos e regras.

O estudo contém quatro seções, além desta introdução e das considerações finais. Na segunda seção, examina-se a concepção de autoridade como serviço de Raz e revela-se como ela pressupõe que toda autoridade jurídica é reconhecida como tal apenas quando reivindica legitimidade, uma exigência inteligível somente quando obedece às teses da justificação e da capacidade discursiva. O descumprimento de uma delas leva à ausência de domínio do conceito de *Direito*, com a consequente ininteligibilidade das expressões de intenção de quem venha a emitir comandos em seu nome.

Na terceira seção, apresenta-se a TAPB. Ela pressupõe *fazer o bem e evitar o mal* como princípio mais básico e indedutível do campo da ação a que todo agente racional deve aderir se quiser agir. No final da seção, destacam-se alguns tipos ideais de casos “defeituosos” no campo da ação, com referência ao caso central de ato fundado na razão, quando os desejos são direcionados à realização das melhores razões disponíveis para agir, sem interferências externas indevidas – como a coerção, por exemplo.

Na quarta seção, apresentam-se os desafios de Stocker. O desafio da *neutralidade* parece fundar as ações em fatos, e não em valores que conduzem a algum bem; mas isso só é parcialmente verdadeiro. O desafio da *maldade pura* é o mais sério para a TAPB, pois afirma a ausência de vínculo lógico entre ação intencional e bondade. Stocker propõe distinguir entre ação boa e ação atrativa, o que justificaria a tese convencionalista de fundamentação do Direito de Hart.

E, na quinta seção, intenta-se responder ao desafio de Stocker e Hart com base numa correção da TAPB. Segundo Raz, como não basta definir o primeiro princípio da razão prática, é preciso acrescentar que erros conceituais são possíveis porque: a) o agente não vê o bem da sua ação como um bem, pois não domina o conceito de *valor* ou de *razão para a ação*; e b) o agente tem “segundas intenções”, que fazem sentido por referência ao bem com base no qual atua.

2 As intenções das autoridades jurídicas

O Direito é uma prática voltada para a regulação da conduta de cidadãos e autoridades: ele habilita as suas decisões e dá-lhes uma qualidade *jurídica* por meio de regras que lhes conferem poderes juridicamente reconhecidos; isso também garante que suas decisões serão aplicadas à força por outras instituições dotadas de poder coercitivo reconhecido pelo Direito. Do exercício regular de poderes jurídicos surgem deveres e direitos para outros cidadãos e autoridades⁵.

Num contexto em que colidem as vontades de muitos agentes, as autoridades têm o papel de coordenar como as pessoas devem agir. Se um grupo de agentes racionais decide que quer montar uma associação de Filosofia do Direito, naturalmente deverão contribuir com algum valor para a criação e a manutenção de sua estrutura. Porém, quanto será razoável pagar? Mensalmente, trimestralmente ou anualmente? Disso nasce a necessidade de uma autoridade que faça uma escolha – e, com base nela, todos terão razão para obedecer ao que se decidiu⁶.

O caráter regulador do Direito só funciona por meio de uma habilidade comunicativa que perdura⁷. Num Estado moderno e ocidental, pessoa alguma é um *leviatã* para poder governar sozinha, guiando-se apenas por sua vontade. A crescente complexidade das relações atingiu um ponto em que as autoridades precisam coordenar esforços para governar. Nem mesmo a pessoa mais poderosa de uma nação pode coagir as demais a se conformarem à sua vontade o tempo todo; por outro lado, nem o líder mais carismático pode fiar-se na afeição de sujeitos hipnotizados por seu discurso eloquente como único recurso para governar (Anscombe, 1981a, p. 18). Em algum momento, a cooperação voluntária é necessária (Hart, 2009, p. 253); e essa cooperação, segundo Hart (2009, p. 54, 79), precisa basear-se

⁵ Também existem tais regras para os cidadãos no planejamento de suas vidas privadas, especialmente por meio de contratos. Como aqui o foco é compreender o exercício de poderes pelas autoridades, essa perspectiva do cidadão fica em segundo plano. Sobre regras secundárias e regras que atribuem poderes, ver Hart (2009, p. 11, 37, 65).

⁶ É possível dizer que os agentes já tinham razão para agir voluntariamente; no entanto, sem a autoridade, cada um agiria de modo diverso, o que afetaria a capacidade de coordenação do grupo. Tomada a decisão, alguns agentes podem manifestar preferência por uma solução distinta, mas alguma decisão é melhor que decisão alguma. O exemplo é de Raz (1986, p. 49).

⁷ Deve-se considerar que a maior parte das prescrições jurídicas tem sido comunicada por textos oficiais, e não por comandos diretos.

em regras⁸, pois só assim um agente racional pode voluntariamente nortear suas ações de acordo com uma prescrição jurídica. Mesmo num sistema jurídico extremamente injusto, pelo menos o exército ou a polícia privada do governo tirânico deverá orientar-se conforme os comandos da autoridade no poder⁹.

Assim, há uma condição para a existência de autoridade jurídica que tende a unir positivistas jurídicos com teorias muito diferentes, de Hart a Kelsen (2009, p. 27-28), de Austin (1998, p. 24-26) a Joseph Raz: o Direito é capaz de orientar a conduta discursivamente. O elemento da regra, por outro lado, introduz a noção de *justificação* para o exercício da autoridade. Segundo Gardner (2012), a análise da autoridade moral do Direito é uma questão de segunda ordem sobre a normatividade jurídica; uma questão de primeira ordem seria identificar uma norma jurídica aplicável. Isso é uma questão de fato, de pertencimento e, no máximo, de interpretação; mas sempre se pode questionar se o sistema em que a norma se insere realmente vincula a ação. Essa é a questão da obrigação geral de obediência ao Direito: no campo da ação, as reivindicações normativas precisam poder ser falseadas. No caso das normas, a decisão jurídica volta-se à identificação da norma aplicável – tarefa para os intérpretes do Direito. Para uma questão jurídica de segunda ordem, no entanto, há uma análise logicamente anterior. Lança-se uma pergunta moral, sobre qual é a ação correta (Gardner, 2012, p. 133). Sempre se pode questionar por que uma prescrição obriga nesses dois níveis. Unidas, as teses da capacidade discursiva e da capacidade de justificação comprovam como o Direito é capaz de oferecer razões para a ação de um agente racional disposto a cooperar voluntariamente, o qual pode compreender essas razões e orientar-se por elas¹⁰.

Contudo, o Direito não faz reivindicações *per se*, pois é uma prática que existe apenas nas ações inteligentes dos seus participantes, que obedecem a regras intersubjetivamente conhecidas para agir (Oakeshott, 1975, p. 55-58). Assim, suas reivindicações só se evidenciam pela linguagem que as autoridades usam¹¹. As instituições jurídicas designam-se como autoridades no exercício de suas funções e, na emissão de diretivas para orientar as ações, afirmam ter um direito de fazê-lo e de efetivar a obediência a elas (Raz, 1994, p. 215). Mesmo uma autoridade *de facto* visará convencer ao menos uma camada da população de que suas diretivas se revestem de autoridade. Ela será legítima se realmente for justificada no exercício

⁸ Conforme a distinção estabelecida por Hart (2009, p. 107) entre ser obrigado à força e ter uma obrigação.

⁹ De acordo com Hart (2009, p. 77-78), para haver Direito as autoridades precisam no mínimo aceitar a autoridade da regra de reconhecimento convencionalmente estabelecida. O autor o demonstra com o exemplo da passagem do poder de Rex I para o filho, Rex II, a qual se sustenta num *direito de governar*. Isso ocorre, inclusive, pela aceitação com base no terror imposto aos cidadãos, se Brutus assumir o poder ao usurpar o de Rex I (Hart, 1983, p. 362-363).

¹⁰ Segundo Hart (2009, p. 54, 79), a existência de teóricos do Direito comprometidos com uma explicação da obrigação jurídica baseada na aplicação de sanções pelas autoridades confundiria o papel do Direito com práticas puramente coercitivas.

¹¹ Obviamente, este trabalho não aborda a convenção linguística por meio da qual se representa a ideia de Direito. A ideia está na possibilidade de se compreender uma prática que fornece razões objetivas para a ação. Segundo Raz (2006, p. 325), a teoria do Direito deve investigar a práxis do Direito, e não a palavra Direito.

da sua autoridade prática e oferecer bons argumentos ou uma crença razoável de que suas prescrições estão baseadas em boas razões (Raz, 1994, p. 211). Isso pressupõe a capacidade de efetivamente levar adiante suas tarefas; é condição de legitimidade da autoridade que ela tenha sucesso (real ou provável) ao realizá-las de modo compatível com a garantia das condições necessárias à vida boa. Isso inclui a criação de instituições que auxiliem os cidadãos a regularem suas vidas com liberdade e que contribuam para a manutenção e a expansão de bens comuns, dentre outras tarefas (Raz, 2009a, p. 173, 2009b, p. 170-173). No entanto, a autoridade *de facto* carece da qualidade moral de justificação; por isso, não obriga moralmente (Raz, 1986, p. 26), mas tem todas as outras qualidades da autoridade legítima, tais como a capacidade de coordenação por meio de diretivas, a eficiência na aplicação de suas diretivas, a garantia da ordem etc. Isso leva Raz (1986, p. 23-25) a afirmar que todo sistema jurídico tem pelo menos a autoridade *de facto*, pois só assim pode haver alguma unidade e estabilidade jurídica¹².

A concepção de *autoridade* de Raz (2009a, p. 144-145) pressupõe que os agentes têm razões para ceder o poder de decisão a uma autoridade, em vez de decidir sozinhos sobre todas as questões¹³. Com isso, suas decisões oferecem razões preemptivas às partes: elas têm o dever moral – aparente ou justificado – de ignorar razões que colidam com as contidas na decisão da autoridade e não repetir o processo deliberativo para decidir como atuar. A fim de que a decisão de uma autoridade gere razões preemptivas para a ação, é preciso que se cumpram duas condições que, em conjunto, formam a concepção de *autoridade como serviço* de Raz (2009a, p. 136-137). Primeiro, a tese da *dependência*: as partes devem ser capazes de ver boas razões aplicáveis a elas na decisão jurídica. Essas razões já diziam respeito aos agentes, mas a autoridade facilitou que elas lhes fossem realmente aplicadas: essa é a tese da *justificação normal*. A autoridade pode estar em condição de resolver a situação prática em virtude de seu conhecimento tanto técnico quanto sistemático do Direito aplicável ou de sua capacidade de coordenar múltiplas ações sem as quais certos bens não seriam produzidos, garantidos ou fornecidos aos agentes. Em resumo, por ser reconhecido como autoridade, o Direito torna-se mediador capaz de resolver casos práticos cuja resolução seria impossível ou muito difícil sem ele. Com isso, as partes ficam em melhores condições de obedecer voluntariamente à razão, no momento da decisão e no futuro, sem imposição ou ameaça de sanções (Raz, 1994, p. 213-215).

Existem condições *discursivas* para o exercício da autoridade jurídica: não faz sentido que uma autoridade determine o comportamento de vulcões. Por outro lado, faz sentido a afirmação de que o Direito orienta as ações dos cidadãos, assim como não faz sentido o que não lhes possa ser comunicado. Só tem autoridade sobre eles aquilo que pode reivindicar *discursivamente* a autoridade – e vulcões não têm autoridade sobre pessoas. Em resumo,

¹² Embora possa ser injustificada moralmente, a autoridade *de facto* diferencia-se de um grupo de assaltantes por não exigir simplesmente que se cumpra a sua vontade: ela reivindica o direito de ser respeitada.

¹³ Primeiramente, não é possível decidir a cada instante com boas informações; em segundo lugar, uma autoridade prática permite maior coordenação social.

quem disser o contrário em qualquer desses dois sentidos demonstrará que: a) tem uma compreensão deficiente do conceito de *autoridade* ou de *vulcão*; ou b) está tentando enganar a alguém ao fingir que acredita nisso ou ao fazer uma brincadeira (Raz, 1994, p. 216-217).

Há também condições *justificadoras* da autoridade jurídica. Raz reconhece que existem casos em que o Direito é necessário por ser capaz de produzir uma diferença moral para o raciocínio prático. Esse é o caso, por exemplo, da garantia de um bem comum como o meio ambiente. Se há o costume de se poluir uma área florestal nela realizando churrascos, um indivíduo terá motivo para fazer um churrasco naquela área se tomar como base de sua ação apenas o que os outros nela fazem; embora tenha boas razões normativas para não realizar churrascos naquele local, sua abstenção individual não contribuirá para reduzir a poluição, se não for seguida da coordenação geral. O Direito é uma prática capaz de desfazer esse costume ao gerar incentivos para a ação que conduza ao bem comum – nesse caso, a garantia da proteção do meio ambiente (Raz, 1994, p. 347). Para Raz (1986, p. 35), uma das características centrais das diretivas dotadas de autoridade que permite ao Direito ter qualidade preemptiva é o fato de que se obedece às razões que elas oferecem para a ação, independentemente de seu conteúdo. O argumento é de Hart (1982, p. 254-255) e indica que as pessoas substituirão o legislador se começarem a decidir sozinhas em cada caso sobre o conteúdo da diretiva, e a tese da justificação normal perderá a sua utilidade, pois a coordenação social estará em risco (Raz, 1986, p. 37)¹⁴.

3 A tese da ação sob o pretexto do bem

As autoridades reivindicam legitimidade com a alegação de cumprirem as condições das teses da dependência e da justificação normal – só assim seriam competentes para emitirem razões preemptivas. Contudo, isso revela muito pouco sobre a qualidade moral do exercício da autoridade: autoridades podem estar simplesmente mentindo sobre o bem que buscam atingir no exercício das suas funções; um árbitro pode esconder provas e falsificar documentos para tomar uma decisão de usucapião, ou entrar em conluio com uma das partes; um administrador de uma associação pode desviar verbas para benefício próprio – afinal, a maldade é parte da natureza humana. Contudo, a maldade por meio do Direito pressupõe outro elemento – a capacidade discursiva – em função do fato sociológico da autoridade. As ações das autoridades são *intencionais* porque precisam fornecer aos agentes a crença em razões que justificam a orientação da conduta dos cidadãos pelo Direito. E, como razão adicional a essa razão conclusiva¹⁵, justifica o uso coercitivo da força

¹⁴ Um comando diferencia-se de um pedido, o qual é feito por alguém que não tem nem reivindica autoridade sobre outrem e cria uma razão para agir, que se soma às razões que já existiam, e busca desequilibrar o balançoamento para um dos lados.

¹⁵ Uma razão é *conclusiva* quando revela o que um agente deve fazer, pois não é cancelada nem superada por qualquer outra razão disponível (Raz, 1990, p. 27).

estatal o fato de a autoridade ter emitido uma diretiva sob o pretexto de realizar uma razão ou um bem.

Segundo Wittgenstein (2009, p. 96, tradução nossa), “mentir é um *jogo de linguagem* que é preciso aprender [para jogar] como qualquer outro”¹⁶. E mentir é sempre uma prática *parasítica*: aprende-se a mentir logicamente após o aprendizado da verdade (Winch, 1972, p. 62-63). Algo semelhante ocorre com o uso do conceito de *Direito*, segundo Raz (1994): se uma pessoa comprehende o conceito de *autoridade*, ela só poderá reivindicar ou atribuir a outrem essa qualidade se já tiver dominado o uso do conceito de *Direito*, que pressupõe seguir regras dotadas de autoridade independentemente de seu conteúdo. Como não é faticamente possível que todas as autoridades de um sistema jurídico mintam ou cometam erros sobre esse conceito, o caso normal de autoridade de fato envolve o exercício num grau razoável da aplicação do conceito por meio da reivindicação de *autoridade legítima* pelas autoridades. Raz (1994, p. 217) admite que as autoridades e as instituições nem sempre são confusas em termos conceituais; para o autor (Raz, 2009a, p. 37), as pessoas só conseguem entender que uma diretiva é *jurídica* (e não um *pedido*), se dominarem o conceito de *Direito*:

Não vejo nada de errado em personalizar o Direito. Nós nos referimos ao Direito como impondo requisitos e deveres, conferindo direitos e privilégios, e assim por diante. Essas expressões não são excepcionais. As ações, expectativas e intenções do Direito são suas em virtude das ações, expectativas e intenções das pessoas que ocupam cargos legais de acordo com o Direito; ou seja, sabemos quando e como as ações, intenções e atitudes de juízes, legisladores e outros funcionários legais, quando atuam como funcionários legais, devem ser vistas como ações, intenções e expectativas do Direito. Eles, agindo como autoridades, expressam a demanda e a expectativa de que as pessoas estejam cientes do Direito e que sejam guiadas por ele (Raz, 2009a, p. 38, tradução nossa)¹⁷.

As pessoas comprehendem as emissões de diretivas de autoridades como vinculantes por compartilharem o sentido dos conceitos jurídicos de *direito*, *dever* etc., que se relacionam ao conceito mais amplo de *Direito*. O Direito, como qualquer outra prática, é produto da ação intencional e orientada por propósitos de várias pessoas a interagirem (Raz, 2009a, p. 96). Assim também surgem os conceitos de *árbitro* e de *administrador*: com a interação dos agentes cuja finalidade é resolver conflitos e organizar a fruição de bens individuais ou comuns de um modo que todos possam organizar as suas vidas em conjunto. Da realização

¹⁶ No original: “Lying is a language-game that needs to be learned like any other one”.

¹⁷ No original: “I find nothing amiss in personalizing the law. We do refer to the law as imposing requirements and duties, conferring rights and privileges, and so on. Such expressions are unexceptional. The law’s actions, expectations, and intentions are its in virtue of the actions, expectations, and intentions of the people who hold legal office according to law, that is we know when and how the actions, intentions, and attitudes of judges, legislators, and other legal officials, when acting as legal officials, are to be seen as the actions, intentions, and expectations of the law. They, acting as officials, express the demand and the expectation that people be aware of the law and that they be guided by it”.

dessas atividades com tais intenções finalísticas¹⁸ os agentes conseguem depreender os conceitos de *direito, dever e obrigação* – e disso deriva o direito da autoridade de reivindicar obediência.

Obviamente, a autoridade pode falhar no exercício de suas funções por ser incapaz de exercê-la – por exemplo, um governo extremamente precário – ou por falhar na prática (Raz, 1994, p. 217-218). Governos autoritários tendem a enquadrar-se na segunda categoria, pois são eficientes em impor suas diretivas. Nesses casos, há falhas no cumprimento das teses justificatória ou discursiva da autoridade: ou elas descumprem as condições morais normativas para que suas diretivas tenham autoridade ou está ausente outra condição não normativa ou não moral que é pré-requisito para a autoridade. De acordo com o autor, as condições não morais dizem respeito à habilidade discursiva da autoridade, mas não incluem a *amoralidade* (ou seria a *imoralidade*) entre elas. Embora o regime nazista fosse capaz de comunicar suas diretivas, elas descumpriam a condição da autoridade (Raz, 1994, p. 218), pelo menos quando não emitia comandos secretos que se aplicavam aos agentes sem que soubessem por que estavam sendo punidos¹⁹. Com isso, Raz (1994, p. 218) conclui que em geral o Direito cumpre tipicamente os atributos não morais, dados pela tese discursiva, para comunicar suas diretivas e orientar a conduta de cidadãos.

Porém, como funciona o caso da amoralidade por meio do Direito? Algumas distinções são necessárias aqui para se compreender melhor o argumento de Raz e por que ele não é um positivista analítico clássico²⁰.

3.1 Ação, intenção e conhecimento prático

Raz expõe suas teses sobre a autoridade jurídica com base na afirmação de que criar e aplicar o Direito por meio de diretivas é uma atividade tanto discursiva quanto intencional. O que isso revela sobre o Direito? Afinal, *intenção* parece ser uma categoria psicológica,

¹⁸ Para Raz (2009a), o Direito deriva a sua autoridade da realização com o sucesso real ou provável do fim de garantir da melhor maneira possível a realização de objetivos de vida considerados valiosos por todos os membros da comunidade política, mediante ações intencionais das autoridades. A realização dessa tarefa inclui a criação de instituições que contribuam, por exemplo, para a manutenção e a expansão de bens comuns ou para os cidadãos regularem suas vidas com liberdade.

¹⁹ Fuller (1958) dá o exemplo dos decretos secretos usados pelos nazistas para justificar ações estatais nos campos de concentração, dentre outras atrocidades. Ele afirma que decretos secretos importantes, capazes de invalidar direito tornado público, geravam a insuficiência da condição da *autoridade jurídica* no sistema jurídico nazista, tornando-o injusto. Um agente racional, diante disso, tinha a sensação de que nenhuma lei de fato vinculava, pois um decreto desconhecido podia invalidá-la a qualquer momento (Fuller, 1958, p. 651-652).

²⁰ Considera-se aqui *positivista jurídico analítico clássico* qualquer teórico do Direito que adote a tese de Bentham sobre a separação da teoria do Direito em *expositiva e crítica*; ver Waldron (2001, p. 412-413).

no sentido de que ninguém poderia dizer melhor sobre a intenção de um agente senão o próprio agente²¹.

Imaginem-se dois exemplos. No primeiro, alguém entra numa sala e, ao ver uma pessoa sentada a uma mesa a rabiscar com um lápis uma folha de papel, pergunta-lhe o que está fazendo, e ela responde que está “afetando as propriedades acústicas da sala”. “Essa resposta mostra que teremos problemas de comunicação”, diz Anscombe (1963, p. 8-9, tradução nossa) na obra *Intention*, de 1958. O exemplo mostra a diferença entre *motivos psicológicos* e *razões para a ação*: aquela justificativa não é inteligível naquele contexto, pois não se ajusta a padrão algum razoável e disponível para a compreensão do seu intento²². Para saber a intenção de alguém, é mais seguro simplesmente verificar o que ela está fazendo, em vez de procurar entender seu motivo psicológico (Anscombe, 1963, p. 52-53); se essa descrição se enquadra em algum padrão convencional e intersubjetivo que se pode entender, provavelmente se alcançará a resposta certa (Anscombe, 1963, p. 29)²³. Todavia, caso alguém não consiga enquadrar a resposta da outra pessoa num padrão racional de ação, pode questioná-la sobre o porquê de ela ter decidido fazer aquilo numa sala de aula e com lápis e papel. Se ela não der uma resposta adequada à pergunta, é possível duvidar de sua sanidade mental; ela provavelmente é irracional ou está pregando uma peça, pois age de modo voluntário, mas sem uma intenção inteligível para terceiros (Anscombe, 1963, p. 30)²⁴.

Segundo exemplo. Uma cidade tem seu abastecimento de água envenenado por uma toxina. Algumas pessoas morrem, inúmeras vítimas são hospitalizadas e os governantes declaram a situação de calamidade pública. Uma câmera de segurança registra um trabalhador despejando uma substância num poço da central de abastecimento da cidade. A polícia pergunta-lhe se sabia o que estava fazendo e ele responde que só queria ganhar o seu salário. Diante dessa resposta, pode-se identificar o superior que lhe tenha ordenado envenenar a água ou indagar se tal ação realmente fazia parte do contexto da sua atividade; mas, se esvaziar um frasco com estricnina num reservatório público de água potável não faz parte da sua atividade laboral, existem bons motivos para se afirmar que ele está mentindo sobre as suas intenções.

²¹ Segundo essa concepção, que se pode chamar *internalista*, intenções seriam estados mentais verificáveis apenas pelo próprio agente. A motivação de qualquer ação teria de ser causada por um estado mental produzido por um sentimento ou por uma indução externa, e gerar a intenção de fazer algo. Toda ação poderia ser descrita nesses termos, e leis gerais poderiam explicar como se forma essa relação causal entre sentimentos, emoções, estados mentais intencionais e ações. Um problema dessa concepção estava em que ou não há livre arbítrio, e toda ação está pré-determinada por causas que reveláveis por verificação empírica (o que nunca foi provado); ou essa concepção ignoraria a complexidade do fenômeno da ação, permeado de incertezas e exceções. Ver Winch (2020, p. 110-115).

²² A não ser que se conheça muito bem a pessoa e se saiba que ela está fazendo algo muito diferente, que se poderia enquadrar na descrição da ação de “inventar um novo instrumento musical com folha de papel e lápis”; ou talvez ela esteja apenas fazendo uma piada ou dando um exemplo filosófico.

²³ É anormal perguntar se uma pessoa que atravessa a rua o faz com essa intenção. Sabe-se de pronto que é isso que ela está fazendo, dado o entorno da sua ação, bem como sua provável resposta a uma pergunta sobre o porquê de ela fazer isso.

²⁴ Ações para as quais a resposta é “agi sem razão alguma” ou “simplesmente senti que queria fazê-lo” são exemplos de ações voluntárias e iracionais ou não intencionais.

Há três modos de se apreender uma razão para a ação com o fim de verificar se ela se justifica. Uma resposta à pergunta hipotética *por quê?* pode: a) fornecer uma história que explique um fato passado; b) propiciar a interpretação de uma ação; ou c) mencionar algo que se pretende realizar no futuro. Esses três tipos de expressões de intenção podem existir mediante três formas lógicas: como *intenção no passado*, como *intenção para o futuro* ou como um motivo geral²⁵. Há um motivo geral no sentido de propor que uma ação seja vista “sob certa luz”, e pode ser realmente muito subjetivo, pois depende do que motivou aquele agente naquelas circunstâncias (Anscombe, 1963, p. 20-21). Esse tipo de motivo pode mesmo virar uma *intenção para o futuro* se o agente se deixar dominar pelo motivo psicológico. Ainda assim, ele dificilmente virá no futuro na forma de causa mental, aproximando-se mais de um “princípio” pessoal do agente (Anscombe, 1963, p. 22).

No caso do suspeito mentiroso, importa não reduzir sua ação à autodescrição dos seus estados mentais, pois de fato há muitos modos como as pessoas podem descrever as próprias ações e estados mentais. Mais que isso: uma ação como *bombear água* pressupõe inúmeros passos até se chegar à ação que de fato se realiza; o suspeito contrai músculos, pega uma ferramenta, levanta uma manivela etc. Parece que cada movimento é uma ação particular com uma intenção específica. Entretanto, cada um desses movimentos serve de meio para um fim, e alguns fins servem de meios para outros fins; e, caso o agente seja racional, deve haver uma intenção final no encerramento da cadeia que mostre por que essa ação é desejável ou atrativa. O que define esse aspecto é a noção de *bem*: há uma característica de *desejabilidade* da ação que unifica esses movimentos e confere-lhes um sentido final (Anscombe, 1963, p. 40); tal característica dá unidade à ação e a seus passos intermediários (Anscombe, 1963, p. 46-47)²⁶. Pode-se submeter essa unidade a um teste para se verificar a intenção do agente com base nos elementos intersubjetivos que conferem sentido à ação. Não se pode querer qualquer coisa (Anscombe, 1963, p. 68): um agente racional deseja e, em suas ações, é atraído por algo que considera bom para si. A premissa geral do seu silogismo prático pressupõe essa forma lógica ao sempre conter algo de bom (Anscombe, 1963, p. 70-71). É claro que o agente pode cometer erros nas suas ações (Anscombe, 1963, p. 49): o trabalhador suspeito pode ter sido convincentemente enganado por outra pessoa de que o frasco de estricnina continha, na verdade, apenas cloro e flúor. O ponto geral é: toda ação racional e intencional presume uma característica de *desejabilidade* na premissa geral do silogismo prático, cuja conclusão natural é uma ação que faz sentido por referência a um padrão.

Neste estudo, presume-se que no Direito não se admitem ações irracionais das autoridades. Sempre se podem exigir justificativas para suas decisões que sejam controladas

²⁵ Poder-se-ia acrescentar a *intenção na ação* como forma corporificada de exprimir uma intenção, mas ela não necessariamente permite a aplicação do método do *por quê?*.

²⁶ Não se trata de não poder analisar cada movimento intermediário como uma ação em si mesma: a análise de uma ação depende da perspectiva adotada. Nesse caso, deseja-se entender a ação *bombear água envenenada* e, por isso, não basta analisar os passos intermediários de modo isolado sem referência ao fim mais amplo.

discursivamente. Desse modo, é possível também aplicar às ações jurídicas o modelo de controle da ação intencional proposto por Anscombe. Dessa forma, Raz tem razão em presupor a reivindicação de legitimidade como condição do exercício da autoridade jurídica; assim, toda diretiva particular é presumida como direcionada à realização de algum bem que faz sentido buscar por meio do Direito. Emitir comandos às marés, por exemplo, é uma expressão de intenção que visa a um bem, mas que não é racional no campo do Direito, pois é consabido que “não se cria Direito senão por meio de atos realizados com o conhecimento de que eles criarão uma lei. E não se pode criar uma lei intencionalmente se se estiver totalmente no escuro quanto à lei que se está criando” (Raz, 2009a, p. 120, tradução nossa)²⁷.

3.2 O primeiro princípio da razão prática

Segundo Anscombe (1963, p. 74), não é ilógico dizer que “há bem em se fazer o mal” ou que “o meu bem é mal”. A afirmação gera perplexidade, pois, dada a prevalência das ciências empíricas na modernidade, espera-se que qualquer fato objetivo disponha da possibilidade de ser verificado empiricamente. Se se afirma que o objetivo de toda ação é ser *boa* de certa forma, empiricamente se procurará ver o bem realizado em toda ação, como se fosse um fato bruto. Então, como se pode entender essa tese?

Para teóricos da ação adeptos de uma concepção clássica de *razão prática* (Foot, 2001, p. 81-98)²⁸, como Anscombe e Raz, toda ação racional e intencional busca obter algo. Anscombe (1963, p. 67-68) define *tentar obter* como o sentido mais primitivo de vontade: não se pode querer algo que não se busca de modo algum. Trata-se do que Grisez (2007, p. 186) denomina *primeiro princípio da razão prática*, a ideia de que certa ação só é inteligível com base no seu bem, isto é, naquilo que direciona o agente a certo bem. É o bem que faz surgir a intenção: ele há de ser feito e o mal há de ser evitado (Raz, 1999, p. 26, 46-47). Trata-se de um princípio análogo a princípios básicos e indedutíveis do conhecimento teórico, como o da *não contradição*: tudo que se conhecer depois em seus respectivos campos será um acréscimo à inteligibilidade dessas determinações²⁹.

A *verdade* é o objeto do juízo, do conhecimento teórico, e o *bem* é o objeto do querer, do conhecimento prático. A conexão conceitual entre *desejo* e *bem* é comparável à conexão entre *juízo* e *verdade*, mas não é simétrica a relação entre os pares de conceitos. Nos juízos sobre fatos, atingir a finalidade do conhecimento teórico não depende da perspectiva do agente

²⁷ No original: “One does not make law except through acts committed in the knowledge that they will make law. And one cannot make law intentionally if one is totally in the dark as to which law one is making”.

²⁸ Segundo essa concepção, os bens da ação são múltiplos e integrados sob o conceito de *eudaimonia*; dentre outros atributos intelectuais, exigem a virtude da *phronesis* para se tornarem compatíveis em cada ação particular.

²⁹ O princípio da *não contradição* não gera os demais princípios teóricos por dedução, e normalmente só é citado em argumentos *ad absurdum*. Por exemplo: a descoberta de que a Terra não pode ser o centro do universo porque orbita ao redor de uma estrela torna contraditória uma compreensão da Física alicerçada nessa premissa; assim, apenas uma das duas teorias pode ser verdadeira – o que conduz ao princípio do *terceiro excluído* (Grisez, 2007, p. 186).

sobre aqueles porque podem mostrar-se falsos depois da verificação empírica. Entretanto, a ação sob o pretexto do bem não depende da comprovação do bem para ser racional, mas da perspectiva do agente que se motiva pelo bem: “quando estamos explicando a verdade como um predicado de juízos, proposições ou pensamentos, temos que falar de uma relação com o que é realmente assim, não apenas com o que parece ser assim para a mente julgadora” (Anscombe, 1963, p. 76, tradução nossa)³⁰. O agente pode conceber um bem falso, mas precisa ser uma forma de bem dentre as possíveis para que se considere inteligível a sua ação (Anscombe, 1963, p. 76-77). Por isso, Raz (1999, p. 30) afirma que a inteligibilidade da ação depende de como as coisas apareciam para o agente ao tempo da ação; ou seja, a justificação ou a avaliação depende de como elas realmente eram.

Há uma diferença conceitual entre ações tomadas com diferentes contornos de bem, conforme aparecem ao agente racional. Interessa pensar nesses casos como tipos ideais e distinguir entre as ações do Irracional, do Cínico ou Acrático Contumaz e do Imoralista. O Irracional age sem saber por quê: “apenas ajo”, ele diz. Suas ações podem ser avaliadas como voluntárias e, por isso, responsabilizáveis, sobretudo em casos em que se pode mostrar como ele se colocou em ignorância. Ora, uma autoridade estatal tem responsabilidades conhecidas por todos e muito relevantes para se determinarem seus deveres especiais; portanto, os papéis sociais ajudam a entender o grau dessa responsabilidade (Anscombe, 1981b, p. 8-9). De modos diversos, o Cínico e o Acrático Contumaz incorrem na mesma forma lógica de ação sob o pretexto do bem. O Cínico define como princípio das suas ações não seguir regra alguma (Winch, 2020, p. 85-86); ou ele é tão descrente no valor das instituições que decide sempre agir com base no próprio interesse. O Acrático Contumaz, por sua vez, deixa-se levar por algum estado mental que o guia em toda a ação; por exemplo, um agente licencioso pode decidir agir sempre na busca da realização de seus apetites, porque sentiu-se bem quando assim agiu em algumas circunstâncias (Anscombe, 2005, p. 66-67), e o que era um motivo psicológico torna-se um princípio (Anscombe, 1963, p. 22). Tanto um quanto outro agem por um bem na ação, mas ele é definido pessoalmente com base em motivos gerais *seus*³¹. Por fim, o Imoralista é quem toma o mal como seu bem – o mal torna-se seu princípio de ação; por isso, sobre ele é lógico dizer que “o mal é o seu bem”, embora haja outros casos semelhantes que ainda apresentam certo grau de irracionalidade sem fornecer contraexemplos definitivos à TAPB.

³⁰ No original: “Whereas when we are explaining truth as a predicate of judgments, propositions, or thoughts, we have to speak of a relation to what is really so, not just of what seems so to the judging mind”.

³¹ As ações do Cínico e do Acrático Contumaz, por conseguinte, só serão inteligíveis se alguém os conhecer muito bem ou se elas se encaixarem em padrões conhecidos – como o universitário anarquista ou o ebrio habitual, respectivamente. Esse fato não afasta a sua responsabilidade por aquilo que razoavelmente deviam saber.

4 O argumento da maldade no Direito

É possível questionar-se: o que a teoria da ação tem a ver com a teoria do Direito e a autoridade jurídica? No final da seção anterior, comentou-se sobre a ação, a intenção e a possibilidade de o mal “ser o bem” de um agente; contudo, e se esse agente for uma autoridade jurídica? Há uma crítica comum direcionada à tese da conexão necessária entre o conceito de Direito e a moral. Segundo Hart (2009), a teoria do Direito deveria manter-se geral e descriptiva, dado que a fusão entre Direito e moral impediria uma análise adequada de sistemas jurídicos injustos. Sem a tese da separação, Hart (2009, p. 271-272) acreditava que se perderia a postura crítica da teoria do Direito em relação ao Direito positivo. Além disso, considerava absurda a associação de qualquer elemento normativo ao conceito de Direito, pois era óbvio para ele que muitos sistemas jurídicos obrigavam, mas ao mesmo tempo não eram justos. Em todo sistema jurídico particular, os agentes respondem de diversas formas às regras (Hart, 2009, p. 332). Neste estudo, enfatiza-se esse segundo aspecto da defesa de Hart da tese da separação entre Direito e moral, pois ela é atacada frontalmente pela TAPB.

Segundo Hart (2009, p. 115), existem membros do grupo que se relacionam com as regras como se fossem “observadores”, pois eles mesmos não as aceitam. Esse pode ser o ponto de vista da vítima – um agente racional oprimido pelo sistema jurídico e sem forças para reagir aos abusos impostos pela coerção estatal – ou do malfeitor, o “homem mau”, que age conforme as regras somente quando elas coincidem com seus interesses (Hart, 2009, p. 260). Apenas por temor, as “vítimas” seguem o Direito, entre cujas características está a possibilidade de que o poder coercitivo passe a ser usado para subjugar os demais (Hart, 2009, p. 251-252). De acordo com o autor, é plenamente cabível a coexistência desses pontos de vista com o Direito capaz de orientar a ação do “homem ignorante e confuso”, visto que é condição mínima de existência do sistema jurídico as autoridades aceitarem a regra de reconhecimento. Elas o fazem implicitamente quando declararam certas diretivas válidas perante um conjunto identificável de critérios de validade (Hart, 2009, p. 138-139). E os cidadãos só precisam obedecer às diretivas (Hart, 2009, p. 81). Mesmo entre as autoridades, não é necessário que tal aceitação se fundamente em nada além da convergência de comportamentos: uma autoridade pode obedecer à regra de reconhecimento simplesmente por receio de represálias de seus pares, da mídia etc. (Hart, 2009, p. 116). Desse modo, a identificação com razoável certeza de que as normas são juridicamente válidas num sistema não precisaria relacionar-se com qualquer reivindicação de legitimidade. As autoridades aceitam a regra de reconhecimento como paradigma para sua ação como consequência da vontade de mantê-la, o que pode ocorrer por várias razões – muitas delas não morais (Raz, 1990, p. 148). A partir do momento em que as autoridades oficiais começam a aplicar o mesmo critério, amplia-se a coordenação estatal e há cada vez menos razões para se desobedecer a seus comandos (Postema, 2011, p. 494-496). A regra de reconhecimento

em Hart (1982, p. 144) surgiria tão só da capacidade de coordenação das autoridades para concordar sobre os critérios de validade nas suas decisões.

Hart rejeitava a tese da justificação da autoridade de Raz por discordar de que as autoridades agissem reivindicando legitimidade. Elas podem aderir à prática estabelecida de julgar conforme ao Direito que consideram válido e ter apenas as razões geradas pelo cargo que ocupam para obedecer à regra de reconhecimento (Hart, 1982, p. 158-159). Alguém indicado para ocupar uma vaga no Supremo Tribunal Federal (STF) poderia simplesmente obedecer ao acordo que os outros dez ministros mantinham sobre como interpretar a Constituição; e essa obediência pode ocorrer por respeito à tradição da Corte, por receio de enfrentar a maioria ou por mero interesse. Com isso, explicar-se-ia como algumas autoridades aceitam uma regra de reconhecimento sem concordar com ela por razões morais, ao mesmo tempo em que atuam de modo conivente com a injustiça do sistema. Afinal, numa ditadura militar, denúncias de tortura que chegam às cortes podem ser ignoradas (Pereira, 2005, p. 2-3)³²; se isso ocorre, alguma autoridade deu a ordem ou, no mínimo, permitiu que se instaurasse tal situação, como se pode afirmar sobre os esquadrões da morte no Brasil e sobre os desaparecimentos forçados na Argentina (Pereira, 2005, p. 3-4). No Brasil, também houve o elemento do enquadramento (*courtpacking*) (Carvalho, 2017, p. 7-11)³³, isto é, a ditadura interveio na composição do STF para atacar sua imparcialidade (Paixão; Barbosa, 2008, p. 58). Certamente as medidas adotadas abalaram o moral dos ministros que permaneceram no cargo³⁴, os quais, em questões sensíveis para o regime, deveriam decidir em prol dos detentores do poder.

É importante testar os argumentos da TAPB e contrapô-los à visão de um teórico da ação que não adere a ela. Ademais, é curioso notar que a negação da TAPB envolve aderir à ideia de que uma autoridade jurídica pode aderir ao direito para ser mal. Michael Stocker conferiu substratos para a concepção de Direito convencionalista de Hart e atacou Raz por outro flanco, o da teoria da ação. Stocker (2004) retoma uma tese muito parecida com a de Hart sobre ação e motivação; ele apresenta basicamente dois desafios à tese geral de Raz sobre a ação: a de que toda ação, para ser inteligível, precisa envolver a crença ou a aparência de crença, no caso de um comando, na realização de um bem. Aqui tais desafios denominam-se: a) desafio da *neutralidade*; e b) desafio da *maldade pura*. Com isso, busca-se mostrar que a crença na bondade da ação é irrelevante para sua inteligibilidade (Stocker, 2004, p. 323). Se estivesse correto, Stocker ajudaria a explicar o positivismo que desvincula Direito e moral.

³² No caso *Brandt*, o STF manteve condenação de Vinícius Oliveira Brandt à prisão por roubo e organização política clandestina com base em suas filiações a grupos de esquerda armada; no entanto, não considerou em sua decisão as alegações de que ele fora vítima de tortura (Pereira, 2005, p. 2-3).

³³ A ditadura aumentou o número de vagas no STF em 1965 por meio do Ato Institucional nº 2. Em 1969, ela aposentou à força três ministros contrários ao regime. Sobre o *courtpacking* como prática subinstitucional de autoridades (eleitas ou não) para assegurar seu poder e evitar interferência e controle judicial, ver Chavez (2008, p. 66-67).

³⁴ Se é que já não restavam na Corte apenas os ministros alinhados com o regime.

4.1 O desafio da neutralidade

A intenção geral de Stocker (2004, p. 310) é mostrar que a ação intencional e voluntária pode ocorrer com a apresentação de razões que não se relacionam com alguma crença na realização de um bem por meio da ação – como *justiça, amor, amizade, liberdade* etc.³⁵. Sob a perspectiva que ele rejeita e à qual associa Raz, toda ação precisa fundar-se numa razão *F*, e o agente, para agir de modo intencional e racional, precisa crer que essa razão é *boa* naquela circunstância particular. Contudo, há muitos casos em que simplesmente se toma uma decisão sem qualquer referência a uma propriedade *F*; se decide ler um livro, uma pessoa pode justificar que isso é necessário por uma obrigação de trabalho, ainda que o faça claramente a contragosto (Stocker, 2004, p. 306).

Como há graus de neutralidade na ação, é preciso diferenciar ações *intencionais e voluntárias* de ações apenas *voluntárias*. Se uma pessoa começa a quebrar pratos e, questionada sobre o porquê disso, responde que “simplesmente sentiu vontade”, essa ação é apenas voluntária, pois não se apresenta motivo algum para aquele comportamento. Se num Estado de Direito não se esperam tais ações de autoridades, podem-se desconsiderar esses casos nesta análise (Stocker, 2004, p. 310). Em princípio, ações totalmente ilógicas também podem ser excluídas (Stocker, 2004, p. 315)³⁶.

O exemplo das obrigações sociais ocorre por referência a fatos que mobilizam e atraem num sentido, mas *congelam* em outro. Alguém talvez não tenha vontade ler certo livro; em vez de enfrentar, por exemplo, *Engaging reason*, de Raz (1999), um livro complexo e exigente, talvez preferisse ler poesia ou contos de Machado de Assis. Nesse tipo de caso, identifica-se o bem, mas não há energia suficiente para perseguí-lo. Assim como alguém deixar de ler certa obra pode custar-lhe o emprego, um juiz que se deixa levar pelas ameaças da ditadura militar e ignora denúncias de tortura contribui para naturalizar uma prática horrenda. Há estruturas psicológicas que interferem na motivação de qualquer agente, como o humor, a energia, o interesse (Stocker, 1979, p. 739). Até o cansaço corporal ou mental pode causar essa fraqueza da vontade; e a depressão é o exemplo extremo disso: o bem não atrai de modo algum, mesmo que o agente o identifique (Stocker, 1979, p. 744).

Para Stocker (1979, p. 744-745), é um elemento comum da fraqueza de vontade que ela permita que se identifique a crença na atração pelo bem na ação, mas apenas para os outros. Ou seja, o bem nem sempre atrai para a ação: não raro, age-se por motivos meramente convencionais, habituais ou quase passivos, exatamente como Hart concebeu a atuação de muitos juízes em sistemas jurídicos injustos. Em corte coagida por uma ditadura, a única

³⁵ “I mention these *Fs* because they are often enough cited as making for intelligibility. I have in mind such claims as ‘I did that because I thought justice required it’, ‘I did that because my elders told me to’, ‘I did that because my conscience required it of me’, ‘I did that because I thought it good’, ‘I did that because it was pleasant’, and ‘I did that because I love her’” (Stocker, 2004, p. 310).

³⁶ Se John é xenófobo, mas doa dinheiro para os pobres, “simplesmente porque isso parece adequado”, sem recorrer a nenhuma convenção ou pressão social, isso é inteligível? Stocker supõe que é possível uma ação sob tal motivação, mas ela seria irracional, embora voluntária.

razão para a ação de um ministro seria fazer “o que os outros fazem” (Anscombe, 1963, p. 23-24)³⁷. O agente pode saber o que é bom para si e para os demais, mas “somente num determinado contexto presumido de humor e interesse do agente, a citação do bem (em que se acredita) torna um ato inteligível” (Stocker, 1979, p. 746, tradução nossa)³⁸.

Stocker identifica um segundo nível de neutralidade na ação, que ainda é racional. Trata-se do *egoísmo metafísico*: o agente tem alguma crença que exclui a possibilidade de se ver atraído por ações que realizem o bem para algum ou alguns grupos, mas ainda consegue realizar o bem para outras pessoas. É claro que essas pessoas podem ser apenas as que pertencem ao seu próprio grupo: é o caso do nacionalismo, do racismo, do *familismo* etc. Uma ação é boa somente se puder sê-lo para si ou para seu grupo, e o bem para o *outsider* é ignorado. Talvez o melhor exemplo disso no Direito seja o regime nazista, em que vigia um sistema jurídico dual: aplicava-se de modo respeitoso o *rule of law* somente para cidadãos alemães arianos ao mesmo tempo em que era usado para exterminar judeus ao excluí-los da condição humana (Dyzenhaus, 2022, p. 322-325). Pode haver também o *egoísmo avaliativo*: o agente que vê valor para pessoas além de si e do seu grupo, mas de modo algum é atraído por ele (Stocker, 1979, p. 745). Nesse caso, enquadra-se o “juiz anarquista”, exemplo levantado por Raz (1990, p. 148): um egóísta avaliativo pode infiltrar-se no Poder Judiciário e tomar decisões justas tão somente para alcançar fins pessoais – seja porque lhe geram algum benefício imediato (o que ocorre em casos como o de corrupção), seja porque no longo prazo ele pode assumir postos mais importantes na burocracia judicial e alcançar eficientemente seus fins.

Os exemplos de adesão passiva a obrigações sociais lembram muito a fundamentação convencionalista do Direito em Hart. Em virtude da ausência de energia ou de motivação, o agente conforma-se a regras estabelecidas, sem vislumbrar qualquer bem em tais ações. Nos casos de egoísmo, há a atração pelo bem, mas em certos casos ele é excluído em nome de considerações puramente instrumentais. Nessas circunstâncias, ele age apenas com crença em fatos: “se a parte demandante é judia, ela não tem direitos; então, devo julgar conforme a lei x de exclusão de cidadania”; ou “se eu, hoje juiz, tomar a decisão x, no longo prazo chegarei ao cargo de ministro e terei benefícios y e z”. Essas decisões não se referem diretamente a bens como motivação da ação, mas a fatos. No entanto, é óbvio que só fazem sentido porque entende-se que há certos bens por trás das ações: no caso convencionalista, o agente preocupa-se apenas com sua preservação física. O bem que torna inteligível sua ação é “não ter problemas com as autoridades dotadas de poder suficiente para me imporem consequências desagradáveis” (Anscombe, 2005, p. 147-148, tradução nossa). No caso de egoísmo metafísico, há um erro conceitual do agente que precisa ser esclarecido, embora ele acredite que haja um bem a perseguir, o dos membros do seu grupo. Por fim, o egóísta

³⁷ Anscombe deixa claro que esse tipo de resposta conta como razão para a ação que a torna inteligível.

³⁸ No original: “[O]nly against a certain assumed background of agent mood and interest does citing the (believed) good make an act intelligible”.

avaliativo presume uma condição discursiva nas suas ações que o faz perseguir um bem – o seu próprio bem.

Nenhum dos exemplos de Stocker presentes no desafio da neutralidade refuta a TAPB, pois em todos os casos citados há um bem envolvido na ação, visto como propriedade capaz de tornar a ação atrativa para o agente – mesmo que um teste de verificação externo à perspectiva do agente demonstre que, embora inteligíveis, suas ações eram extremamente injustas. O agente “fraco psicologicamente” assemelha-se ao tipo ideal do Acrático Contumaz, ao passo que os egoístas avaliativo e metafísico se enquadraram no tipo ideal do Cínico, que adere a princípios tomados de sua perspectiva sobre o bem fundado em motivos gerais, psicológicos e subjetivos sobre o que consideram bom fazer.

4.2 O desafio da maldade pura

O segundo desafio de Stocker apresenta-se sob duas formas. A primeira pressupõe alguma crença do agente na realização de um bem mediante sua ação. Esse caso aproxima-se dos exemplos anteriores de ação, mas a sua justificação não é neutra, pois envolve a crença num bem, embora na verdade a ação se mostre como a realização de pura maldade. Essa versão pode ser denominada *tese fraca da maldade pura*. A segunda versão ocorre quando o agente crê ter escolhido realizar o mal; trata-se da *tese forte da maldade pura*.

Na versão fraca, o agente forma estados intencionais com base na crença de ter razões para agir de certo modo. Contudo, na realidade, sua ação pode sofrer críticas por não haver razões suficientes para sua crença ser considerada justificada, de tal modo que o agente incorreria na realização da maldade mesmo crendo que fazia o bem (Stocker, 2004, p. 309). As ditaduras do Cone Sul fundamentaram muitas de suas ações em valores que se podem considerar objetivamente válidos: é inegável, por exemplo, que a segurança nacional seja um bem relevante e que mereça defesa. No entanto, a doutrina da segurança nacional no Brasil justificou tanto a tortura de pessoas consideradas “inimigas” do regime por reivindicarem eleições democráticas e abertas, quanto a censura da imprensa e violações do devido processo legal na perseguição de “inimigos internos” do regime³⁹. Algo semelhante se pode afirmar sobre extremistas que consideram justo o ato de matar quem não concorda com sua crença: julgam-no tão justo que ele legitimaria atrocidades contra pessoas com outras crenças. Para Stocker (2004, p. 309), a versão fraca já serviria para justificar a ausência de conexão entre a ação e o valor ou o bem.

Stocker vai além. Grandes exemplos contra a TAPB seriam os casos em que há uma ruptura entre a preocupação do agente com algum bem e o seu desejo. Se o agente deseja machucar alguém porque está com raiva, esse sentimento poderia conferir inteligibilidade à ação (Stocker, 2004, p. 316). Mesmo sentimentos bons poderiam sofrer algum tipo de

³⁹ Segundo Schinke (2015, p. 696-697), a doutrina da segurança nacional tinha forte aspecto moral. Ela “foi capaz de unir o viés de elitismo político, através da pregação de uma crença nos objetivos nacionais, com a imposição da força, como instrumento necessário para garantir que tais finalidades fossem alcançadas”.

corrupção que explicasse por que um agente racional considerou justificadas as ações más (Stocker, 2004, p. 309-310). Entretanto, haveria casos em que um agente racional atua intencionalmente sem consideração por bem algum. Tome-se como exemplo a tortura: defensores da tese do pretexto do bem diriam que há alguma crença num bem a intermediar ação e desejo, como o poder, o prazer etc. (Anscombe, 1963, p. 73); contudo, Stocker (2004, p. 323, tradução nossa) afirma não crer “que estejam corretos. Assim como ajudar o outro pode ser o objeto direto e adequado dos desejos e apetites, prejudicar os outros também pode”. É como se certos agentes fossem tomados de tal maneira por circunstâncias sociais que sua estrutura psíquica os torna indiferentes a qualquer avaliação moral (Stocker, 1979, p. 749).

Imagine-se que certo agente estatal de uma ditadura decidiu torturar alguém suspeito de pertencer às forças opositoras do regime. Um defensor da tese do pretexto do bem diria que o agente o fez por prezar outros bens, como a segurança nacional; mas Stocker considera que um sopesamento entre, por exemplo, a segurança nacional e o respeito ao opositor é implausível no caso de um agente indiferente à avaliação moral. Correto seria dizer que ele torturou o opositor simplesmente porque achou que “ele merecia” (Stocker, 1979, p. 743). Talvez, o agente estatal também quisesse apenas mostrar o quanto não se importa com a dor alheia (Stocker, 2004, p. 323):

Essas pessoas, em áreas maiores ou menores – talvez apenas em relação ao ato em questão – não se preocupam em moralizar ou racionalizar suas ações. Para elas, “eu poderia me safar” ou “assim ganhei uma vantagem sobre ele” ou “ele me prejudicou, então eu o prejudiquei em troca” ou “eu estava entediado” ou “eu não estava recebendo atenção suficiente”, tudo isso é inteligível. Mas muitas delas envolvem motivos ruins, e nenhuma precisa envolver motivos bons (Stocker, 2004, p. 324, tradução nossa)⁴⁰.

Embora a preocupação com o valor seja necessária para a vida em sociedade, Stocker não crê em que ela seja *logicamente necessária* para a inteligibilidade da ação humana. Com isso, abre-se um flanco para uma crítica juspositivista à TAPB, com a possibilidade de manutenção da cisão do vínculo entre Direito e moral – ou entre autoridade *de fato* e autoridade *legítima* – dada a ausência de nexo lógico entre a ação e a realização de algum bem. Segundo Stocker (2004, p. 326), a diferença fundamental estaria na separação entre o que é *atrativo* e o que é *bom* na ação: quando adquirem poder e influência, agentes insensíveis às várias formas de *bem* e *justiça* – como costumam ser ditadores e torturadores – podem manter um regime jurídico sem qualquer reivindicação de estarem realizando a *justiça* por meio do Direito.

⁴⁰ No original: “These people, in larger or smaller areas – perhaps only in regard to the act in question – are not concerned to moralize or rationalize their actions. For them, ‘I could get away with it’ or ‘I thus gained an advantage over him’ or ‘He harmed me, so I harmed him in return’ or ‘I was bored’ or ‘I wasn’t getting enough attention’ all make for intelligibility. But many of them involve reasonsbad, and none need involve reasonsgood”.

5 A autoridade do Direito sob o pretexto do bem

A tese de Stocker presume, assim como entende Hart sobre a ação de autoridades no contexto jurídico, que a ação intencional se conecta com uma qualidade que torna a ação atrativa. No caso de Hart, essa atração poderia configurar-se meramente por fatos sociais: as autoridades de um tribunal poderiam simplesmente notar que sofrerão consequências desagradáveis se não aderirem à prática nele estabelecida. Pode-se reduzir a atratividade nesse caso ao autointeresse ou ao desejo de autopreservação. Stocker concorda com isso e acrescenta: as autoridades podem agir não só com base em razões neutras desse tipo e de outros, mas também por razões derivadas da maldade pura. Contudo, pode-se questionar se isso realmente é possível sem que antes tal agente comprehenda o bem que confere sentido ao Direito para guiar-se por ele.

A TAPB rejeita os dois desafios. Segundo Grisez (2007, p. 192), é *autoevidente* o primeiro princípio da razão prática⁴¹. Como nem todas as coisas são desejáveis por uma pessoa racional, confirma-se que a mobilização da vontade rumo a certos fins só ocorre em direção ao que conta como atrativo. O primeiro princípio da razão prática configura-se, pois, na máxima “*buscar o bem e evitar o mal*” (Grisez, 2007, p. 185)⁴². Há nesse argumento um salto lógico em relação ao que afirmam Stocker e Hart, que desvinculam *ação* e *bem*, e separam *bem* e *atração*. Convém, pois, examinar o problema das suas concepções de *ação*.

O Direito é uma prática que visa a regular a ação e a garantir o acesso de todos os cidadãos a bens necessários para seu desenvolvimento individual com autonomia e liberdade. Contudo, as práticas normativas não o fazem com base em razões para crer em fatos que provavelmente ocorrerão; é preciso que boas razões para a ação fundamentem sua *desejabilidade*. Raz assinala que uma convenção social tão somente afirma como as pessoas provavelmente agirão no futuro, o que se torna uma razão para a crença num fato. Nada nessa proposição denota razões para crer em que a convenção seja boa ou valiosa (Raz, 1986, p. 30-31); ela apenas revela que um grupo de autoridades tem meios para coagir os indivíduos a fazerem o que se deseja (Raz, 1986, p. 24)⁴³. Porém, a concepção de autoridade de Hart é falha por apoiar-se somente em razões convencionalistas para a ação, as quais são apenas crenças em fatos, pois um agente racional sob o jugo autoritário pode aderir ao fim de realizar a vontade dos detentores do poder como única justificativa para as suas ações, ao passo que o Direito exige bem mais que isso (Raz, 1994, p. 212). Assim, o Direito

⁴¹ Sem o primeiro princípio não há ação intencional, pois nenhum agente racional se mobiliza para uma ação antes de aprender a relacionar-se com seu ambiente para satisfazer a inclinações naturais. Com base na indução e na observação de regularidades naturais no mundo, o agente passa a usá-las como fatos que fundamentam a escolha dos meios para realizar os fins que o mobilizam.

⁴² Esse princípio da ação é o primeiro porque: a) é evidente para todos, mesmo se as pessoas o ignorarem ou neguem; e b) não se pode deduzi-lo de outro princípio.

⁴³ Raz (1986, p. 50-51) concorda com Stocker sobre a possibilidade de o apego de um agente racional ao conteúdo de convenções sociais injustas decorrer de sua fraqueza da vontade. O cansaço psicológico ou a mera impossibilidade de reação perante a coerção, como a de uma organização coercitiva, pode oferecer razões substantivas para a adesão a certas regras sociais.

não é uma instituição baseada somente na coerção pura e direta, pois também deve cumprir a tarefa de permitir que os agentes racionais sob o seu comando vejam no cumprimento do Direito positivo outros fins mais complexos e anteriores à mera obediência à vontade do detentor do poder⁴⁴.

Superada a primeira parte do desafio da neutralidade, cumpre perguntar: como manter a afirmação de que o Direito necessariamente se conecta com a moral e possibilita uma confusão conceitual de um agente racional sob a forma do egoísmo avaliativo ou metafísico? Afinal, Hart menciona a existência do ponto de vista da vítima em muitos sistemas jurídicos injustos. Veronica Rodriguez-Blanco afirma que a chave para a questão está na assimetria lógica entre desejo e crença. A crença num fato visa à verdade por si só; de modo distinto, o desejo não precisa ter o bem em vista, mas apenas alguma característica de desejabilidade da ação (Rodriguez-Blanco, 2014, p. 55). Essa característica deve conectar-se com o bem, mesmo que o agente imoralista negue a conexão (Raz, 2011, p. 77)⁴⁵.

Pense-se, por exemplo, num oficial nazista que acredita estar “apenas cumprindo ordens”. Ele pode não ver valor algum no que faz: seu único motivo para agir empurrando judeus para a câmara de gás é o fato de que, ao fazê-lo, obedece a ordens do Partido. A atratividade que ele vê na sua obediência confere-lhe a crença de que há características de desejabilidade em suas ações atrozes, mesmo se ele for ambivalente sobre o seu valor, tiver dúvidas ou não acreditar que está fazendo a coisa certa em alguns momentos (Raz, 2011, p. 64-65). Todavia, sua ponderação das razões disponíveis acarreta um erro conceitual: é óbvio que ele não está de fato realizando o fim do Direito quando, com base na ideologia do Partido, cumpre ordens horrendas como exterminar crianças judias. E, mesmo que ele negasse ter realizado um ato injusto, sua intenção final engloba a primeira descrição, dado que era razoável ele saber o que fazia na sua posição; ele não apenas “empurava crianças para uma sala” ou “obedecia a um comando”, mas concretizava uma ação injusta de homicídio ou genocídio, por exemplo (Raz, 2011, p. 65-66).

Não são pessoais os valores que norteiam uma autoridade em suas ações, pois a concepção clássica de ação rejeita o solipsismo. Uma ação é compreendida intersubjetivamente de acordo com o contexto apropriado, e não de acordo com estados mentais (Anscombe, 1963, p. 41-42). Há uma área em que o contexto confere uma justificativa para a ação das autoridades, ainda que erros sejam cometidos (Anscombe, 1963, p. 43). Por isso, Raz afirma que a definição de autoridade legítima é pressuposto lógico do conceito de autoridade de facto, pois o primeiro confere um padrão para avaliar quando o agente atua fora de

⁴⁴ Essa finalidade pode muito bem ser chamada de *justiça*. Essa denominação inspira-se em Lopes (2022, p. 289), para quem a justiça é o sentido que confere inteligibilidade à prática do Direito: “é preciso recuperar, em primeiro lugar, o sentido do discurso sobre a justiça e sua relação com o Direito, relação lógica e, portanto, conceitualmente necessária; por isso, os agentes dentro do ordenamento dela não conseguem escapar. [...] Em outras palavras, se o Direito é inteligível, não apenas observável ou memorizável, sugiro que a justiça é o elemento inteligível do Direito positivo. Desse ponto de vista, a lei é um critério para agir e para comparar (ou medir) as ações humanas entre si, e pressupõe que o agente pode apreender uma unidade sensata para os diversos critérios”.

⁴⁵ Isto é, o agente deve ver na ação escolhida a realização de alguma razão normativa, mesmo que não entenda que isso implica conexão com algum valor ou bem. Sempre é possível um domínio incompleto do conceito normativo.

contexto, a despeito de ser autoridade jurídica. Afora esse padrão, existem boas razões para desconsiderar os motivos psicológicos do agente e julgá-lo imputável, mesmo que ele afirme ser ignorante a respeito do que faz. A ação não é avaliada pelos motivos gerais do agente (do Cínico ou do Acrático Contumaz) – fornecidos por suas “melhores intenções” de acordo com os valores que *ele decidiu privilegiar* –, mas pelo sentido da prática em que sua ação é analisada.

A TAPB responde também ao caso de ditadores que acreditam estar realizando cruzadas pessoais para atingir um bem maior. Pense-se, de novo, na doutrina da segurança nacional. Um ditador poderia afirmar que sabia que certos “males menores” teriam de ser realizados, pelo menos enquanto o “inimigo interno” não fosse derrotado e a “normalidade” não fosse restabelecida. Com isso, ele podia admitir estar produzindo algumas ações más. Todavia, mesmo se fosse genuíno e firmasse um princípio de ação para ele, esse motivo geral não refuta a TAPB. A afirmação de que o ditador tomava a segurança nacional como o *bem* do Direito apenas descreve de modo mais amplo o conceito de *bem* na ação que ele acreditava estar realizando (Raz, 2011, p. 63). O Ato Institucional nº 5, de 1968 (AI-5), por exemplo, tinha essa finalidade a justificar a suspensão de inúmeras garantias fundamentais (Pereira, 2005, p. 21)⁴⁶. Porém, o ditador Costa e Silva (1967-1969) via um bem nessa ação quando o emitiu; e, embora equivocada, a referência à segurança nacional como *fim* do Direito explicava como ele compreendia seu papel como autoridade jurídica na realização de valores por meio do Direito, de tal modo que a ação o atraísse. Se o Direito visa à justiça, é certo dizer que o ditador *acreditou* que perseguia o fim do Direito com sua ação e, assim, tornou-a inteligível; porém, ela é incrivelmente injustificada, pois ele desconsidera outros bens contemplados pela justiça, como a liberdade individual ou a garantia de uma esfera pública qualificada⁴⁷.

Entretanto, imagine-se que não houvesse qualquer referência a um valor nas ações de Costa e Silva e que ele admitisse em seu gabinete que o AI-5 visava à maldade pura e simples. Se ele afirmasse isso e seguisse emitindo diretivas jurídicas com o uso do vocabulário jurídico e na forma de tipos gerais e anteriores aos casos regulados – e se continuasse a permitir a existência de tribunais com poderes de emitir decisões definitivas, como de fato o fez –, não haveria alternativa senão afirmar que ele tinha um domínio incompleto do conceito de *razão para a ação* ou de *bem* no contexto do Direito; ou estava confuso, pois aplicava o conceito de Direito nas suas ações, embora não o admitisse (Raz, 2011, p. 71-72). É claro que, se ele descumprisse tais condições para usar o conceito em grau excessivo, poder-se-ia sustentar que o sistema era tão injusto que não vinculava a população ou uma parte dela, como aqui se acredita ter sido o caso. Não se pode negar, contudo, a conexão conceitual entre suas diretivas jurídicas e a realização de um bem intrínseco ao Direito.

⁴⁶ O AI-5 eliminou o cabimento do *habeas corpus* para crimes contra a segurança nacional e permitiu ao governo ampla margem de manobra relativa a presos políticos.

⁴⁷ Afinal, uma pessoa justa pondera adequadamente razões de diferentes fontes (Foot, 2001, p. 12).

O que o ditador mais sanguinário faz por meio do Direito é inverter valores: ele segue algumas das razões dadas pela prática⁴⁸ para guiar-se por suas tendências psicológicas anômicas, dadas por um fim perverso que ele adota como princípio de sua ação (Raz, 1999, p. 32-35)⁴⁹. Tal ação não é um contraexemplo à conexão entre *Direito e justiça*, mas a reforça, pois, se toda autoridade precisa de algum grau de coordenação, seus comandos devem ser inteligíveis; se eles são inteligíveis, respeitam algum bem embutido no conceito de *Direito*; e, se for assim, é necessário identificar o sistema jurídico governado pelo Imoralista como caso degenerado de Direito, por referência ao caso central, em que o Direito realiza uma diferença moralmente valiosa para o raciocínio prático individual ao garantir a realização da justiça (Raz, 2009a, p. 170-171). Existe, por fim, a possibilidade de que as autoridades sejam mentirosas ou mal-intencionadas. Esse talvez seja o caso mais comum na prática – afinal, no caso brasileiro, durante os dez anos em que vigeu o AI-5 vigoraram Constituições com extensas listas de direitos fundamentais⁵⁰.

A emissão de um comando jurídico pode ser realizada para o mal por meio de “segundas intenções” nos seguintes termos: uma autoridade pode manifestar o intento de realizar no futuro certas ações por meio do Direito – garantindo direitos, por exemplo – sem ter a motivação de cumprir o conteúdo da expressão dessa intenção. Nas listas de garantias fundamentais, as Constituições de 1946, 1967 e 1969 incluíam, por exemplo, a apreciação judicial de lesão a direito; no entanto, os inúmeros atos institucionais da ditadura continham cláusulas de imunização a atos das autoridades (Paixão; Barbosa, 2008, p. 58). Tratava-se de óbvia violação do que Fuller (1958, p. 653) chamava de *princípio da congruência*. Não é racional, contudo, manifestar um objetivo e nunca tentar obtê-lo, como afirma Anscombe. A ausência de medidas razoáveis para efetivar um direito é indício de má-fé de autoridades e de que o sistema jurídico pode não merecer a obediência racionalmente justificada. A emissão de um comando jurídico pressupõe que as autoridades dominem o conceito de *Direito*, o que só ocorre quando se compreendem em conjunto as teses da justificação e da capacidade discursiva – apenas assim podem ter a “segunda intenção” de não realizar o que prometem. Comandos mentirosos expõem razões para os cidadãos acreditarem que o sistema visa à justiça, e suas crenças podem revelar-se falsas quando se percebe que as autoridades nem sequer tentam realizar os valores previstos nesses comandos (Anscombe, 1963, p. 6-7). Nesse caso, a expressão de intenção da autoridade não se coaduna com seu estado

⁴⁸ Um exemplo é a capacidade do Direito de permitir a coordenação de múltiplas agências burocráticas para a realização de fins escolhidos pelas autoridades. Pense-se em quantas agências estatais o regime nazista precisava mobilizar para conseguir identificar, capturar, transportar, alojar e, por fim, assassinar judeus em campos de concentração. Isso não seria possível sem regras gerais anteriores que coordenassesem as ações dos oficiais envolvidos.

⁴⁹ Autointeresse, anarquismo, busca do poder etc.

⁵⁰ Pereira (2005, p. 22) considera que a ditadura militar procurou manter uma aparência de legalidade nas suas ações. Corrobora essa afirmação o fato de a Constituição de 1946 não ter sido suspensa com o golpe de abril de 1964 ou com a edição do AI-5 em dezembro de 1968 – e o Congresso foi fechado apenas por um curto período entre 1968 e 1969. A Constituição de 1967, aprovada por um Congresso controlado, foi revisada substancialmente em 1969, com ampla concentração de poderes no Poder Executivo. A despeito disso, era uma Constituição que também continha uma carta de direitos.

mental (Anscombe, 1963, p. 4). Apesar disso, uma “segunda intenção” e a capacidade de manipular os cidadãos só se condicionam à possibilidade de se emitirem comandos falsos desde que a autoridade já domine o conceito de *Direito*. O ditador comete erros conceituais sobre o Direito, mas domina-o num grau mínimo a ponto de saber o que faz. É preciso que o conceito de *Direito* já exista e esteja à disposição da sociedade, que normalmente o comprehende; afinal, o cidadão consegue crer num comando mentiroso e voluntariamente guiar-se por ele apenas se puder entender seu conteúdo. O mentiroso não é menos comprometido com a verdade que o agente de boa-fé; ocorre que a autoridade maldosa usa uma linguagem conhecida publicamente para fins pessoais (Winch, 1972, p. 62-65).

Desse modo, ações dotadas de más intenções – ou “segundas intenções” – por meio do Direito pressupõem um conhecimento prático que confere ao agente que as pratica um domínio do conceito de *Direito*⁵¹. Isso explica bem por que Raz confere antecedência lógica à definição de autoridade legítima em relação à autoridade *de facto*, mesmo diante dos desafios de Stocker no campo da teoria da ação.

6 Conclusão

Os defensores da TAPP não veem problema lógico algum no fato de haver agentes racionais que intencionalmente moldam o mundo à sua mente e identificam seu bem com a realização do mal. Neste artigo, buscou-se rebater os desafios que Stocker apresenta à TAPP, com o propósito de reforçar como a teoria do Direito de Raz – centrada na interação da autoridade com a razão prática – reivindica autoridade legítima pelo Direito para que diretrizes jurídicas particulares façam sentido. Em outras palavras, mostrou-se como uma autoridade, para ser capaz de emitir comandos *inteligíveis* no contexto jurídico, precisa dominar em algum grau o conceito de *Direito*, o que implica o conhecimento do bem que o Direito visa realizar. Assim, mesmo uma autoridade malévolas ou mal-intencionada só é capaz de impor deveres, conceder direitos etc., se tiver uma compreensão do conceito de *Direito* com base no seu bem.

A TAPP sustenta-se perante os desafios de Stocker de duas maneiras. Primeiro, ao mostrar que o desafio da neutralidade não faz sentido; apenas demonstra desconhecimento de como o raciocínio prático funciona. Um Acrático Contumaz guia-se por um bem na ação, mas não pelo que *acredita* ter mais razões para seguir, dadas as circunstâncias externas à sua vontade; e os que impõem a sua vontade sobre ele devem ter aderido a algum bem como princípio da sua ação – o que pode ser contrário ao bem do Direito se tal princípio foi adotado com esteio num motivo geral, como vontade de poder, de honra etc.

⁵¹ Isso explicaria filosoficamente a interpretação sociológico-histórica de Pereira (2005, p. 29) sobre as ditaduras no Cone Sul, dado que nenhum ator político autoritário do período pôde redefinir as instituições judiciais como pretendia.

Em segundo lugar, demonstrou-se como o desafio da maldade pura tampouco obtém sucesso em rebater a TAPB no contexto jurídico, pois há uma assimetria entre a crença em fatos e as razões para a ação. O agente atua conforme o bem que aparece para ele, mas esse bem é dado por uma *característica de desejabilidade*; assim, basta que o agente acredite haver algo atrativo em sua ação para que a TAPB se sustente. Essa emenda à TAPB é fundamental para explicar como ditadores se utilizam do Direito para perseguir seus próprios fins ou para “combater um mal com outro mal”. O fato de Raz aderir à TAPB só reforça o quanto sua teoria do Direito se afasta de uma concepção juspositivista tradicional e relaciona cada vez mais o Direito à razão prática.

Referências

- ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. *Intention*. 2nd ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1963.
- _____. On promising and its justice, and whether it needs to be respected in *foro interno*. In: _____. *The collected philosophical papers of G.E.M. Anscombe*. Oxford, UK: B. Blackwell, 1981a. v. 3: ethics, religion and politics, p. 10-21.
- _____. Practical inference. In: GEACH, Mary; GORMALLY, Luke (ed.). *Human life, action and ethics: essays by G.E.M. Anscombe*. Exeter, UK: Imprint Academic, 2005. (St Andrews studies in philosophy and public affairs, v. 4).
- _____. The two kinds of error in action. In: _____. *The collected philosophical papers of G.E.M. Anscombe*. Oxford, UK: B. Blackwell, 1981b. v. 3: ethics, religion and politics, p. 3-9.
- AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined: and the uses of the study of jurisprudence*. With an introduction by H.L.A. Hart. Indianapolis, IN: Hackett Pub., 1998.
- CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Entre o dever da toga e o apoio à farda: independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 32, n. 94, p. 1-22, jun. 2017. DOI: <https://doi.org/10.17666/329415/2017>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/6V4gXYHGNkmqDpMLmxLMgPL/?lang=pt>. Acesso em: 5 dez. 2024.
- CHAVEZ, Rebecca Bill. The rule of law and courts in democratizing regimes. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (ed.). *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. p. 63-80. (Oxford handbooks of political science).
- DYZENHAUS, David. *The long arc of legality: Hobbes, Kelsen, Hart*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2022.
- FOOT, Philippa. *Natural goodness*. Oxford, UK: Clarendon; New York: Oxford University Press, 2001.
- FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 71, n. 4, p. 630-672, Feb. 1958.
- GARDNER, John. *Law as a leap of faith: essays on law in general*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.
- GRIZEZ, Germain. O primeiro princípio da razão prática (1965). Tradução de José Reinaldo de Lima Lopes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 179-217, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revDireitogv/article/view/35188>. Acesso em: 5 dez. 2024.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1983.

_____. *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1982.

_____. *O conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF).

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Coleção justiça e Direito).

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de Filosofia do Direito: o Direito como prática*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2022.

_____. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (org.). *Norma, moralidade e interpretação: temas de Filosofia política e do Direito*. Porto Alegre: Linus Editores, 2009. p. 43-80.

OAKESHOTT, Michael. *On human conduct*. Oxford, UK: Clarendon Press, 1975.

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, v. 1, n. 6, p. 57-78, jan./dez. 2008.

PEREIRA, Anthony W. *Political (in)justice: authoritarianism and the rule of law in Brazil, Chile, and Argentina*. Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh Press, 2005. (Pitt Latin American series).

POSTEMA, Gerald J. *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*. Dordrecht: Springer, 2011. (A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, v. 11).

RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009a.

_____. Can there be a theory of law? In: GOLDFING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (ed.). *The Blackwell guide to philosophy of law and legal theory*. Malden, MA: Blackwell Pub., 2006. p. 324-342. (Blackwell philosophy guides, 18).

_____. *Engaging reason: on the theory of value and action*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1999.

_____. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1994.

_____. *From normativity to responsibility*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2011.

_____. *Practical reason and norms*. 2nd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 1990.

_____. *The authority of law: essays on law and morality*. 2nd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009b.

_____. *The morality of freedom*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1986.

RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica. *Law and authority under the guise of the good*. Oxford, UK: Hart Pub., 2014. (Law and practical reason, v. 6).

SCHINKE, Vanessa Dorneles. Judiciário e autoritarismo: estudo comparado entre Argentina e Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 677-703, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://revista.Direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1718>. Acesso em: 5 dez. 2024.

STOCKER, Michael. Desiring the bad: an essay in moral psychology. *The Journal of Philosophy*, [s. l.], v. 76, n. 12, p. 738-753, Dec. 1979. DOI: <https://doi.org/10.2307/2025856>.

_____. Raz on the intelligibility of bad acts. In: WALLACE, R. Jay; PETTIT, Philip; SCHEFFLER, Samuel; SMITH, Michael (ed.). *Reason and value: themes from the moral philosophy of Joseph Raz*. Oxford, UK: Clarendon; New York: Oxford University Press, 2004. p. 303-332.

WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's postscript: essays on the postscript to The Concept of law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2001. p. 410-433.

WINCH, Peter. *A ideia de uma ciência social e sua relação com a Filosofia*. Tradução de Rachel Meneguello. São Paulo: Ed. Unesp, 2020.

_____. *Nature and convention*. In: _____. *Ethics and action*. London: Routledge & Kegan Paul, 1972. p. 50-72. (Routledge library editions: ethics, v. 47).

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. Translated by G.E.M. Anscombe, P.M.S. Hacker and Joachim Schulte. Rev. 4th ed. by P.M.S. Hacker and Joachim Schulte. Chichester, UK: Wiley-Blackwell, 2009.

Financiamento

Este trabalho foi realizado com o apoio de bolsa do Programa de Excelência Acadêmica (Proex) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).

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 question prioritaire de constitutionnalité e o recurso extraordinário: um estudo comparativo

The question prioritaire de constitutionnalité and the recurso extraordinário: A Comparative Study

Daniel Marchionatti¹

Resumo

Este artigo compara os sistemas de controle de constitucionalidade da França e do Brasil. Centrado nos instrumentos utilizados no controle repressivo e incidental, analisa seus objetos e parâmetros constitucionais, e os procedimentos adotados. Na França, a intangibilidade da decisão parlamentar é um dogma, apenas recentemente revisitado pela abertura ao controle repressivo de constitucionalidade das leis mediante a chamada *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), que permite contestar a constitucionalidade das leis no curso de um processo, em incidente decidido pelo Conseil constitutionnel; o objeto da QPC é restrito a atos normativos, e o parâmetro constitucional inclui normas que asseguram direitos humanos e liberdades fundamentais. No Brasil, o recurso extraordinário (RE) abrange mais questões constitucionais e permite refutar tanto atos normativos quanto decisões judiciais. O procedimento da QPC envolve um duplo filtro de admissibilidade, ao passo que o RE é alvo de uma análise de repercussão geral realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; *question prioritaire de constitutionnalité*; recurso extraordinário; parâmetro; procedimento.

Abstract

This article compares the constitutional review systems in France and Brazil. Focusing on the instruments used in repressive and incidental review, it analyses their constitutional objectives and parameters, and the procedures adopted. In France, the inviolability of parliamentary decisions is a dogma, only recently revisited by the opening of repressive review of the constitutionality of laws through the so-called *question prioritaire*

¹ Daniel Marchionatti é doutor pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; magistrado instrutor do Superior Tribunal de Justiça; juiz federal. E-mail: daniel.barbosa@trf4.jus.br

de constitutionnalité (priority question of constitutionality (QPC)), which allows the constitutionality of laws to be challenged during a legal proceeding, in an incident decided by the Conseil constitutionnel. The purpose of the QPC is restricted to normative acts, and the constitutional parameter includes norms that ensure human rights and fundamental freedoms. In Brazil, the *recurso extraordinário* (extraordinary appeal (RE)) encompasses more constitutional issues and allows the refutation of both normative acts and judicial decisions. The QPC procedure involves a double admissibility filter, whereas the RE is subject to a general repercussion analysis carried out by the Brazilian Supreme Court.

Keywords: constitutional review; *question prioritaire de constitutionnalité*; *recurso extraordinário*; parameter; procedure.

Recebido em 16/9/24

Aprovado em 24/1/25

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p133

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

O objetivo deste trabalho é analisar a chamada *question prioritaire de constitutionnalité* (questão prioritária de constitucionalidade (QPC)) e compará-la ao similar brasileiro denominado *recurso extraordinário* (RE). Por razões históricas e práticas, a relação entre a Constituição, a legislação e o controle de constitucionalidade é bastante diversa na França e no Brasil.

Na França, é clara a prevalência da função parlamentar. A interpretação do bloco de constitucionalidade, posta nas normas legisladas, é soberana. O controle de constitucionalidade é bastante restrito. Até há pouco tempo, ele era rigorosamente político e preventivo, e a análise da constitucionalidade de leis vigentes era vedada ao Poder Judiciário ou a uma corte constitucional. A tradição francesa rejeitava, pois, o controle das leis pelo Poder Judiciário; contudo, a adesão a tratados de direitos humanos levou ao desenvolvimento de um controle difuso de convencionalidade em que se atribuiu aos juízes a prerrogativa

² MARCHIONATTI, Daniel. A *question prioritaire de constitutionnalité* e o *recurso extraordinário*: um estudo comparativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 247, p. 133-149, jul./set. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p133. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/247/ril_v62_n247_p133

³ Marchionatti, D. (2025). A *question prioritaire de constitutionnalité* e o *recurso extraordinário*: um estudo comparativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(247), 133-149. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p133

de afastar a aplicação de atos normativos incompatíveis com os direitos humanos. Essa possibilidade de recusa, ancorada em parâmetros de controle convencionais, acarretou o enfraquecimento da soberania da decisão legislativa e provocou a reorganização do Estado que resultou na criação da QPC, um sistema repressivo de controle de constitucionalidade indubitavelmente prioritário em relação ao controle de convencionalidade. Com base nas normas do bloco de constitucionalidade, um órgão predominantemente político, o Conseil constitutionnel (conselho constitucional (CC)) passou a ter a prerrogativa de avaliar a constitucionalidade dos atos do parlamento.

No Brasil, a tradição é bem distinta. Exercido pelo Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade prevalece amplamente sobre a interpretação constitucional do parlamento plasmada em leis e atos normativos. Combinam-se mecanismos concentrados e difusos que permitem controlar o processo legislativo e praticamente qualquer decisão pública: atos normativos, administrativos e jurisdicionais; e adotam-se como parâmetros a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e as normas do bloco de constitucionalidade. O controle difuso pode ser exercido de forma repressiva por qualquer magistrado de forma incidental a um litígio; e as leis que incidam sobre o direito material ou processual em causa podem ter sua aplicação afastada pelo juiz. Endereçado ao Supremo Tribunal Federal (STF)⁴, o RE é o apelo último nos processos judiciais. Trata-se de um recurso de fundamentação vinculada, pois deve ter amparo na CRFB. É uma ferramenta que sistematiza o controle difuso de constitucionalidade, além de permitir uniformizar entendimentos e estabelecer a orientação relacionada ao alcance dos dispositivos constitucionais e à validade das leis e dos atos normativos.

A QPC e o RE são os instrumentos máximos do controle incidental de constitucionalidade, e o estudo comparativo de ambos revela as idiossincrasias francesas e brasileiras – o que justifica uma particular atenção. Para comparar a QPC com o RE, este estudo desenvolve-se em três seções além desta introdução e da conclusão. Cada uma das seções do desenvolvimento contém duas subseções: na primeira analisa-se o Direito francês e na segunda, o Direito brasileiro, com ênfase na comparação dos dois sistemas.

Na segunda seção, apreciam-se em linhas gerais ambos os modelos de controle de constitucionalidade. No caso francês, o modelo é tradicionalmente principal, preventivo e concentrado, com o monopólio do controle que o CC realiza de forma preventiva em procedimento direto. Com a introdução da QPC, instaurou-se um controle repressivo e incidental, mas ainda concentrado e abstrato. No Brasil, por sua vez, aliam-se os controles preventivo e repressivo, concentrado e difuso, de modo que o RE é o apelo incidental máximo amparado em questão constitucional.

Na terceira seção, avaliam-se os objetos da QPC e do RE. Na França, as leis constitucionais e os tratados internacionais não podem ser objeto de controle. Não é qualquer norma

⁴ Órgão de cúpula do Poder Judiciário, o STF compõe-se de onze ministros vitalícios, indicados pelo presidente da República e nomeados depois de aprovados pela maioria absoluta do Senado em sabatina pública (Brasil, [2024], art. 52, III, a, art. 101).

constitucional que serve de parâmetro para a QPC; apenas direitos e liberdades reconhecidos pela Constituição ou pelo bloco de constitucionalidade atendem a esse fim. O regramento brasileiro é bem mais inclusivo quanto ao objeto e ao parâmetro; em hipóteses estritas, mesmo emendas constitucionais podem ser objeto de controle de constitucionalidade. Qualquer norma constitucional pode servir de parâmetro ao controle. Assim, estão sujeitos a escrutínio tanto o procedimento legislativo quanto o conteúdo das normas.

E na quarta seção cotejam-se os procedimentos de ambas as arguições. A QPC é provocada diretamente pelos tribunais da jurisdição civil ou administrativa incidentalmente a um caso concreto; sua decisão é concentrada no CC, que resolve a controvérsia constitucional em abstrato e devolve a causa à origem para que o julgamento prossiga. O RE, diferentemente, é interposto contra a decisão de um processo judicial concreto; a decisão do STF substitui a decisão da instância anterior, não apenas ao examinar a questão constitucional mas também ao julgar o caso. A QPC valoriza a rápida resolução e o RE quase sempre enfrenta demorados julgamentos.

2 Modelos de controle de constitucionalidade

Os Estados frances e brasileiro adotam diferentes modelos de controle de constitucionalidade. No primeiro, o modelo é tradicionalmente bastante restrito, pois o sistema privilegia a interpretação da Constituição realizada pelo parlamento; em contrapartida, é bem amplo no segundo o controle da constitucionalidade de leis e de atos normativos.

2.1 França

Antes da introdução da QPC, havia apenas o controle principal, concentrado e preventivo de constitucionalidade: a) *principal* porque a inconstitucionalidade era arguida em ação própria; b) *concentrado* porque era arguida perante o CC⁵, que tem o monopólio do juízo de inconstitucionalidade (Oliveira; Amaral Júnior, 2016-2017), de modo que os demais órgãos judiciais ou da jurisdição administrativa não podem recusar a aplicação de lei com fundamento na inconstitucionalidade; e c) *preventivo* (*ou a priori*) porque só poderia ocorrer antes da vigência do ato normativo.

O controle principal é preventivo porque a norma submete-se ao escrutínio do órgão controlador antes de ser promulgada. De acordo com o art. 61 da Constituição francesa, os projetos de lei podem ser submetidos ao CC para a “pronúncia sobre sua compatibilidade

⁵ O Conseil constitutionnel é um órgão independente, fora da estrutura dos demais Poderes. Compõe-se de 9 membros com mandato de 9 anos, 3 indicados pelo presidente da República, 3 pelo presidente da Assembleia Nacional e 3 pelo presidente do Senado. Um terço desses membros se renova a cada 3 anos, mas os ex-presidentes da República são membros vitalícios (France, [2024], art. 56). Badinter (2014, p. 782, tradução nossa) considera bizarro o assento de ex-presidentes no CC – “uma singularidade que deve desaparecer”.

com a Constituição” (France, [2024], tradução nossa). Uma vez provocado, o CC tem um mês para decidir. Esse prazo reduz-se a oito dias em caso de urgência (art. 61, § 3º), e o prazo para a promulgação da lei fica suspenso no curso das deliberações (France, [2024], art. 61, § 4º).

O controle é obrigatório em relação aos projetos de leis orgânicas, de leis a serem submetidas a referendo e de regimentos das assembleias parlamentares (art. 61, § 1º). Os casos de lei que podem ser submetidos a referendo são bastante amplos – os projetos sobre a organização dos Poderes, sobre reformas relativas à política econômica, social e ambiental e aos serviços públicos que ela presta, ou tendentes a autorizar a ratificação de um tratado que, sem ser contrário à Constituição, tem efeitos sobre o funcionamento das instituições (France, [2024], art. 11). Para os demais projetos de lei, o controle é facultativo; eles podem ser submetidos ao CC por iniciativa do presidente da República, do primeiro-ministro, do presidente da Assembleia nacional, do presidente do Senado ou de 60 deputados ou 60 senadores (France, [2024], art. 61, § 2º).

A QPC foi introduzida em 2008 pela Emenda Constitucional 2008-724, que modernizou as instituições da Quinta República (France, 2008). A mudança representou um rompimento com a tradição francesa de controle de constitucionalidade, até então exclusivamente preventivo e sem participação alguma do Poder Judiciário ou da jurisdição administrativa. A *Loi organique* (LO) 2009-1523 alterou a lei orgânica do CC, para tratar do processo e julgamento da QPC, e o Decreto 2010-148 regulamentou a LO. Em 1º/3/2010, a QPC entrou em vigor; até seu advento, tornava-se incontestável a constitucionalidade de projeto não submetido ao controle. Carvalho Filho (2013) observa que o modelo preventivo, com o propósito de “coibir a instalação de insegurança jurídica relacionada à validade da lei”, acabava por assumir o “risco de leis importantes e constitucionalmente duvidosas” não serem contestadas, e conviver com a superveniência de “sintomas de inconstitucionalidade”.

A QPC opera o controle repressivo, incidental, mas concentrado e abstrato de constitucionalidade (Zinamsgyarov, 2011). É *repressivo* porque o escrutínio ocorre quanto a leis já promulgadas e *incidental* porque arguido em processo concreto, mediante provocação de órgãos judiciais ou da jurisdição administrativa. No entanto, é um controle *concentrado*, pois a decisão sobre a constitucionalidade cabe exclusivamente ao CC, ainda que provocado por instâncias ordinárias; e é *abstrato* porque, uma vez provocado, o CC delibera apenas sobre a constitucionalidade da norma, sem se preocupar com o caso pendente. Apreciada a QPC, o caso concreto é devolvido à jurisdição de origem para julgamento.

Desse modo, houve certa abertura no controle de constitucionalidade francês: um modelo exclusivamente preventivo passou a admitir um instrumento repressivo; porém, mesmo com essa abertura, o controle de constitucionalidade é bastante restrito.

2.2 Brasil

Acumulam-se no País todas as formas de controle de constitucionalidade. Admite-se o controle *preventivo* apenas em duas hipóteses. A primeira refere-se ao controle de emenda

constitucional tendente a abolir: a) a forma federativa de Estado; b) o voto direto, secreto, universal e periódico; c) a separação dos Poderes; e d) os direitos e garantias individuais (Brasil, [2024], art. 60, § 4º). A segunda hipótese é a inobservância de normas constitucionais sobre o processo legislativo (Brasil, 2001). São, pois, excepcionais as situações de controle preventivo. Prepondera no Brasil o controle *repressivo* de constitucionalidade.

O controle concentrado e o difuso de constitucionalidade convivem na prática brasileira. De acordo com a CRFB, os atos normativos federais e estaduais podem ser controlados mediante ação direta perante o STF (art. 102, I, a). O controle dos atos normativos estaduais, municipais e distritais têm como parâmetro as constituições estaduais e a Lei Orgânica do Distrito Federal por meio de ação direta perante os tribunais de Justiça (art. 125, § 2º). A omissão do legislador também pode ser controlada por ação direta (art. 102, I, a). Por fim, em caso de descumprimento de preceito fundamental, qualquer ato normativo pode ser controlado por arguição dirigida ao STF (Brasil, [2024], art. 102, § 1º). As decisões em controle concentrado de constitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (Brasil, [2024], art. 102, § 2º).

A par de um controle concentrado bastante complexo, existe o controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou tribunal pode incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de atos normativos, inclusive emendas constitucionais. A CRFB exige apenas que essa declaração seja adotada pela maioria absoluta dos membros do tribunal (Brasil, [2024], art. 97). O controle difuso pode desaguar no STF mediante o RE, depois de esgotadas as vias judiciais ordinárias (Brasil, [2024], art. 102, III). O STF pode recusar-se a analisar o RE, pelo voto de dois terços de seus membros, caso a questão constitucional discutida não tenha *repercussão geral* (Brasil, [2024], art. 102, § 3º). No entanto, a legislação processual reconhece repercussão geral automática ao recurso, se a decisão recorrida declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (Brasil, [2025], art. 1.035, § 3º), e a presume, contra decisão em incidente de resolução de demandas repetitivas (Brasil, [2025], art. 987, § 1º).

A decisão em controle difuso de constitucionalidade vale apenas entre as partes do processo; no entanto, o Senado Federal pode suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF (Brasil, [2024], art. 52, X). Dessa forma, o controle é incumbido ao Poder Judiciário, que o exerce por muitas vias, embora predomine a forma repressiva, que conjuga os controles concentrado e difuso. Qualquer magistrado pode realizar o controle incidental, e é cabível o RE.

3 Objeto e parâmetro

Nesta seção, avaliam-se tanto o objeto do controle de constitucionalidade (norma controlada) quanto o parâmetro constitucional usado para o controle (norma controladora). Na França, as leis constitucionais e os tratados internacionais estão além do controle; servem

como parâmetro as normas do bloco de constitucionalidade que asseguram direitos e liberdades. No Brasil, qualquer lei ou ato normativo pode ser controlado com base na CRFB e nas normas do bloco de constitucionalidade. Nas subseções seguintes, compararam-se a QPC e o RE quanto aos objetos e aos parâmetros de controle.

3.1 França

Como se mencionou, a França adota um modelo predominantemente *preventivo* e principal de controle de constitucionalidade, ao passo que o Brasil adota um modelo predominantemente repressivo, que combina controle concentrado e difuso. Com a QPC, porém, o Direito francês introduziu o controle *repressivo* de constitucionalidade. A QPC é cabível quando se sustenta, no curso de um processo, que uma disposição legislativa atenta contra os direitos e liberdades que a Constituição garante (France, [2024], art. 61-1).

Podem sofrer o controle de constitucionalidade por meio da QPC todas as leis promulgadas, “sejam elas leis ordinárias, leis orgânicas, leis da Nova Caledônia e as *ordonnances* ratificadas pelo Parlamento” (Oliveira; Amaral Júnior, 2016-2017, p. 673). Por outro lado, as leis constitucionais (equivalentes às emendas constitucionais no Brasil) e as leis que aprovam tratados internacionais estão além desse controle. O objeto da QPC é sempre o ato normativo. Ela não se presta à interpretação direta da Constituição ou da sentença corrida. Embora não possa declarar a inconstitucionalidade de uma lei, um tribunal pode deixar de aplicar o Direito ao caso concreto e estabelecer a interpretação da norma de acordo com o sistema jurídico vigente. A interpretação assentada na decisão está fora do objeto do recurso: somente tem relevância a incongruência entre a lei e a Constituição.

Quanto ao parâmetro, existe um bloco de constitucionalidade que atribui força constitucional a normas não formalmente insertas no texto da Constituição. Esse bloco é integrado pela *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (declaração dos direitos do homem e do cidadão), de 1789, pelo preâmbulo da Constituição de 1946, pela *Charte de l'environnement* (carta do meio ambiente), de 2004, e por normas não escritas, como os princípios fundamentais de valor constitucional. Todavia, nem toda norma desse bloco serve como parâmetro do controle: apenas as normas que asseguram direitos e liberdades podem ser invocadas como fundamentos (France, [2024], art. 61-1).

A França é signatária dos tratados sobre direitos humanos da Comunidade Europeia, notadamente a *Convenção europeia de direitos humanos*. Há uma significativa sobreposição entre normas do bloco de constitucionalidade que asseguram direitos e liberdades (parâmetro da QPC) e as normas convencionais sobre direitos humanos. Assim, conquanto não possam declarar a inconstitucionalidade de lei, os juízes podem controlar sua convenção em face das convenções da Comunidade Europeia. Desse modo, o dogma da “intangibilidade das leis aprovadas pelo parlamento” (Zingales, 2010, p. 781, tradução nossa) já vinha sendo ameaçado pela possibilidade de juízes ordinários realizarem o controle de convencionalidade das leis internas.

A principal razão de a QPC conter o adjetivo *prioritaire* em seu nome é marcar sua prevalência em relação ao controle de convencionalidade⁶. De acordo com a LO, a QPC deve ser analisada *antes* da avaliação da convencionalidade da norma (France, [2015], art. 23-2). Tornou-se, pois, mais difícil à jurisdição negar aplicação a uma lei questionada simultaneamente em face da Constituição e de textos convencionais. A QPC é prioritária não só por seus prazos exíguos de tramitação ou por sua preferência em relação a outras causas pendentes, mas também pela preferência que atribui ao Direito interno em relação ao Direito comunitário. Philippe (2010, p. 281, tradução nossa) destaca também que a denominação é “um símbolo psicológico que imporá ao poder jurisdicional cuidar dessa questão antes de qualquer outra”.

Dado que o controle se volta para a defesa de direitos e liberdades, não se podem alegar inconstitucionalidades formais; o parâmetro de controle é a afronta a direitos e liberdades que a Constituição garante. Foucher (2010) afirma que o direito não precisa estar reconhecido na Constituição, mas pode dela decorrer. Assim, é possível invocar disposições constitucionais que “visem garantir o exercício de direitos fundamentais, mesmo se elas não estabeleçam, em sentido próprio, direitos” (Foucher, 2010, p. 526, tradução nossa). Portanto, há certa amplitude no objeto de controle, e excluem-se apenas as leis constitucionais e os tratados internacionais. Mobilizam-se como parâmetros as normas do bloco de constitucionalidade que asseguram direitos e liberdades, daí a grande *sobreposição* com os tratados de direitos humanos. Além disso, questões relativas ao processo legislativo não configuram parâmetro de controle.

3.2 Brasil

O RE pode ter objeto muito mais amplo que a QPC. Ele é interposto contra uma decisão judicial sobre a constitucionalidade de ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal (Brasil, [2024], art. 102, III, b, c). Nesse ponto, há semelhança com a QPC, dado que o STF decide sobre a constitucionalidade da lei. O RE também pode avaliar a incompatibilidade de lei local contestada em face de lei nacional (Brasil, [2024], art. 102, III, d). Nesse caso, o parâmetro de controle transcende a CRFB.

Na prática, contudo, essas hipóteses acabam quase absorvidas pelo controle direto de constitucionalidade. A legitimização ampla para a propositura das ações diretas faz com que desde logo os principais conflitos sobre a constitucionalidade de normas sejam levados ao STF. Por vezes, o julgamento das ações diretas arrasta-se, e isso possibilita que as instâncias ordinárias decidam sobre a questão constitucional, mediante controle difuso. Porém, quando uma discussão sobre constitucionalidade objeto de ação direta chega ao STF por meio de RE, sua tendência é resolver primeiro a ação direta ou resolvê-las simultaneamente.

⁶ A denominação não consta da Constituição, apenas da LO.

Desse modo, dilui-se a importância do RE para o debate sobre a constitucionalidade de atos normativos.

A hipótese mais relevante de cabimento do RE define-se na alínea *a* do art. 102, III, da CRFB: ele cabe contra qualquer decisão judicial que contraria dispositivo da CRFB. Assim, o RE presta-se ao debate da aplicação direta da CRFB ao caso concreto. Várias disposições constitucionais não são reguladas ou são reguladas apenas em parte por atos normativos inferiores; por exemplo, o art. 5º, XI, da CRFB protege a casa contra o ingresso de autoridades sem consentimento do morador, mas estabelece exceções: “salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (Brasil, [2024]). Como não há norma que regulamente o ingresso sem ordem judicial em caso de flagrante delito, o STF debateu em RE os requisitos para a polícia entrar na casa e estabeleceu a seguinte interpretação:

a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados (Brasil, 2015, p. 2).

Não se questionou a constitucionalidade de ato normativo algum; ainda assim, o STF adotou uma decisão sobre a constitucionalidade da sentença corrida. Em outras hipóteses, o RE questiona a interpretação da lei aplicada ao caso concreto e em conformidade com a CRFB; assim, o RE é cabível se um juiz resolveu o caso ao interpretar a lei de modo incompatível com a CRFB.

Em suma: o RE assemelha-se à QPC ao permitir o controle de constitucionalidade de atos normativos, mas tem objeto bem mais amplo, pois contempla o controle de constitucionalidade das próprias decisões judiciais ao possibilitar a discussão sobre a aplicação direta da CRFB ou sobre a interpretação dada à lei pela instância recorrida, desde que contestada em face da CRFB.

4 Procedimento

Estabelecido que o objeto da QPC é bem mais estrito que o do RE, resta comparar ambos os procedimentos. A QPC é provocada pela jurisdição civil ou administrativa, incidentalmente ao caso concreto, mas decidida em abstrato por um órgão apenas – o CC. Por sua vez, o RE é interposto contra a decisão de um processo judicial concreto; a decisão do STF substitui a decisão da instância anterior, não só por analisar a questão constitucional mas também por julgar o caso.

4.1 França

Na França, a jurisdição divide-se em jurisdição civil e administrativa. *Grosso modo*, a jurisdição administrativa decide as causas que envolvem o Estado, e as demais causas são objeto da jurisdição civil. O órgão máximo da jurisdição civil é a Cour de cassation (corte de cassação (CdC)) e o órgão de cúpula da jurisdição administrativa é o Conseil d'État (conselho de Estado (CE)). A QPC tem natureza de controle incidental de constitucionalidade, e apenas o CC pode realizá-lo. No entanto, em seu procedimento, as partes e a jurisdição civil e administrativa atuam decisivamente.

A QPC não é levada diretamente ao CC. Antes disso, passa por um duplo filtro de admissibilidade. O primeiro é realizado pelo juiz da causa, em primeira instância ou em grau de apelação. Em qualquer causa pendente, uma das partes pode alegar por escrito a inconstitucionalidade⁷. Compete ao juiz da causa realizar um juízo de prelibação, baseado em três critérios: a) a disposição contestada é aplicável ao litígio ou ao procedimento ou constitui o fundamento da causa; b) ela não foi previamente declarada conforme o texto constitucional na fundamentação ou no dispositivo de uma decisão do CC, salvo circunstâncias supervenientes; e c) a questão tem caráter sério (France, [2015], art. 23-2).

O primeiro critério concerne à *pertinência* da questão à causa em julgamento, ou seja, “a utilidade da norma atacada para a solução do litígio” (Santolini, 2013, p. 84, tradução nossa). Trata-se do requisito que ressalta o caráter concreto do controle de constitucionalidade, ao menos em sua origem, e isso impede “que os juízes ordinários se tornem os promotores de uma defesa abstrata da Constituição” (Santolini, 2013, p. 84, tradução nossa). O requisito da pertinência é posto em linhas bastante abertas, de forma que “não se exige a absoluta convicção da aplicabilidade da lei” à causa, apenas que a “disposição atacada pode incidir sobre a matéria do litígio” (Santolini, 2013, p. 85, tradução nossa). Somente a parte interessada na pronúncia da inconstitucionalidade pode apresentar a QPC (France, 2011a, 2011b).

O segundo critério é a *novidade* da questão. De acordo com a LO, a questão é nova se não foi previamente declarada conforme a Constituição na fundamentação ou no dispositivo de uma decisão do CC, ressalvadas as circunstâncias supervenientes. Na interpretação de Perrier (2010, p. 801, tradução nossa), “a questão não é nova se o Conselho já foi provocado por uma QPC tratando dela”. No entanto, a CdC tem procedido a uma interpretação restritiva da novidade das questões recebidas. Num caso, negou-se a enviar questão sobre a constitucionalidade de dispositivo da legislação processual penal, dado que o CC realizara controle preventivo de constitucionalidade de uma disposição a ela referente, sem apontar qualquer vício (France, 2010b); em outros casos semelhantes, a CdC desenvolveu esse entendimento e passou a obstar QPCs desde que o CC já houvesse tido a oportunidade de aplicar a norma em controle prévio.

⁷ O incidente não pode ser iniciado de ofício. Santolini (2013, p. 97, tradução nossa) sustenta que, ao vedar a atuação de ofício, o modelo francês diferenciou-se dos exemplos de Direito Comparado, pois a provocação da CC pelo “juiz é uma das características do controle incidental de constitucionalidade”.

O terceiro critério refere-se à *seriedade* da questão. As instâncias ordinárias devem admitir a questão somente se houver *substância* na alegação de inconstitucionalidade. Conforme Santolini (2013, p. 88, tradução nossa), “não se deve provocar o CC por uma simples dúvida”. Para o autor, esse filtro confiado às instâncias ordinárias atribui-lhes papel-chave no controle difuso de constitucionalidade. Nas jurisdições que adotam o controle de constitucionalidade como questão preliminar na via difusa, tende a haver um conflito entre a CdC e o CC.

A jurisdição ordinária indica a interpretação a ser seguida conforme o ordenamento jurídico. Na Itália, estabeleceu-se a doutrina do *diritto vivente* (direito vivo). Segundo ela, a CdC tem a última palavra sobre a interpretação da norma, e o CC é provocado apenas para rever a compatibilidade dessa interpretação com a Constituição e não pode alterar a interpretação consolidada da norma. A radicalização dos conflitos entre a jurisdição ordinária e a constitucional pode levar ao ponto em que juízes ordinários se apropriem do controle de constitucionalidade e provoquem o CC apenas quando convencidos da inconstitucionalidade da norma. Com isso, em vez de deter o monopólio do julgamento do mérito da inconstitucionalidade, o CC limita-se ao monopólio da declaração de inconstitucionalidade (*Verwerfungsmonopol*).

Se, por um lado, o CC tem o monopólio da declaração de inconstitucionalidade, por outro, a CdC e o CE têm o poder de vetar as arguições quando não convencidos da inconstitucionalidade. Se não houver postura colaborativa entre essas cortes, é possível que o conflito dificulte o desenvolvimento do controle de constitucionalidade. Segundo Perrier (2010), a CdC negou-se a transmitir uma série de questões, com base na sua interpretação da legislação, a qual seria compatível com a Constituição. Admitida a questão, o julgador a remete à CdC ou ao CE, conforme o caso. A instrução prossegue e as questões urgentes são decididas, mas o julgamento da causa fica sobrestado.

A CdC ou o CE realiza um segundo filtro de admissibilidade, com base nos três critérios analisados. Em três meses contados do recebimento, o órgão deve deliberar sobre a admissibilidade do incidente. Decorrido o prazo sem deliberação, o incidente é automaticamente remetido ao CC. Eventualmente, a questão pode ser levantada diretamente perante o CE ou o CC, que também terá o prazo de três meses para decidir sobre a admissibilidade, sob a pena de admissão automática. Em qualquer caso, a decisão que dá ou nega trânsito à QPC é irrecorrível. Recebida a questão no CC, são notificados o presidente da República, o primeiro-ministro e os presidentes da Assembleia Nacional e do Senado, os quais podem oferecer razões.

O CC tem três meses para decidir. As partes são convocadas a expor razões em audiência pública, mas a deliberação ocorre a portas fechadas. No âmbito do CC, a questão desprende-se do caso concreto e passa a ter contornos de controle objetivo de constitucionalidade. Eventual composição ou extinção da demanda não prejudica o julgamento da QPC. A decisão limita-se a deliberar sobre a constitucionalidade da norma; e a causa será julgada pelas instâncias ordinárias, com esteio na conclusão do CC. Em vista disso, o CC nega-se

a revisar o juízo de pertinência da norma ao caso concreto (France, 2010a). A decisão produz efeitos *erga omnes*; a declaração da constitucionalidade retira do ordenamento a norma, a qual se considera revogada a contar da publicação da decisão ou de uma data ulterior por ela fixada (France, [2024], art. 62). O CC ainda pode deliberar sobre os efeitos da norma constitucional na causa em julgamento; há margem, pois, para a modulação de efeitos da pronúncia da constitucionalidade. Quanto aos aspectos formais, a decisão é escrita e motivada.

Na França, pois, há um complexo sistema de interação de cortes: a QPC é provocada pela jurisdição civil ou administrativa, incidentalmente ao caso concreto, mas é decidida pelo CC, que não desce à análise do caso concreto.

4.2 Brasil

O RE é interposto contra qualquer decisão judiciária de última instância ou contra decisões de tribunais de Justiça ou tribunais regionais federais contra as quais não caiba recurso ordinário. Interposto o recurso, o tribunal recorrido intima a parte contrária para contrarrazões e, em seguida, o respectivo presidente faz o juízo de admissibilidade do recurso (Brasil, [2025], art. 1.029-1.030).

O controle do presidente do tribunal de origem é predominantemente formal; ele pode negar seguimento ao RE por defeitos de forma em sua interposição ou, se o STF já se houver pronunciado sobre o tema em outro caso, pode negar a repercussão geral do tema ou estabelecer interpretação conforme à decisão recorrida (Brasil, [2025], art. 1.030, I). O presidente pode também devolver a matéria para ser apreciada por seu tribunal, quando a decisão estiver em desconformidade com a orientação do STF (Brasil, [2025], art. 1.030, II). Se o recurso é formalmente adequado e ainda não houve pronunciamento do STF sobre a questão, o presidente deve submeter a questão ao STF. Essa submissão pode realizar-se nos autos do RE ou mediante o sobrerestamento desse RE, desde que a questão tenha sido submetida ao STF em outros autos (Brasil, [2025], art. 1.030, III-V).

Diferentemente da QPC, o trânsito do RE não pode ser obstado pelo tribunal de origem, caso considere que a questão arguida não tem seriedade. Na origem, não há controle algum do fundo da causa a ser submetida. Em verdade, mesmo que a corte de origem negue seguimento ao RE, é cabível agravo dirigido ao próprio STF, sem qualquer controle (Brasil, [2025], art. 1.030, § 1º). Assim, o tribunal de origem não funciona como filtro da questão constitucional; o único filtro opera-se no STF. O recorrente deve demonstrar que a questão constitucional debatida tem repercussão geral, e o STF pode, pelo voto de oito de seus ministros, negar-se a analisar causas que considere sem repercussão geral (Brasil,

[2024], art. 102, § 3º). O quórum alto para a recusa e a necessidade de motivar a falta de repercussão tornam raros os casos recusados por tal fundamento⁸.

Negada a repercussão geral, a decisão recorrida transita em julgado, assim como as demais em que se reteve RE que trata de questão idêntica (Brasil, [2025], art. 1.035, § 8º). Todavia, reconhecida a repercussão geral, suspendem-se todos os processos pendentes sobre a questão (Brasil, [2025], art. 1.037, II). A partir desse reconhecimento, o STF tem um ano para julgar o RE (Brasil, [2025], art. 1.037, § 4º). Trata-se de prazo impróprio, pois frequentemente o julgamento demora bem mais que esse tempo, sem que haja consequência.

No julgamento, o STF não apenas decide sobre a questão abstrata como também julga a causa. O limite do STF na apreciação da questão constitucional é a interpretação da corte de origem quanto aos fatos e às provas, conforme a Súmula 279 do STF (Brasil, 1963). A interpretação jurídica dada pela decisão recorrida não limita o STF, o qual considera que é aberta a causa de pedir no RE sob o regime da repercussão geral. De acordo com Mendes e Branco (2017, p. 1.269), a apreciação do mérito do RE “envolve a verificação da compatibilidade entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob um prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal *a quo* e o RE”. Sob esse aspecto, é bem diversa da perspectiva da QPC, na qual o CC parte da interpretação fixada pela instância recorrida⁹.

Os procedimentos da QPC e do RE são, pois, bastante diversos. A QPC guarda alguma semelhança com o incidente de arguição de constitucionalidade, definido nos arts. 948 e seguintes da Lei nº 13.105/2015 (*Código de processo civil*); trata-se de procedimentos para resolver sobre a constitucionalidade de norma relevante ao julgamento da causa, antes do julgamento em si. O RE, por sua vez, é um recurso, interposto após o julgamento da causa; ao julgar o RE, o STF não apenas revisita a questão constitucional como também *rejulta* a causa.

Um aspecto notável da QPC é a preocupação com o tempo. A absoluta prioridade de sua resolução evidencia-se no próprio nome. A questão pode ser manejada já no início da causa, a fim de se evitar que seja retardada a controvérsia sobre a constitucionalidade; e a admissibilidade pelas instâncias ordinárias sujeita-se a prazo preclusivo. No âmbito do CC, embora o prazo de três meses seja impróprio, há esforço para respeitá-lo. O RE, por sua vez, só é interposto ao final da demanda, de modo que a questão já chega “velha” ao STF; e este, por sua vez, não tem prazo para avaliar a repercussão geral. Reconhecida essa repercussão da questão constitucional, o prazo legal de um ano nunca é respeitado.

Com esse cotejamento, evidencia-se a forte preocupação do ordenamento francês com a presunção de constitucionalidade das normas. A QPC, único instrumento para arguir a

⁸ O modelo brasileiro é o contrário do modelo de vários países que adotam filtro de relevância. Nos EUA, a Suprema Corte escolhe os recursos que julgará e recusa os demais (*certiorari pool*); no Brasil, o STF escolhe motivadamente os recursos que vai recusar.

⁹ A maior parte dos REs é interposta contra as decisões de tribunal de segunda instância. Na jurisdição ordinária, não há instância de cassação encarregada de uniformizar a interpretação da CRFB; apenas nas jurisdições especializadas (eleitoral, trabalhista e militar), a matéria constitucional é submetida a tribunal superior. Com esse desenho, no momento da interposição do RE, não existe interpretação uniforme sobre a interpretação do Direito pelas instâncias ordinárias a ser observada. Essa é uma das razões da desorganização do sistema de instâncias brasileiro.

inconstitucionalidade de lei vigente, é tratada como urgente: resolve-se o quanto antes qualquer dúvida quanto à higidez do ordenamento jurídico.

5 Conclusão

Por razões históricas e culturais, a França e o Brasil adotam modelos muito diferentes de controle de constitucionalidade.

Na França, a intangibilidade da decisão parlamentar é um dogma que rege o sistema. Prevalece a preocupação com a observância, pelos juízes, das normas estabelecidas pelo parlamento. Apenas recentemente, o controle de constitucionalidade de leis em vigor foi introduzido, e a QPC tem sido o seu instrumento. Os contornos desse controle são bastante estritos e o CC tem o monopólio da declaração de inconstitucionalidade de normas. No Brasil, por sua vez, o controle da constitucionalidade de leis e de atos normativos é bastante amplo; ele é exercido de forma concentrada por um tribunal especializado, o STF, mas também de forma difusa por todos os juízes do País. Predomina a via repressiva, que combina os controles concentrado e difuso, e neste cabe apelo extremo ao STF mediante RE.

Também há diferenças significativas quanto ao objeto e ao parâmetro. Na França, as leis constitucionais e os tratados internacionais estão além do controle, ao passo que no Brasil qualquer norma pode ser controlada, inclusive as emendas constitucionais. O parâmetro francês também é mais restritivo: servem como tal as normas do bloco de constitucionalidade que asseguram direitos e liberdades. Em contrapartida, o controle de constitucionalidade brasileiro pode valer-se da inteireza da CRFB e das demais normas que compõem o bloco de constitucionalidade.

Quanto aos procedimentos, a instauração da QPC depende de uma complexa interação das instâncias. A QPC estabelece um diálogo entre o CC e a jurisdição civil e administrativa, ao permitir que em casos concretos as cortes provoquem o CC a apreciar a constitucionalidade de normas; na sua falta, a CdC e o CE poderiam fazer prevalecer seus próprios entendimentos. Remetida ao CC a questão constitucional, a decisão é adotada em abstrato, sem adentrar o mérito da causa que levou à sua instauração. Além de estrito, o desafio às leis deve ser resolvido prontamente, para evitar que se dissemine a desconfiança na força dos atos normativos. Por isso, a legislação estabelece prazos curtos e rígidos para a solução definitiva da QPC. No Brasil, o RE permite que o STF seja provocado pelas partes pela via recursal; é bastante escasso o poder dos tribunais inferiores de barrar um RE. Os filtros que permitem ao STF recusar causas são falhos, e ele acaba por admitir mais questões do que tem condições de julgar. Com isso, não é rara a demora na pendência de decisão sobre temas constitucionais, mesmo os de grande relevância. O STF não apenas julga a questão constitucional como também avança na análise do caso concreto, e o limite da sua decisão está na interpretação dos fatos e do Direito ordinário.

O modelo francês favorece a segurança jurídica: a negativa de aplicação da lei por inconstitucionalidade é excepcionalíssima e depende do juízo de um órgão único. Com isso, no entanto, por uma opção do sistema, são escassos os meios para controlar a submissão do legislador à Constituição. Paradoxalmente, a introdução da QPC enfrenta uma preocupação em manter a intangibilidade do Direito legislado, ameaçada pelo controle difuso de convencionalidade nas questões de direitos humanos, mais do que uma afirmação da supremacia da Constituição por meio do controle dos atos parlamentares. O modelo brasileiro privilegia a justiça constitucional ao estabelecer um conjunto de possibilidades de controle dos atos normativos, administrativos e, mesmo, das sentenças judiciais. Em contrapartida, acarreta pouca confiança nas leis e eterniza conflitos sobre constitucionalidade. Além disso, a possibilidade ampla de controle exercido de forma difusa por todos os juízes do País provoca enormes dificuldades para a uniformização da jurisprudência.

Os mecanismos de controle de constitucionalidade adotados por ambos os países são muito dessemelhantes e escancaram as peculiaridades de cada sistema. No caso brasileiro, valorizar a interpretação que o parlamento dá à CRFB e incrementar a confiança na presunção de constitucionalidade dos atos normativos são propósitos a serem cultivados. Aperfeiçoariam o ordenamento jurídico brasileiro as restrições racionais ao controle de constitucionalidade, em particular o difuso, e o incremento na confiança no Direito legislado e na decisão das instâncias ordinárias, além da preocupação com a solução dos litígios sobre constitucionalidade em tempo socialmente adequado.

Referências

- BADINTER, Robert. Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité. *Revue française de droit constitutionnel*, Paris, n. 100, p. 777-782, déc. 2014. DOI: <https://doi.org/10.3917/rfdc.100.0777>. Disponível em: <https://shs.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2014-4-page-777?lang=fr>. Acesso em: 9 maio 2025.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomplido.htm. Acesso em: 9 maio 2025.
- _____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 maio 2025.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança nº 24.041/DF*. Constitucional. Mesa do Congresso Nacional. Substituição do presidente. Mandado de segurança. Legitimidade ativa de membro da Câmara dos Deputados em face da garantia do devido processo legislativo. História constitucional do Poder Legislativo desde a Assembleia Geral do Império [...]. Impetrante: Almir Morais de Sá. Impetrado: Primeiro Vice-Presidente, no exercício da Presidência do Senado Federal. Relator: Min. Nelson Jobim, 29 de agosto de 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86075>. Acesso em: 9 maio 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 603.616/RO*. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo [...]. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Min. Gilmar Mendes, 5 de novembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 9 maio 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Súmula 279*. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília, DF: STF, 1963. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2174>. Acesso em: 9 maio 2025.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A evolução da jurisdição constitucional na França. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 15 jun. 2013. Observatório Constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-15/observatorio-constitucional-historico-perspectivas-jurisdicao-constitucional-franca>. Acesso em: 9 maio 2025.

FOUCHER, Karine. L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité au droit de l'environnement: conditions et limites. *Revue française de droit constitutionnel*, Paris, n. 83, p. 523-541, jul. 2010. DOI: <https://doi.org/10.3917/rfdc.083.0523>. Disponível em: <https://shs.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2010-3-page-523?lang=fr>. Acesso em: 9 maio 2025.

FRANCE. Conseil constitutionnel. *Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010*. Paris: Légifrance, 2010a. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000022275934>. Acesso em: 9 maio 2025.

_____. Conseil constitutionnel. *Décision n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011*. Paris: Légifrance, 2011a. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000023761841>. Acesso em: 9 maio 2025.

_____. Conseil constitutionnel. *Décision n° 2010-110 QPC [du] 25 mars 2011*. Paris: Légifrance, 2011b. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/cons/id/CONSTEXT000023821815/>. Acesso em: 9 maio 2025.

_____. [Constitution (1958)]. *Constitution du 4 octobre 1958*. Paris: Légifrance, [2024]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>. Acesso em: 9 maio 2025.

_____. Cour de cassation (Chambre criminelle). *Pourvoi n° 09-82.582 [du] 19 mai 2010*. Paris: Légifrance, 2010b. Disponível em: <https://legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022258096>. Acesso em: 9 maio 2025.

_____. *Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République*. Paris: Légifrance, 2008. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000019237256>. Acesso em: 9 maio 2025.

_____. *Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*. Paris: Légifrance, [2015]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000705065>. Acesso em: 9 maio 2025.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP).

OLIVEIRA, Philippe Toledo Pires de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. A questão prioritária de constitucionalidade francesa em matéria tributária. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 18, n. 116, p. 666-691, out./jan. 2016-2017. DOI: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2017v18e116-1318>. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1318>. Acesso em: 9 maio 2025.

PERRIER, Jean-Baptiste. La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité: de la réticence à la diligence. *Revue française de droit constitutionnel*, Paris, n. 84, p. 793-809, oct. 2010. DOI: <https://doi.org/10.3917/rfdc.084.0793>. Disponível em: <https://shs.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2010-4-page-793?lang=fr&ref=doi>. Acesso em: 9 maio 2025.

PHILIPPE, Xavier. La question prioritaire de constitutionnalité: à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français... Réflexions après l'adoption de la loi organique. *Revue française de droit constitutionnel*, Paris, n. 82, p. 273-287, avril 2010. DOI: <https://doi.org/10.3917/rfdc.082.0273>. Disponível em: <https://shs.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2010-2-page-273?lang=fr>. Acesso em: 9 maio 2025.

SANTOLINI, Thierry. La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit compare. *Revue française de droit constitutionnel*, Paris, n. 93, p. 83-105, mars 2013. DOI: <https://doi.org/10.3917/rfdc.093.0083>. Disponível em: <https://shs.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2013-1-page-83?lang=fr>. Acesso em: 9 maio 2025.

ZINAMSGVAROV, Nicolas. Les effets secondaires de la question prioritaire de constitutionnalité. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, Paris, v. 127, n. 6, p. 1.613-1.639, nov./déc. 2011.

ZINGALES, Umberto G. La Legge organica n. 2009-1523: il Conseil constitutionnel e la question prioritaire de constitutionnalité. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, v. 60, n. 3, p. 779-785, luglio/sett. 2010.

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/>

As ouvidorias das câmaras municipais de Minas Gerais: desenhos e políticas de transparência e de proteção de dados

Ombudsman Offices in City Councils from Minas Gerais:
Designs and Policies on Transparency and Data Protection

Thales Torres Quintão¹

Isabele Batista Mitozo²

Resumo

No Brasil, apesar da obrigatoriedade do estabelecimento de ouvidorias nos Poderes em todos os níveis da federação, ainda há um vácuo na bibliografia sobre ouvidorias legislativas no âmbito municipal. Dada essa lacuna, o artigo examina a adoção de canais on-line de ouvidoria, em especial os criados pelas casas legislativas dos municípios de Minas Gerais. Com base na análise exploratória dos canais disponíveis, observam-se as características dessas instâncias e o cumprimento de ações definidas na legislação relativa ao acesso à informação e à proteção de dados pessoais. Os resultados evidenciam que menos de 30% das câmaras municipais investigadas dispunham de canal on-line de acesso à ouvidoria e que os relatórios sobre os processos eram apenas descritivos e superficiais. Além disso, poucas dentre elas apresentavam informações sobre o tratamento de seus dados, o que contraria a legislação específica.

Palavras-chave: ouvidorias legislativas; câmaras municipais; Minas Gerais; legislação; serviços públicos.

Abstract

In Brazil, despite the mandatory establishment of ombudsman offices in branches of government at all levels of the federation, there remains a gap in the literature on legislative

¹ Thales Torres Quintão é doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; pesquisador de pós-doutorado, com bolsa da Fapemig, junto ao grupo de pesquisa em Democracia e Comunicação Digital, vinculado ao programa de pós-graduação em Ciência Política da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil. E-mail: thalestq@hotmail.com

² Isabele Batista Mitozo é doutora em Ciência Política pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; docente e pesquisadora do departamento e do programa de pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; coordenadora do grupo de pesquisa em Democracia e Comunicação Digital, vinculado ao programa de pós-graduação em Ciência Política da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil. E-mail: ibmitozo@ufmg.br

ombudsman offices at the municipal level. Given this gap, this article examines the adoption of online ombudsman channels, particularly those created by city councils in Minas Gerais. Based on an exploratory analysis of the available channels, the characteristics of these entities and their compliance with actions defined in the legislation regarding access to information and personal data protection are observed. The results show that less than 30% of the legislative bodies investigated had an online channel for accessing the ombudsman office, and that reports on the proceedings were only descriptive and superficial. Furthermore, few of them provided information on the processing of their data, which violates specific legislation.

Keywords: legislative ombudsman offices; city councils; Minas Gerais; legislation; public services.

Recebido em 7/9/24

Aprovado em 24/1/25

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p151

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

Nos últimos anos, as ouvidorias públicas têm adquirido proeminência na relação do cidadão com o Estado brasileiro. Isso se deve a alguns marcos legais, como a Lei nº 12.527/2011 (*Lei de acesso à informação (LAI)*), que assegurou maior publicidade e transparéncia da Administração Pública e determinou a instauração de ouvidorias no âmbito municipal. Outro marco é a Lei nº 13.460/2017 (*Código do usuário do serviço público*)⁵, que torna a implantação de ouvidorias ação mandatária na Administração Pública em todos os níveis e Poderes, regula a adoção de ouvidorias definida na LAI (Mitozo, 2023), bem como sua

³ QUINTÃO, Thales Torres; MITOZO, Isabele Batista. As ouvidorias das câmaras municipais de Minas Gerais: desenhos e políticas de transparéncia e de proteção de dados. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 247, p. 151-171, jul./set. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p151. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/247/ril_v62_n247_p151

⁴ Quintão, T. T., & Mitozo, I. B. (2025). As ouvidorias das câmaras municipais de Minas Gerais: desenhos e políticas de transparéncia e de proteção de dados. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(247), 151-171. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p151

⁵ Ressalte-se também o Decreto nº 8.243/2014 (revogado pelo Decreto nº 9.759/2019), que instituiu a Política de Participação Social e o Sistema Nacional de Participação Social, passou a considerar as ouvidorias como instâncias de controle e participação social, ao lado de outras instituições democráticas, como os conselhos de políticas públicas.

responsabilidade de receber as manifestações dos cidadãos para a garantia dos seus direitos e a prestação dos serviços públicos; nisso está implícita a concepção de cidadão como cliente ou consumidor desses serviços⁶.

Atribuíram-se, pois, maiores responsabilidades à ouvidoria; consequentemente, maiores demandas e expectativas foram geradas em torno dela, a fim de que ela garantisse o acesso à informação, ao abrigar em alguns casos os chamados *serviços de informações ao cidadão* (SIC), que fomentam vínculos entre a Administração Pública e a sociedade. Dessa forma, a ouvidoria pode mediar as relações entre ambos e propiciar o desenvolvimento de um mecanismo de participação de incidência direta unipessoal (Cortes, 2011), ao receber o discurso informal do cidadão e torná-lo formal e institucionalizado (Nassif, 2009).

A primeira ouvidoria pública foi estabelecida em Curitiba em 1986 mediante decreto municipal. Contudo, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) – “em que se estabelecem os princípios de impessoalidade e publicidade referentes aos atos provenientes da administração pública” –, as ouvidorias públicas disseminaram-se nos três Poderes e nos três níveis da federação (Quintão, 2019, p. 299), assumiram diferentes desenhos institucionais e durante muito tempo concentraram-se no Poder Executivo.

Nesse contexto, o número de ouvidorias vinculadas somente ao Executivo federal passou de 40 em 2002 para 318 em 2021, um aumento de 852,5% em 20 anos, conforme dados do *Painel Resolveu?* ([2025]). Esse número é significativo, mas deve-se considerar que ele pode incluir órgão que, embora denominado *ouvidoria*, não exerce propriamente essa função; trata-se apenas de um *fale conosco*, por exemplo. Disso pode resultar tanto a falta de delimitações conceituais sobre o que é uma *ouvidoria*, suas funções e atuação, quanto a proliferação não qualitativa dessas instâncias. Assim, ocorre o fenômeno da criação de órgãos públicos, o que propicia a distribuição de cargos entre os atores do campo político.

Predominam hoje os estudos sobre ouvidorias no âmbito do Poder Executivo, cuja atuação visa melhorar os serviços públicos com base no recebimento e tratamento de queixas, reclamações e denúncias, à semelhança do enquadramento adotado no *Código do usuário do serviço público*, que tornou obrigatória a implantação de ouvidorias na Administração Pública em todos os níveis e Poderes. Dessa forma, a ouvidoria influencia a implantação de políticas⁷, em que a gestão pública pode compreender como elas alcançam os cidadãos e como estes, por sua vez, compreendem a prestação dos serviços públicos. Em menor número, há análises de ouvidorias imbricadas no Poder Judiciário, em que se examinam, por exemplo, os processos de democratização e de comunicação pública do Poder Judiciário e a construção da rede pelo Conselho Nacional de Justiça (Pedron, 2017; Romero; Sant’Anna,

⁶ Essa percepção, no entanto, pode ser menos vinculada às ouvidorias legislativas devido às próprias atribuições do parlamento.

⁷ Comparato (2016) argumenta que a atuação no processo de implantação da política é peculiaridade da ouvidoria dentre outras inovações democráticas, como o orçamento participativo, as audiências públicas e os conselhos de políticas públicas, que, mesmo de forma consultiva, operam na formulação da política e na etapa de *agenda setting*.

2014). Porém, é ainda inexpressivo o número de estudos relacionados às ouvidorias legislativas. Exemplifica essa distribuição desigual a obra organizada por Menezes e Cardoso (2016), em que nenhum dos seus onze capítulos diz respeito a uma ouvidoria do Legislativo⁸, bem como o estudo coordenado por Silva (2012), que examinou 23 ouvidorias públicas, nenhuma delas situada propriamente em instituições legislativas⁹.

Em vista disso, o artigo busca contribuir para o estudo dos desenhos das ouvidorias legislativas (Camargo; Rosa, 2022; Moreno, 2017-2018; Quintão; Cunha, 2018), campo ainda pouco explorado pela literatura, particularmente em relação às casas legislativas municipais. Para examinar os modelos adotados e a replicação institucional desse canal nos portais e sua diversidade, o estudo realiza em duas etapas – coleta automatizada e verificação manual – um mapeamento das ouvidorias legislativas nos portais de 853 câmaras municipais mineiras.

Contudo, a definição da presença ou não de ouvidoria nas câmaras municipais necessitou de delimitações mais precisas sobre essa instância, a fim de evitar seu estiramento conceitual e a perda de densidade analítica para se compararem os casos (Collier; Mahon Junior, 1993). Além disso, há conflitos quanto: a) ao seu papel preponderante; b) à definição de sua legitimidade; c) à sua característica central; d) ao perfil do ouvidor; e) à construção de um sistema ou rede em torno delas; e f) à forma como operará esse sistema ou rede (Quintão, 2019). Todo esse processo gera controvérsias acerca de modelos de ouvidorias públicas (Lyra, 2014).

Para definir a presença dessa instância no contexto municipal relacionada à efetiva possibilidade de o cidadão acessar sites institucionais, utilizam-se aqui dois critérios sobre a natureza das mensagens enviadas: as sigilosas e as anônimas. Ao analisarem a transparência e governança pública nas assembleias legislativas, Pinho, Costa, Marioto, Santos e France (2023, p. 71) argumentam que são poucos os parlamentos estaduais que dispõem de canais digitais em que anonimamente se podem encaminhar denúncias de irregularidades. Esse cenário não é diferente no caso das câmaras municipais, como se demonstra mais adiante.

O trabalho aborda as aproximações e os distanciamentos dessas ouvidorias em conformidade com duas normas específicas – a LAI e a Lei nº 13.709/2018 (*Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD)*), a qual dispõe sobre o processo de envio, tratamento e resposta das solicitações – e apresenta exemplos paradigmáticos das relações entre essas leis e suas deficiências. Além de um panorama dos modelos e desenhos das ouvidorias nos legislativos locais, o artigo delimita conceitos, o que propicia uma comparação de casos mais adequada e a compreensão analítica sobre a atuação desses canais e suas finalidades.

⁸ Órgãos das ouvidorias estudadas: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Serviço Florestal Brasileiro, Previdência Social, Receita Federal e Ouvidoria-Geral da União (OGU).

⁹ Examinaram-se ouvidorias municipais, bem como ouvidorias gerais e de políticas específicas no âmbito dos estados, do Tribunal Regional Eleitoral e do Tribunal de Contas da União, além de ouvidorias universitárias, ministeriais etc.

2 Ouvidorias legislativas: conceitos e desenhos institucionais

De modo geral, as ouvidorias públicas apresentam distintas dimensões analíticas que se entrecruzam no desempenho de suas funções. Santos, Costa, Burger e Tezza (2019) identificam três dimensões primordiais das ouvidorias: a) a *funcional*, no sentido de ser mais reativa e realizada com base na manifestação do cidadão e em todo processo envolvido (receber, examinar, encaminhar, responder e acompanhar); b) a *gerencial*, que adquiriu proeminência com o modelo do *new public management*, cujo foco é a melhoria dos serviços públicos e da eficiência operacional; e c) a *cidadã*, que compreende a ouvidoria como instância para a participação cidadã e o controle social.

Segundo Quintão (2019), há três campos teóricos interpretativos sobre a ouvidoria pública: a) como instrumento de gestão; b) como canal de comunicação organizacional; e c) como instância participativa. A ideia da ouvidoria como *instrumento de gestão* situa-a como termômetro para a melhoria dos serviços públicos e a modernização administrativa do órgão para fins de controle interno. Por sua vez, o campo da ouvidoria como *canal de comunicação* insere-se na abordagem da comunicação pública e no processo de dupla representação exercida pela ouvidoria, mediadora da organização pública com o cidadão e com outras instâncias, como empresas e o terceiro setor (Matos, 2009). E a *instância participativa* relaciona-se à defesa de direitos individuais e coletivos, para a construção da cidadania e da justiça social; ela amplia os espaços de envolvimento político ao possibilitar a incidência direta das demandas e reivindicações da sociedade junto ao Poder Público. As concepções de *instrumento de gestão* e de *instância participativa* estão em espectros teóricos mais distantes, com menor tendência de aproximações, ao passo que a de *canal de comunicação* ocupa posição central entre elas (Quintão, 2019).

Esses estudos sistematizam as distintas responsabilidades e papéis atribuídos às ouvidorias. Ainda que existam alguns preceitos, como argumentam Santos, Costa, Burger e Tezza (2019) acerca da predominância da dimensão funcional, o caso das ouvidorias legislativas não poderia ser diferente, apesar de se esperar um enfoque menor na dimensão gerencial ou do campo de instrumento de gestão (Quintão, 2019), pois essas instituições não se vinculam diretamente ao provimento de serviços públicos. Dessa forma, é oportuna uma breve revisão da literatura sobre os desenhos e os papéis das ouvidorias legislativas, bem como sobre sua atuação em conformidade com a LAI e a LGPD.

A primeira ouvidoria no Poder Legislativo foi criada em 2001 na Câmara dos Deputados pouco antes do Decreto nº 4.490/2002, que criou a Ouvidoria-Geral da República na então Corregedoria-Geral da União (Brasil, [2003]). O Senado Federal, por sua vez, somente em 2011 criou essa instância, e depois contribuiu para as câmaras municipais instaurarem ouvidorias por meio de cartilha publicada em 2018 (Brasil, 2018), no âmbito do projeto *Ouvidoria para todos*, instituído logo após a promulgação do *Código do usuário do serviço público* em 2017 (Brasil, [2023]).

Queiroz (2012) menciona benefícios da ouvidoria legislativa: a) para os cidadãos, o fortalecimento da transparência, a obtenção de respostas rápidas e a solução das demandas; b) para as instituições, a formulação de políticas públicas de forma mais participativa e orientada às necessidades da sociedade; c) para os parlamentares, a aproximação dos cidadãos e da escuta qualificada); e d) para a democracia, o arrefecimento da tradição clientelista, patrimonialista e personalista e da democracia representativa minimalista. De maneira geral, a ouvidoria legislativa apresenta uma ação política mais individualizada e de recrutamento amplo (autosseleção voluntária), ao contrário das audiências públicas, que são mais coletivas e nas quais se indicam os participantes, e está mais presente no processo de regulação das políticas públicas e no controle da atividade parlamentar (Quintão; Faria, 2018). Entretanto, alguns estudos relacionados ao caso da Câmara dos Deputados revelam que essas ouvidorias oferecem escassas possibilidades de participação no processo legislativo, pouco influem na rotina da instituição e sua interação é mais utilitarista e individual (Coutinho, 2014). Ademais, pouco se divulgam as ações adotadas pelas casas legislativas oriundas de suas ouvidorias. Num estudo comparativo sobre os níveis de transparência das ouvidorias do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Lessa e Del Bianco (2022) demonstram a ausência das providências adotadas pelo Senado em face das manifestações recebidas pela ouvidoria, apesar de exigência expressa no *Código do usuário do serviço público*, ao passo que a Câmara expôs em relatórios de suas atividades algumas medidas adotadas.

Desde a adoção das primeiras ouvidorias legislativas no início dos anos 2000 até o advento do *Código do usuário do serviço público* em 2017, interpuseram-se diversos formatos e desafios no histórico de criação desses órgãos nas casas legislativas; eles começaram a regularizar-se depois da promulgação de leis que determinam tanto a garantia de acesso à informação pública quanto a obrigatoriedade de se implantarem ouvidorias. Com a aprovação da LAI, cuja discussão foi liderada pela Controladoria-Geral da União (CGU), determinou-se que todo órgão da Administração Pública direta ou indireta deveria ter um SIC, a fim de garantir – além da chamada *transparência ativa*, em que a informação pública se torna disponível independentemente de solicitações – a *transparência passiva*, que possibilita aos cidadãos requererem informações às instituições (Brasil, [2022a]). Esse marco fundamentou o *Código do usuário do serviço público*.

Como os parlamentares exercem a representação política, podem compreender-se erroneamente como instâncias ouvidoras (Quintão, 2015) no sentido de uma representação institucional (Leston-Bandeira; Siefken, 2023). Essa imprecisão manifesta-se nos formatos adotados para a escolha do ouvidor-geral das casas. Segundo Moreno (2017-2018), no caso das assembleias legislativas, essa posição tem sido ocupada quase unanimemente por parlamentares (*ouvidores-deputados*) escolhidos por eleição interna durante a formação da mesa diretora ou já apontados por ela, se eleita anteriormente. Conforme o autor, o único caso que na época de seu estudo apresentava uma configuração completamente atípica era o da Assembleia Legislativa da Paraíba, cujo ouvidor (designado *ouvidor-sociedade*)

“é um cidadão escolhido por um Conselho Consultivo composto por dez instituições da sociedade civil” (Moreno, 2017-2018, p. 168). Esse conselho externo elabora uma lista tríplice e o presidente nomeia o ouvidor depois de encaminhar a matéria para a discussão em plenário. O ouvidor tem mandato de dois anos, com possível recondução apenas uma vez. Todavia, estudos revelam que o ouvidor escolhido é o menos votado na lista tríplice, tem baixa expressão na sociedade civil e supostamente “incomodaria menos” as práticas legislativas ordinárias¹⁰ (Lyra, 2008).

Num estudo sobre a Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG), Quintão e Cunha (2018, p. 138) demonstraram que o cargo de ouvidor não era atraente em termos políticos: “os deputados não se voluntariam para esse cargo. Ser ouvidor da ALMG não é cargo a ser pleiteado, e sim aceito pela bancada e liderança política”; e o posto é um dos últimos a serem definidos, relatou um deputado que fora ouvidor. Ademais, segundo os autores, a Mesa Diretora da ALMG é uma variável crucial para a atuação da ouvidoria; esse órgão direutivo tem o poder de decidir acerca da instalação ou não de inquéritos ou sindicâncias, com base nos apontamentos da ouvidoria, e até mesmo adotar ou não as medidas apontadas por ela, a fim de que não se reincida em falhas e erros, não raro simbolizados pelas mensagens encaminhadas pelos cidadãos.

Pode-se supor inicialmente que o *ouvidor-sociedade* “seria o perfil que daria mais autonomia à ouvidoria, atribuindo-lhe mais capacidade de desenvolver o controle externo e público e agindo de forma crítica, fazendo proposições para o processo legislativo” (Quintão; Cunha, 2018, p. 136). Entretanto, de acordo com Sampaio (2009) – deputado federal e então ouvidor da Câmara dos Deputados –, o *ouvidor-deputado* pode ser o mais ouvido pelos outros deputados e com isso estabelecer uma relação mais dialógica com outros parlamentares. Diferentemente das demais ouvidorias situadas no Poder Executivo ou no Judiciário, onde há posições mais rígidas entre chefes e subordinados, no Poder Legislativo o ouvidor ocupa a mesma posição que seus pares. Por outro lado, Quintão (2015) demonstra a dificuldade da ouvidoria legislativa em opor-se à atuação de um parlamentar, seja ao propor uma ação corretiva contra ele, seja ao sugerir alguma medida. Isso se deve tanto ao poder político do parlamentar como representante do povo quanto ao corporativismo nesses espaços. Assim, há um *trade-off* nessa escolha: um ouvidor-deputado tem mais trânsito, mas um ouvidor-sociedade garante maior *accountability* e controle social.

O processo de escolha do ouvidor diz respeito à dimensão de autonomia política da ouvidoria. Logo, para ela atuar de forma soberana e democrática, a escolha do titular deveria ocorrer com atribuição de mandato, independentemente do dirigente do órgão máximo ou entidade. Essa medida evitaria que seu titular fosse destituído a qualquer

¹⁰ Em 2004, na IX Conferência Nacional de Direitos Humanos, “definiu-se um modelo em que, na hipótese de o mais votado da lista tríplice alcançar 50% dos votos das entidades civis, este seria automaticamente homologado como ouvidor do órgão em questão” (Quintão; Cunha, 2018, p. 130).

momento ao livre arbítrio desse dirigente¹¹ e propiciaria maior segurança à atuação da ouvidoria, ao protegê-la de ingerências e interesses de partidos e grupos políticos. Essas atitudes fomentariam o controle social (Lyra, 2014; Menezes; Lima Neto; Cardoso, 2016).

Por sua vez, a dimensão da autonomia técnica concerne às condições técnicas para que as ouvidorias cumpram suas atribuições e sejam capazes de influenciar o processo decisório, mediante relatórios, análises e sugestões elaboradas com base na persuasão. Como exemplos disso podem-se citar: a) o caráter prioritário e de urgência de resposta dos servidores perante as demandas da ouvidoria; b) o sigilo sobre a identidade do manifestante como forma de evitar represálias (quesito usado para conceituar ouvidoria neste artigo); c) a estipulação de prazos de resposta e relação com a LAI e a LGPD; e d) o acesso do ouvidor às altas instâncias de tomada de decisão (Lima Neto; Durán, 2016). Por fim, com a prestação de contas, analisa-se o processo de *accountability* e procede-se à publicidade tanto das manifestações recebidas pela ouvidoria quanto do seu percurso institucional, que se referem às ações tomadas para isso, de acordo com o princípio da justificação pública e do controle social. Dentre outros, são exemplos disso: a) a ampla divulgação dos relatórios da ouvidoria; b) a divulgação das ações da ouvidoria em forma de notícia; e c) a organização em rede ou sistema de ouvidorias (Menezes; Lima Neto; Cardoso, 2016).

De acordo com Comparato (2012), o conceito de *accountability* apresenta três componentes principais: o monitoramento, a investigação e a punição. Dentre os três, apenas o monitoramento está ao alcance da ouvidoria¹². Isso se deve ao fato de a ouvidoria ser um canal casuístico, que toma a *magistratura de persuasão* como base para o seu desempenho. Assim, conquanto não tenham a atribuição de exercer o controle social, as ouvidorias públicas podem instar os órgãos de controle tradicionais à ação, ao fazerem recomendações, acionarem a *accountability* horizontal e desenvolverem também o controle interno. Esse procedimento geraria a justificação pública decisória e o exercício do poder de forma transparente – trata-se da *accountability* como *answerability* (Schedler, 1999). Dessa forma, a possibilidade do exercício do controle interno e horizontal tanto externo quanto social pela ouvidoria legislativa opera o controle difuso da prestação de contas, com um caráter diagonal do controle socioestatal (Gurza Lavalle; Isunza Vera, 2010). Essas três dimensões – autonomia política, autonomia técnica e mecanismo de prestação de contas – serão abordadas mais adiante de forma ampla e com poucas variáveis, com o objetivo de examinar as configurações das ouvidorias das câmaras municipais de Minas Gerais.

Existem também inconsistências relacionadas às funções das ouvidorias. De acordo com Moreno (2017-2018, p. 168-169), há ouvidorias legislativas “que lidam com a gestão da informação e com a elaboração/revisão do Portal da Transparência [...], como aquelas

¹¹ Para o ouvidor ser destituído do cargo, seria necessário adotar procedimentos institucionais, definidos previamente e com a participação dos atores envolvidos em sua escolha, como um colegiado independente e externo ao órgão público a que a ouvidoria está vinculada.

¹² As outras duas se inserem na esfera de atuação da corregedoria, que também detém o poder de disciplinamento.

que se confundem com um Serviço de Informação ao Cidadão (SIC/Fale conosco), de atendimento através de telefone e/ou por outros meios eletrônicos". Essas inconsistências de atribuições também demonstram a não institucionalização da ouvidoria legislativa na esfera pública. Uma das razões para isso é a maior associação da atuação das ouvidorias públicas com a provisão e a execução dos serviços e políticas públicas, o que as aproxima da perspectiva gerencial (Santos; Costa; Burger; Tezza, 2019); e isso não corresponde diretamente às funções e atribuições do Poder Legislativo, como já se ressaltou. Desse modo, as ouvidorias legislativas estariam mais voltadas para atuar no alargamento do exercício da representação política, com o desenvolvimento de relações mais próximas entre as instituições e os cidadãos que representam, bem como entre o representante e o representado.

Dois outros pontos relevantes nessa discussão consistem na: a) instauração dessa instância nas casas legislativas, o que ocorre de modo bastante heterogêneo; e b) sua posição no organograma da instituição – e às vezes até fora dele, como no caso da Assembleia Legislativa de Goiás –, o que pode gerar resistências internas ao órgão. As indefinições anteriores à vigência do *Código do usuário do serviço público* (Brasil, [2023]) levaram algumas instituições a passarem por um longo processo de instauração de suas ouvidorias (ou mesmo de dissolução de uma ouvidoria e sua posterior recomposição)¹³. Além disso, nem todas as ouvidorias legislativas estão previstas nos regimentos internos das casas. Ao examinarem essas instâncias nas assembleias legislativas, Quintão e Cunha (2018) demonstraram que, dentre as 14 existentes no momento da coleta dos dados (abril de 2015), a ouvidoria era prevista no regimento interno de apenas 7 delas. A definição da ouvidoria num regimento interno (que organiza regras e trâmites) garante maior normatividade e previsibilidade sobre a sua atuação.

Os canais de ouvidoria também devem adotar ferramentas digitais para tornar disponível esse serviço. A digitalização de mecanismos prevista pela LAI, como a adoção de portais on-line de transparência (Brasil, [2022a]), revela o propósito de alcançar os cidadãos com base em suas práticas, sobretudo quanto aos meios pelos quais eles se informam e se comunicam. A criação de ferramentas on-line para os cidadãos encaminharem solicitações, denúncias, sugestões etc. retira do processo a temporalidade; ou seja, não é necessário obedecer aos horários de atendimento presencial na instituição, e a isso se adiciona a possibilidade de anonimato total do requerente, um dado positivo especialmente para o nível municipal. Essas iniciativas, todavia, não devem eliminar o atendimento off-line, devido à falta de acesso aos meios digitais ou de familiaridade de muitos cidadãos com seu funcionamento, de modo que uma digitalização completa do procedimento seria excludente, pois feriria o princípio democrático por trás de sua concepção.

¹³ A Câmara Legislativa do Distrito Federal, por exemplo, passou por três projetos de resolução entre 1997 e 2002, para finalmente estabelecer uma ouvidoria legítima e atuante (Carvalho, 2008).

Nesse contexto, muitas ouvidorias legislativas implantaram SICs e seu modelo digital (o e-SIC), com o fim de garantir o direito ao acesso à informação. Porém, outras casas legislativas preferiram vincular esses serviços de transparência a canais administrativos já existentes. Esse foi o caso da ALMG, cujo *Sistema Fale* coordena tais serviços de transparência passiva; a ouvidoria é mais um órgão político, integrada ao Comitê de Ética, e o ouvidor é um deputado nomeado (*ouvidor-deputado*) que atua no campo do decoro parlamentar, com o propósito de receber reclamações sobre a atuação dos deputados e com a possibilidade de abertura de sindicâncias. Com efeito, a atividade da ouvidoria evitaria conflitos de interesses caso os servidores de carreira da ALMG realizassem os trabalhos (Quintão; Cunha, 2018).

Por fim, precisam ser cumpridos os quesitos quanto à proteção de dados pessoais, especialmente a partir da aprovação da LGPD em 2018; embora deva ser possível realizar denúncias de modo anônimo, os meios sempre coletam informações com o fim de melhor atender à requisição e gerar estatísticas sobre os atendimentos do canal. Essa determinação deve constar em anúncio nas páginas de órgãos públicos, conforme o Capítulo 3, art. 18, item 8 da LGPD (Brasil, [2022b]), seja para o cidadão atestar ciência do uso de dados coletados, seja para não permitir a sua coleta¹⁴.

Ancorado nessas reflexões e na observação da atividade da ALMG, o estudo aborda na próxima seção como as câmaras municipais mineiras têm instaurado ouvidorias com o fim de obedecer aos princípios legais e ao formato mínimo exigido para se constituírem como tais.

3 Metodologia e resultados

Consistiu em três etapas o mapeamento da existência de ouvidorias nas câmaras legislativas dos 853 municípios de Minas Gerais. Na primeira etapa, procedeu-se à coleta automatizada num código em *Python* que procurou rastrear os links dos sites institucionais de cada câmara e, neles, a ocorrência de abas e de ícones com o termo *ouvidoria*. A segunda etapa consistiu na verificação manual dessa *raspagem* de dados para a conferência da coleta de dados e da sua consistência (confiabilidade e validade). Por fim, aplicou-se a definição da *existência* ou *não* de ouvidoria em cada câmara. Esse processo de coleta e conferência dos dados ocorreu entre agosto e novembro de 2023, como forma de evitar um ano de eleições municipais e as possíveis alterações e vedações nos portais dos legislativos, para atenderem à legislação eleitoral.

Assim, depois de se proceder à revisão da literatura sobre a ouvidoria no Legislativo e seu processo de construção (realizada na seção anterior), definiram-se dois critérios para

¹⁴ O canal on-line da ouvidoria do Senado Federal apresenta uma espécie de termo de consentimento livre e esclarecido à disposição dos cidadãos (Dados [...], [201-]).

considerar uma instância como ouvidoria: as possibilidades de o cidadão enviar para o Legislativo mensagens sigilosas ou mensagens anônimas. Essas possibilidades deveriam ser explicitadas de forma clara e compreensível no momento de acionar a ouvidoria; isso evitaria possíveis retaliações ao demandante quando se relatasse, por exemplo, comportamentos e ações impróprias de um parlamentar ou de grupos de parlamentares que ferissem o decoro, bem como asseguraria o devido acolhimento dessas mensagens sensíveis e a atuação mais livre do ouvidor. A construção desses critérios associa-se mais diretamente ao exercício do controle social e à função fiscalizatória do parlamento (Moreno, 2017-2018), a que se acresce a tradição política da ouvidoria de atuar como instância de defesa e proteção contra a violação dos direitos dos cidadãos e do exercício da prestação de contas ao público externo (Cardoso, 2010; Lyra, 2011; Lima Neto; Durán, 2016)¹⁵. Essa definição minimalista e restrita também caracteriza o funcionamento da ouvidoria, ao apresentar requisitos mínimos para seu exercício, mas sem recorrer demasiadamente à normatividade e ao *de vir*.

Outro aspecto em favor da estipulação desses dois critérios é evitar o “estiramento conceitual” do objeto, para que não perca sua densidade (Collier; Mahon Junior, 1993), além de tornar possíveis as comparações sobre os distintos casos. Apenas a aba *ouvidoria* no portal de uma câmara municipal não significa necessariamente o exercício dessa instância na instituição, com atribuições e responsabilidades; pode tratar-se apenas um *fale conosco* ou um *envie a sua mensagem*¹⁶, já que várias casas legislativas se confundem sobre esses espaços, como o demonstram Mitozo (2023) e Moreno (2017-2018). Deve-se considerar também se o nome *ouvidoria* tem mais apelo no imaginário popular que *sistema fale ou centro de atendimento ao cidadão*, o que pode conferir ao parlamento uma aura de transparência (Quintão, 2015).

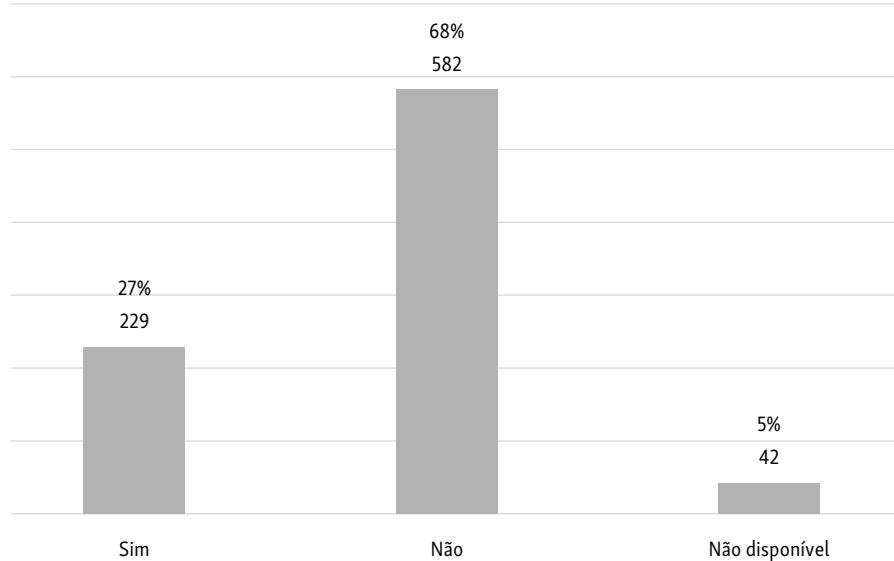
Quando se tomam como referências os dois critérios aqui estipulados para essa determinação, constata-se que somente 229 câmaras mineiras (27% do total) dispunham de uma ouvidoria parlamentar no momento da pesquisa. Os portais de 33 câmaras municipais estavam indisponíveis no momento da pesquisa, por não terem site ou por não estarem funcionando propriamente¹⁷. Em outros 9 portais, não foi possível registrar manifestação na ouvidoria: o link não abria, estava corrompido ou apresentava erro. Esses 42 casos foram, pois, desconsiderados e tratados como ausentes na base de dados; a eles se atribuiu o código *não disponível* (ver Gráfico).

¹⁵ Essa perspectiva é mais evidente nas ouvidorias de polícia, que visam tanto proteger os direitos dos cidadãos quanto promovê-los entre grupos vulneráveis sujeitos a abusos dos agentes estatais, bem como dos policiais que sofrem violações no âmbito das corporações e da sociedade (Comparato, 2012; Zaverucha, 2008).

¹⁶ Por exemplo, na câmara de Bocaina de Minas há somente a informação do e-mail para o acesso à ouvidoria. Assim, ela não foi considerada como possuidora de ouvidoria.

¹⁷ Aliás, durante a pesquisa, um portal fora hackeado por um grupo radical islâmico pró-Palestina.

Gráfico – Ouvidorias nas câmaras municipais mineiras



Fonte: elaborado pelos autores com base em dados do Decode (2024).

Os dados são proporcionalmente semelhantes aos encontrados por Camargo e Rosa (2022); eles constataram que apenas 3 das 10 câmaras municipais (30%) da região do Alto Tietê (SP) têm ouvidorias, o que demonstra a baixa incidência desse canal nas câmaras.

A posição do canal de ouvidoria varia basicamente entre os seguintes layouts: a) entrada do site (mesmo que tenha que descer a barra de rolagem); b) na aba *transparência*; c) na aba *contato/fale conosco/atendimento*; d) na aba *institucional*; ou e) numa aba “neutra”, sem nada escrito. No primeiro caso, basta um clique para acionar a instância, pois ela já está visível na página inicial do site. Nos outros quatro casos são necessários pelo menos dois movimentos ou cliques para o registro da mensagem, e é mais difícil encontrá-la no modelo de aba “neutra”. Nos modelos *transparência* e *contato* há uma perda da centralidade da ouvidoria, dado que ela ou se enquadra como transparência passiva ou como forma de comunicação com a casa legislativa; em outras palavras, a ouvidoria seria uma peça para escopos mais amplos. Por fim, o fato de a ouvidoria não aparecer de imediato pode dificultar a possibilidade de o cidadão enviar mensagem, dado que ele precisa procurar o “abrir das abas” para acionar a instância.

Outro aspecto diz respeito à publicidade da atuação da ouvidoria. Portal algum exibiu notícia sobre ação da ouvidoria em sua página principal, nem na parte de relatórios. Essa ausência aproxima-se dos achados de Lessa, Geraldes e Del Bianco (2019), que demonstraram a baixa visibilidade da ouvidoria nos veículos noticiosos institucionais das assembleias legislativas. Ou seja, esse padrão replica-se no âmbito legislativo municipal e estadual, o que pode indicar tanto uma desarticulação entre as equipes de comunicação e a ouvidoria

quanto o papel não estratégico desse órgão seja no plano interno, seja na promoção da participação cidadã e da transparência. A publicidade de ações de abertura participativa é fundamental para o seu funcionamento, mas a falta de conexão entre setores das casas legislativas é recorrente, mesmo nas instituições do Congresso Nacional (Mitozo, 2018).

A disposição de informação a respeito das atividades das ouvidorias resume-se a relatórios com gráficos descritivos sobre o tipo mensagem encaminhada (denúncia, solicitação, crítica, elogio, sugestão etc.) ao longo de determinados períodos. Isso aconteceu em aproximadamente 30% das ouvidorias, mas esses relatórios, que consistem em dados agregados, não expõem “as providências adotadas”, como determina o *Código do usuário do serviço público* (Brasil, [2023]). Camargo e Rosa (2022) constataram situação semelhante: apesar de todas fornecerem um link para pedidos de informação, em nenhuma das 10 ouvidorias das câmaras municipais do Alto Tietê (SP) está disponível qualquer relatório sobre os pedidos de informação, suas respostas ou prazos nos respectivos portais. Alguns relatórios das câmaras mineiras disponíveis estão desatualizados; e 2022 foi o ano dos últimos dados apresentados. Adiciona-se a isso a baixa (ou mesmo nenhuma) requisição dessa instância ao longo de todo um ano, seja com nenhuma manifestação, seja com apenas um ou dois registros, de acordo com os relatórios divulgados. Exemplos dessa situação são as câmaras de Albertina, Brumadinho, Candeias, Florestal, Itaguara, Medeiros e São Francisco de Sales. Tais aspectos inviabilizam a consolidação do mecanismo de prestação de contas, baseada na justificativa pública, e a importância da ouvidoria no legislativo municipal.

Relativamente à dimensão da autonomia política, que envolve as ingerências de poder e liberdade de atuação da ouvidoria (Lima Neto; Durán, 2016), apenas 9 portais apresentaram o responsável pela ouvidoria, os das câmaras de Barbacena, Belo Horizonte, Cláudio, Candeias, Carmo do Rio Claro, Confins, Elói Mendes, Florestal e Vazante. Em Candeias, Carmo do Rio Claro, Elói Mendes e Vazante quem responde é um servidor administrativo, ao passo que nos outros casos o ouvidor é um vereador – o que corrobora a estrutura identificada por Moreno (2017-2018) nas assembleias legislativas. Em contrapartida, somente nas câmaras de Belo Horizonte e Cláudio apresenta-se a informação de forma completa na página da inicial da ouvidoria (quem desempenha o papel de ouvidor ou ouvidora, como é seu processo de escolha e quanto tempo dura seu exercício). A ausência dessa informação acerca da composição do órgão comprova que se deve garantir que o cidadão utilize esse canal, com a exibição das formas de contato e a garantia do preenchimento do formulário próprio. Na perspectiva da instituição, o perfil, o processo de escolha e as garantias de gestão (como a existência de mandato) seriam irrelevantes para o público externo¹⁸.

¹⁸ Contudo, cabe indagar como no plano interno se define o exercício do titular da ouvidoria. Para isso, seria necessário ir além das resoluções que normatizam a ouvidoria legislativa, pois grande parte delas não apresenta pormenorizadamente tais informações. Assim, a realização de estudos de caso em algumas câmaras municipais é metodologicamente relevante para se compreenderem as relações de poder e as definições políticas que envolvem a ouvidoria legislativa.

Sobre a autonomia técnica, reconhece-se que a LAI auxilia no processo de registro, recebimento e tratamento da mensagem ao deixar explícitas para o cidadão as etapas a serem percorridas pela mensagem e o tempo de resposta; desse modo, ela aperfeiçoa os procedimentos internos a se adotarem, inclusive com o formato de respostas a serem dadas (comunicação pública). Objetiva-se, assim, aprimorar a organização dos fluxos das informações e a efetivação da transparência passiva, com cadastro, formulário e sistematização. A ouvidoria da Câmara de Conselheiro Lafaiete, por exemplo, apresenta numa imagem todo o percurso das manifestações advindas da ouvidoria, o que torna as etapas e os processos mais compreensíveis para a população.

Entretanto, uma câmara municipal explicitou o tempo médio de resposta para as solicitações enviadas à ouvidoria: 131 dias. Esse tempo extrapola em muito os requisitos da LAI, cujo prazo é de 20 dias prorrogáveis por mais 10 (Brasil, [2022a], art. 11, §§ 1º e 2º), o que demonstra seu não cumprimento legal. Saliente-se também que apenas 4 pedidos tinham sido protocolados até o momento da pesquisa, conforme o relatório de atividades dessa instância.

Há uma associação estatística significativa (teste qui-quadrado com p valor < 0,001 e V de Cramer = 0,156) entre ter ouvidoria parlamentar – com base nos dois critérios aqui estipulados – e ter um portal da transparência (773 câmaras). Dentre as 229 câmaras com ouvidoria, 221 também apresentam esse portal em sites, o que corresponde a 96,5% do total. Porém, não houve associação estatística significativa entre municípios com mais de 10.000 habitantes (IBGE, [2023]) e a existência de ouvidoria; de acordo com a LAI, tais municípios devem divulgar informações na internet (Brasil, [2022a], § 4º).

A LGPD, por sua vez, respalda a proteção dos dados do demandante e preserva sua identidade, pois somente o ouvidor e sua equipe podem saber quem acionou o canal. A possibilidade de envio de mensagem de caráter sigiloso acontece especialmente: a) com a ciência do Legislativo sobre a reivindicação do cidadão, mas sem possibilidade de retorno e de seu acompanhamento pelo demandante, pois não há o registro do seu e-mail (modelo mais comum); e b) com o envio de um código randômico no momento de registro da demanda, o que permite ao demandante acompanhar o trâmite de sua manifestação. No entanto, observaram-se problemas na aplicação da LGPD, como a necessidade, em alguns casos, do CPF ou até mesmo o CEP e o endereço do cidadão para o cadastramento e o registro da mensagem, além da exibição do nome de quem fez a demanda e do inteiro teor da mensagem.

A necessidade do CPF geralmente acontece quando a ouvidoria está inserida no portal de transparência da câmara, justificada com base na LAI para o cadastro do demandante. Todavia, poucas câmaras explicitam que os dados pessoais serão tratados de forma sigilosa. Por sua vez, a exibição do nome da pessoa e da sua mensagem pode ser ainda mais problemática: a depender da denúncia ou queixa, ela pode acarretar prejuízos ao cidadão. Em duas casas legislativas das mesorregiões do Vale do Rio Doce e na região metropolitana de Belo Horizonte, constataram-se denúncias sensíveis no canal da ouvidoria, em que constavam o nome do denunciante e os dados da pessoa a ser denunciada (nome, ocupação etc.). Ademais,

constatou-se a ausência de um atestado de ciência pelos cidadãos sobre o tratamento dos dados enviados pelos canais (segurança, armazenamento e controle desses dados), ação prevista no Capítulo 3 da LGPD (Brasil, [2022b]), pois apenas três câmaras municipais informavam algo sobre a política de proteção e privacidade dos dados dos cidadãos, além de termos de ciência e consentimento no momento do registro das manifestações.

4 Discussão dos resultados

Por meio da integração da literatura pertinente com a análise dos dados sobre como as ouvidorias estão presentes nos portais das câmaras municipais mineiras, foi possível construir uma tipologia dos modelos de suas ouvidorias. Construída com base em tipos ideais weberianos, essa tipologia apresenta três formas de ouvidorias: a) como canal de contato; b) como transparência; e c) como SIC e e-SIC (ver Quadro).

O primeiro modelo considera a ouvidoria sobretudo como um canal que amplia as formas de interação com os cidadãos, ao ampliar os modos de acesso de comunicação. Ao democratizar a instituição, esse processo é capaz de aprimorar a inclusão social e política. Impulsionado pela LAI, o segundo modelo reconhece que os cidadãos procuram a ouvidoria também para obterem informações e dados de seu interesse, bem como os de interesse coletivo (Romero; Sant'Anna, 2014); isso fomenta a capacidade de se monitorar a atuação da câmara e o processo legislativo e, consequentemente, o controle social. Por fim, a ouvidoria como SIC ou e-SIC, também decorrente da LAI, expande as formas de atendimento às demandas dos cidadãos ao possibilitar que elas sejam encaminhadas ao Poder Legislativo, a fim de lhes assegurar os direitos de petição e de interpelação do Poder Público (Comparato, 2012), acrescido do caráter pedagógico e educativo que propicia tanto o aprendizado político do funcionamento do parlamento quanto a melhor compreensão de suas rotinas, por ser a “porta de entrada” do Legislativo, uma instância preliminar de contato com a população.

Quadro – Modelos das ouvidorias das câmaras municipais

OUVIDORIA COMO CONTATO	OUVIDORIA COMO TRANSPARÊNCIA	OUVIDORIA COMO SIC E E-SIC
<ul style="list-style-type: none">• acesso e forma de interação com a câmara municipal• potencial de ampliação da inclusão social e política e democratização do Poder Legislativo	<ul style="list-style-type: none">• espaço para a requisição de informações pelos cidadãos• possibilita o monitoramento dos trabalhos da casa legislativa e fomenta o controle social	<ul style="list-style-type: none">• canal para o atendimento de solicitações e demandas dos cidadãos• “porta de entrada” do Legislativo• capacidade de gerar aprendizado político acerca do funcionamento da câmara

Fonte: elaborado pelos autores.

No caso das câmaras municipais mineiras, suas ouvidorias enquadram-se na primeira e na terceira categorias, pois 12% delas (28 casos) estão nos portais de transparência das casas; desse modo, constituem mais uma forma de contato e de atendimento ao cidadão. A ouvidoria pode estimular o envolvimento do público com as casas legislativas e reforçar a representação institucional de caráter mais coletivo (Leston-Bandeira; Siefken, 2023), pois com base nela os representados estabelecem formas de comunicação bilaterais com as câmaras. Essa conexão oferece às instituições a possibilidade de estarem atualizadas sobre o cotidiano de quem representam, o que fortalece suas funções representativa e fiscalizatória¹⁹.

Outro aspecto a ser considerado é que em municípios de pequeno porte há mais laços de proximidade e de coesão social entre os atores políticos e a sociedade, o que pode tornar prescindível a existência da ouvidoria. Assim, ela poderia ser vista como um imperativo para criação de órgãos públicos, como forma de responder a um isomorfismo institucional e às políticas públicas coordenadas pelo Executivo federal, além da criação ou da acumulação de cargos pelos agentes públicos (Quintão, 2015). Esse fenômeno, compreendido como uma espécie de “difusão deturpada” (Oliveira, 2010, p. 173), caracteriza-se pela proliferação das ouvidorias, mas sem associação com sua competência em si e sem reflexão sobre sua necessidade. Isso significa que a instalação das ouvidorias nas câmaras municipais deve estar mais associada a imperativos e processos de dependência de trajetória quanto a políticas para a criação das ouvidorias públicas.

Esses processos de estímulo a disseminação das ouvidorias públicas passaram a acontecer antes mesmo do advento da LAI e do *Código do usuário do serviço público*, com a adoção de políticas contínuas desde a década passada. Podem-se listar alguns exemplos que contribuíram para a implantação de ouvidorias públicas. Em 2009, o Poder Executivo federal transferiu R\$ 100 mil para os municípios com mais de 100 mil habitantes para a criação de unidades de ouvidoria (Cortes, 2011). A própria Ouvidoria-Geral da União (OGU)²⁰ tornou menos custosa a criação de ouvidorias nos diversos entes federativos. Há também a aprovação da Emenda Constitucional (EC) nº 45, que em 2004 criou ouvidorias no Poder Judiciário e no Ministério Público, no âmbito federal e dos estados; mas tal ação só se concretizaria sete anos depois.

Tais exemplos elucidam, em particular, o papel do Poder Executivo federal na proliferação das ouvidorias nos âmbitos estaduais e municipais e nos Poderes. Contudo, essa implantação frequentemente segue desenhos já instituídos e resulta de um processo *top-down* (de cima para baixo), alheio ao contexto político e à sociedade local, bem como à funcionalidade e

¹⁹ Cabe indagar se o desenvolvimento dessas relações deve passar pela via institucional, em consideração à visão dos atores políticos, sobretudo em municípios pequenos e com menor infraestrutura, mas isso foge ao escopo desta pesquisa e necessita de nova investigação para ser verificado.

²⁰ Criada em 2002 e atualmente ligada à CGU, a OGU estabelece diretrizes e produz cartilhas que fundamentam o padrão de funcionamento de ouvidorias, bem como as reúne no sistema Fala.BR ([2025]), plataforma integrada de ouvidoria e acesso à informação.

ao papel da ouvidoria. Em suma, não existe um desenho institucional que interaja com a realidade local e com a instituição na qual a ouvidoria atua.

5 Considerações finais

Este artigo demonstrou que são muito limitadas tanto a política de comunicação desenvolvida pelas ouvidorias municipais examinadas quanto a ideia de prestação de contas. Essa comunicação restringe-se a uma lógica particularista: volta-se para quem acionou a ouvidoria e não se comprehende que a demanda individual simboliza uma questão coletiva (Trombka, 2005). Além disso, os relatórios não demonstram qualquer ação demandada pela ouvidoria ou alguma atribuição por ela desenvolvida mediante a magistratura de persuasão ou a mediação de conflitos²¹, o que lhe poderia conferir um senso de eficácia política.

Deve-se atentar em que o ato de ouvir o cidadão é uma premissa da ouvidoria, e não seu objetivo final, pois o ato comunicativo só se perfaz quando a ouvidoria reage, provide soluções e responde ao cidadão (Iasbeck, 2010, p. 20). Por isso, a literatura aponta que ela deve ser concebida para auxiliar na proposição de mudanças *incrementais*, com pareceres e sugestões sobre medidas a se tomarem, a fim de aperfeiçoar a atuação da instituição pública. Também é insuficiente a publicidade sobre o que se faz a seu respeito nos sites institucionais das câmaras mineiras. Isso materializa o que se pode denominar *subinformação* (Pinho; Winkler, 2007), ou seja, informação pouco relevante e decisiva sob o ponto de vista da política. Esses achados vão ao encontro dos estudos de Quintão (2015, 2019), Lessa, Geraldes e Del Bianco (2019) e Menezes, Lima Neto e Cardoso (2016).

Por fim, deve-se considerar que quem aciona a ouvidoria legislativa demonstra querer manter o vínculo com a instituição, e não rompê-lo, mesmo quando encaminha uma reclamação. Porém, o fato de o foco dos modelos das ouvidorias legislativas nos sites das câmaras municipais (e também na LAI e na LGPD) ser o fluxo da entrada ao retorno ao cidadão demonstra que a questão do controle social tem sido secundária, quando ele deveria ser o papel primordial das ouvidorias públicas, segundo Lima Neto e Durán (2016).

Assim, a preocupação central é garantir o atendimento das demandas do cidadão, com respeito a prazos e fluxos de informação de encaminhamento e recebimento da resposta entre os órgãos, como mais uma instância que pode ampliar o acesso do cidadão ao Legislativo, com o fim de conhecer suas demandas de forma direta e individualizada, e menos como um canal de comunicação pública que fomenta relações bilaterais de forma coletiva.

²¹ As ouvidorias legislativas (como as ouvidorias públicas) não têm poder decisório vinculante. Sua atuação consiste em mediação de conflitos e capacidade de persuasão, ou seja, ação propositiva ao apontar alternativas para a mesa diretora da casa legislativa – um espaço de mediação não somente para a sociedade, mas também para os servidores.

Referências

- BRASIL. Decreto nº 4.490, de 28 de novembro de 2002. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Corregedoria-Geral da União, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Revogado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4490.htm. Acesso em: 8 maio 2025.
- _____. 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, [2022a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 8 maio 2025.
- _____. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em: 8 maio 2025.
- _____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 8 maio 2025.
- _____. Senado Federal. Ouvidoria: um direito do cidadão. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Cartilha – Projeto Ouvidoria para todos. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/ouvidoria/publicacoes-ouvidoria/cartilha-projeto-ouvidoria-para-todos-2018>. Acesso em: 8 maio 2025.
- CAMARGO, Aline; ROSA, Luciane de Fátima Giroto. O papel das ouvidorias na comunicação pública do Poder Legislativo municipal: um estudo de caso na região do Alto Tietê/SP. *E-Legis*: revista eletrônica do programa de pós-graduação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, v. 15, n. 39, p. 126-144, set./dez. 2022. DOI: <https://doi.org/10.51206/elegis.v15i39.778>. Disponível em: <https://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/778>. Acesso em: 8 maio 2025.
- CARDOSO, Antonio Semeraro Rito. Ouvidoria pública como instrumento de mudança. *Ipea*: texto para discussão, Brasília, DF, n. 1.480, p. 1-29, mar. 2010. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/td_1480%20ouvidoria%20como%20instrumento%20de%20mudanca.pdf. Acesso em: 8 maio 2025.
- CARVALHO, Ivan. *A Ouvidoria da Câmara Legislativa do Distrito Federal: um estudo de caso*. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Comunicação Legislativa) – Universidade do Legislativo Brasileiro/Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasília, DF, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160543/IVAN%20CARVALHO.pdf?sequence=7&isAllowed=y>. Acesso em: 8 maio 2025.
- COLLIER, David; MAHON JUNIOR, James E. Conceptual “stretching” revisited: adapting categories in comparative analysis. *American Political Science Review*, [s. l.], v. 87, n. 4, p. 845-855, Dec. 1993. Disponível em: <https://polisci.berkeley.edu/sites/default/files/people/u3827/conceptualStretchingRevisited.pdf>. Acesso em: 8 maio 2025.
- COMPARATO, Bruno Konder. As ouvidorias públicas como instrumento de democracia participativa: o exemplo das ouvidorias da polícia. In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 8., 2012, Gramado, RS. *Anais* [...]. Rio de Janeiro: ABCP, 2012.
- _____. Ouvidorias públicas como instrumentos para o fortalecimento da democracia participativa e para a valorização da cidadania. In: MENEZES, Ronald do Amaral; CARDOSO, Antonio Semeraro Rito (org.). *Ouvidoria pública brasileira: reflexões, avanços e desafios*. Brasília, DF: Ipea, 2016. p. 43-53. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6601>. Acesso em: 8 maio 2025.
- CORTES, Soraya Vargas. As diferentes instituições participativas existentes nos municípios brasileiros. In: PIRES, Roberto Rocha C. (org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília, DF: Ipea, 2011. v. 7, p. 137-149. (Diálogos para o desenvolvimento). Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3089>. Acesso em: 8 maio 2025.

COUTINHO, Robson Luiz Fialho. Instrumentos de participação cidadã na Câmara dos Deputados. *E-Legis*: revista eletrônica do programa de pós-graduação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, v. 7, n. 13, p. 21-42, jan./abr. 2014. DOI: <https://doi.org/10.51206/e-legis.v13i13.164>. Disponível em: <https://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/164>. Acesso em: 8 maio 2025.

DADOS pessoais – LGPD. In: OUVIDORIA. Brasília, DF: Senado Federal, [201-]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/ouvidoria/form-ouv-lgpd>. Acesso em: 8 maio 2025.

FALA.BR: plataforma integrada de Ouvidoria e acesso à informação. Brasília, DF: CGU, [2025]. Disponível em: <https://falabr.cgu.gov.br/web/home>. Acesso em: 8 maio 2025.

GURZA LAVALLE, Adrián; ISUNZA VERA, Ernesto. Precisiones conceptuales para el debate contemporáneo sobre la innovación democrática: participación, controles sociales y representación. In: ISUNZA VERA, Ernesto; GURZA LAVALLE, Adrián (coord.). *La innovación democrática en América Latina: tramas y nudos de la representación, la participación y el control social*. México, DF: Universidad Veracruzana, Centro de Estudios Superiores en Antropología Social, 2010. p. 17-80. (Publicaciones de la Casa Chata).

IASBECK, Luiz Carlos Assis. Ouvidoria é comunicação. *Organicom*: revista brasileira de comunicação organizacional e relações públicas, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 14-24, jan./jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2238-2593.organicom.2010.139045>. Disponível em: <https://revistas.usp.br/organicom/article/view/139045>. Acesso em: 8 maio 2025.

IBGE. *Censo demográfico [2022]: população e domicílios: primeiros resultados*. [Rio de Janeiro]: IBGE, [2023]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/22827-censo-demografico-2022.html?edicao=37225>. Acesso em: 30 jun. 2025.

LESSA, Alessandra Siqueira; DEL BIANCO, Nelia Rodrigues. Transparéncia do Poder Legislativo brasileiro: instrumentos utilizados pelas Ouvidorias do Senado e da Câmara dos Deputados. *E-Legis*: revista eletrônica do programa de pós-graduação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, v. 15, n. 38, p. 10-36, maio/ago. 2022. DOI: <https://doi.org/10.51206/elegis.v15i38.676>. Disponível em: <https://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/676>. Acesso em: 8 maio 2025.

LESSA, Alessandra Siqueira; GERALDES, Elen Cristina; DEL BIANCO, Nelia Rodrigues. A baixa visibilidade das ouvidorias parlamentares no noticiário publicado nos sites institucionais das casas legislativas brasileiras. *Revista Eptic*, Aracaju, v. 21, n. 3, p. 6-24, set./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufs.br/epic/article/view/12464>. Acesso em: 8 maio 2025.

LESTON-BANDEIRA, Cristina; SIEFKEN, Sven T. The development of public engagement as a core institutional role for parliaments. *The Journal of Legislative Studies*, [s. l.], v. 29, n. 3, p. 361-379, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1080/13572334.2023.2214390>. Disponível em: <https://www.tandfon-line.com/doi/full/10.1080/13572334.2023.2214390>. Acesso em: 8 maio 2025.

LIMA NETO, Fernando Cardoso; DURÁN, Paulo Renato Flores. Ouvidorias públicas e conselhos de políticas: avanços e desafios na democratização da participação social e nas relações entre Estado e sociedade. In: MENEZES, Ronald do Amaral; CARDOSO, Antonio Semeraro Rito (org.). *Ouvidoria pública brasileira: reflexões, avanços e desafios*. Brasília, DF: Ipea, 2016. p. 55-77. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6601>. Acesso em: 8 maio 2025.

LYRA, Rubens Pinto. A Ouvidoria no contexto da democracia participativa. In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 35., 2011, Caxambu. *Anais* [...]. São Paulo: ANPOCS, 2011.

_____. *A Ouvidoria pública no Brasil: modelos em disputa*. João Pessoa: Ed. UFPB, 2014.

_____. Ouvidor: o defensor dos direitos humanos na administração pública brasileira. In: _____ (org.). *Participação, democracia e segurança pública: a experiência brasileira*. João Pessoa: Ed. UFPB, 2008. p. 65-96.

MATOS, Heloísa. A comunicação pública no Brasil e na França: desafios conceituais. *Comunicação: veredas*, Marília, SP, v. 8, n. 8, p. 99-114, 2009.

MENEZES, Ronald do Amaral; CARDOSO, Antonio Semeraro Rito (org.). *Ouvidoria pública brasileira: reflexões, avanços e desafios*. Brasília, DF: Ipea, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6601>. Acesso em: 8 maio 2025.

MENEZES, Ronald do Amaral; LIMA NETO, Fernando Cardoso; CARDOSO, Antonio Semeraro Rito. As ouvidorias e o uso público da razão: proposta de um modelo ideal-possível à luz dos atos normativos das ouvidorias públicas federais no Brasil. In: MENEZES, Ronald do Amaral; CARDOSO, Antonio Semeraro Rito (org.). *Ouvidoria pública brasileira: reflexões, avanços e desafios*. Brasília, DF: Ipea, 2016. p. 79-102. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6601>. Acesso em: 8 maio 2025.

MITOZO, Isabele Batista. *E-participação nos parlamentos: desenvolvimento e uso de iniciativas pela Câmara dos Deputados brasileira e pela House of Commons britânica*. 2018. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/handle/1884/55185>. Acesso em: 8 maio 2025.

_____. O estado de digitalização das câmaras municipais do Nordeste: uma análise a partir dos portais institucionais. In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PESQUISADORES EM COMUNICAÇÃO E POLÍTICA, 10., 2023, Fortaleza. *Anais* [...]. Rio de Janeiro: Compolítica, 2023. Disponível em: http://compolitica.org/novo/wp-content/uploads/2023/05/GT8_Governo-e-Parlamento-Digital_Mitozo_O-estado-de-digitalizacao-das-Camaras-Municipais-do-Nordeste-Isabele-Mitozo.pdf. Acesso em: 8 maio 2025.

MORENO, Douglas. As ouvidorias legislativas e o seu papel na reconstrução das atividades típicas do Poder Legislativo. *Revista Científica da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman*, [s. l.], ano 1, n. 1, p. 165-176, 2017-2018. DOI: <https://doi.org/10.37814/2594-5068.2018v1.p165-176>. Disponível em: https://revista.abonacional.org.br/files/edicoes/artigos/1_13.pdf. Acesso em: 8 maio 2025.

NASSIF, Gustavo Costa. As ouvidorias públicas no contexto de um novo modelo de governança. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 73, n. 4, p. 43-58, out./dez. 2009.

OLIVEIRA, João Elias de. Ouvidoria brasileira, estímulo à cidadania. Entrevista concedida a Luiz Carlos Assis Iasbeck. *Organicom: revista brasileira de comunicação organizacional e relações públicas*, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 166-177, jan./jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2238-2593.organicom.2010.139054>. Disponível em: <https://revistas.usp.br/organicom/article/view/139054>. Acesso em: 8 maio 2025.

PAINEL Resouveu? Brasília, DF: CGU, [2025]. Disponível em: <https://centralpaineis.cgu.gov.br/visualizar/resouveu>. Acesso em: 8 maio 2025.

PEDRON, Ronaldo Araújo. *Democratização do Poder Judiciário: a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça como instrumento de participação popular*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUBD-AY6NBS>. Acesso em: 8 maio 2025.

PINHO, José Antonio Gomes de; WINKLER, Ingrid. dabliu, dabliu, dabliu: sociedade da informação. Que informação? In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO, 31., 2007, Rio de Janeiro. *Anais* [...]. Maringá, PR: ANPAD, 2007. Disponível em: https://arquivo.anpad.org.br/diversos/down_zips/33/TC%20APS-A1670.pdf. Acesso em: 8 maio 2025.

PINHO, Maria Dominguez Costa; COSTA, Gabriella da; MARIOTO, Djiovanni Jonas França; SANTOS, Ébida Rosa dos; FRANCE, Guilherme. Transparência e governança pública nas assembleias legislativas: uma análise dos níveis de transparência e das variáveis socioeconômicas estaduais. *Revista Humanidades & Inovação*, Palmas, TO, v. 10, n. 9, p. 62-76, 2023. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/9115>. Acesso em: 8 maio 2025.

QUEIROZ, Daniela de Almeida. Ouvidoria pública como canal de comunicação para o fortalecimento da democracia representativa. *Revista do Parlamento Paulistano*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 113-127, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://parlamentoesociedade.emnuvens.com.br/parlamentopaulistano/article/view/121>. Acesso em: 8 maio 2025.

QUINTÃO, Thales Torres. *Fala que eu te escuto? Ouvidorias parlamentares e o seu potencial democratizante: o caso de Minas Gerais*. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

_____. Reflexões e dilemas sobre a Ouvidoria pública no Brasil: uma análise das ouvidorias do Poder Executivo federal. *Revista do Serviço Público*: RSP, Brasília, DF, v. 70, n. 2, p. 297-323, abr./jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.21874/rsp.v70i2.3382>. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/3382>. Acesso em: 8 maio 2025.

QUINTÃO, Thales Torres; CUNHA, Eleonora Schettini Martins. Fala que eu te escuto: ouvidorias parlamentares e o seu potencial democrático. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 26, n. 66, p. 125-143, abr./jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/1678-987318266606>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/7m9sybHbgKqyW5PxYxFxbh/?lang=pt>. Acesso em: 8 maio 2025.

QUINTÃO, Thales Torres; FARIA, Claudia Feres. Parlamento e inovações participativas: potencialidades e limites para a inclusão política. *Teoria & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 26, n. 2, p. 60-92, jul./dez. 2018.

ROMERO, Henrique Hugueney; SANT'ANNA, Francisco Cláudio Corrêa Meyer. O papel das ouvidorias na comunicação pública do Poder Judiciário. *Revista do Serviço Público*: RSP, Brasília, DF, v. 65, n. 2, p. 185-198, abr./jun. 2014. DOI: <https://doi.org/10.21874/rsp.v65i2.579>. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/579>. Acesso em: 8 maio 2025.

SAMPAIO, Carlos. Ouvidoria parlamentar. In: LYRA, Rubens Pinto (org.). *Modalidades de Ouvidoria pública no Brasil*: segunda coletânea. João Pessoa: Ed. UFPB, 2009. p. 177-195.

SANTOS, Aline Regina; COSTA, Jane Iara Pereira da; BURGER, Fabrício; TEZZA, Rafael. O papel da Ouvidoria pública: uma análise a partir das dimensões funcional, gerencial e cidadã. *Revista do Serviço Público*: RSP, Brasília, DF, v. 70, n. 4, p. 630-657, out./dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.21874/rsp.v70i4.3200>. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/3200>. Acesso em: 8 maio 2025.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. (ed.). *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. Boulder, CO: Lynne Rienner Publishers, 1999. p. 13-28.

SILVA, Adriana Campos (coord.). *Por um sistema nacional de ouvidorias públicas: possibilidades e obstáculos*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2012. (Série Pensando o direito, n. 42).

TROMBKA, Ilana. Ouvidoria parlamentar: uma proposta para o Senado Federal. *Revista de Informação Legislativa*: RII, Brasília, DF, v. 42, n. 166, p. 151-163, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/506>. Acesso em: 8 maio 2025.

ZAVERUCHA, Jorge. O papel da Ouvidoria de polícia. *Sociologias*, Porto Alegre, v. 10, n. 20, p. 224-235, jun./dez. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222008000200010>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/qcG6zxTKmGwjDQBwFTV6GSm/>. Acesso em: 8 maio 2025.

Financiamento

Este trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (Fapemig).

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/>

As trincheiras do Direito: o positivismo presuntivo de Frederick Schauer

The Trenches of Law: Frederick Schauer's Presumptive Positivism

Eric Piccelli¹

Resumo

O artigo trata do positivismo jurídico de Frederick Schauer e de sua relação com o pensamento de Ronald Dworkin. Centrado no conceito de *regras entrincheiradas* e na discussão dos modelos decisórios regidos por regras, o positivismo presuntivo de Schauer é uma alternativa promissora para superar as críticas de Dworkin, em especial as relativas à racionalidade das decisões judiciais. Contudo, essa nova matriz tem limites significativos, sobretudo em seus efeitos sistêmicos: sua adoção leva ao reconhecimento de que o Direito é marcado por uma inescapável indeterminação. O método de abordagem é a análise teórica e reflexiva com base em bibliografia específica sobre o tema.

Palavras-chave: positivismo presuntivo; Schauer; Dworkin; regras; modelos decisórios.

Abstract

The article deals with Frederick Schauer's legal positivism and its relationship with Ronald Dworkin's thinking. Focused on the concept of *entrenched rules* and the discussion of rule-governed decision-making models, Schauer's presumptive positivism is a promising alternative to overcome Dworkin's criticisms, especially those regarding the rationality of judicial decisions. However, this new framework has significant limits, particularly in its systemic effects: its adoption leads to the recognition that Law is marked by an inescapable indeterminacy. The method of approach is the theoretical and reflective analysis based on specific bibliography on the subject.

Keywords: presumptive positivism; Schauer; Dworkin; rules; decision-making models.

¹ Eric Piccelli é mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP, São Paulo, SP, Brasil; advogado. E-mail: epiccelli@usp.br

1 Introdução

Segue vivo na Filosofia do Direito o debate entre correntes positivistas e interpretativistas, particularmente sobre qual delas apresenta a melhor descrição do Direito e da racionalidade das decisões judiciais. Está em jogo saber se as diversas razões empregadas pelos agentes decisórios em seus pronunciamentos são ou não parte do Direito, e se podem ou não funcionar como critérios jurídicos de correção quanto ao resultado das deliberações jurídicas.

Este artigo pretende contribuir para essa discussão ao abordar criticamente o positivismo presuntivo⁴ de Frederick Schauer (1946-2024)⁵ em confronto com o pensamento de Ronald Dworkin (1931-2013). O embate entre ambos é relevante porque Schauer apresenta uma versão peculiar de positivismo como superior ao interpretativismo de Dworkin quanto a explicar a lógica de funcionamento das decisões judiciais como operações regidas por regras jurídicas.

O estudo contém cinco seções, além desta introdução e da conclusão. Na seção 2, apresenta-se a visão de Schauer a respeito do conceito de *regra* - em especial, o caráter central que a ideia de *entrincheiramento* ocupa na concepção do autor - e como tal fenômeno se relaciona às regras e aos diversos modelos decisórios descritos na obra. Na seção 3, examinam-se duas críticas de Schauer a Dworkin ligadas ao conceito de *regra*: a primeira é que Dworkin não daria importância à formulação semântica de uma regra quando se trata de identificar seu significado; e a segunda é que não existe a distinção lógica que Dworkin diz haver entre regras e princípios. Apontam-se também possíveis respostas dworkinianas a tais argumentos e conclui-se que as críticas falham na compreensão da real dimensão do debate estabelecido na teoria de Dworkin. Na seção 4 desenvolvem-se reflexões críticas sobre o positivismo presuntivo, com esteio no julgamento de um caso fictício que questiona o tipo de racionalidade que Schauer afirma ser própria do Direito. Com uma paráfrase de

² PICCELLI, Eric. As trincheiras do Direito: o positivismo presuntivo de Frederick Schauer. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 247, p. 173-191, jul./set. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p173. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/247/ril_v62_n247_p173

³ Piccelli, E. (2025). As trincheiras do Direito: o positivismo presuntivo de Frederick Schauer. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(247), 173-191. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p173

⁴ Os pontos centrais do positivismo presuntivo de Schauer encontram-se em sua obra *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, de 1991.

⁵ O falecimento relativamente recente de Schauer torna oportuno revisitar sua obra, quando menos como homenagem ao autor de uma produção acadêmica ampla, valiosa e atual.

Dworkin, conclui-se que o positivismo presuntivo de Schauer é um modelo *de e para* um sistema de indeterminação.

2 Trincheiras

*When the broken battered trenches,
Are like the bloody butchers' benches,
And the air is thick with stenches,
Carry on.⁶*

Studdert Kennedy (1918, p. 62)

Em 1º/7/1916, o exército britânico conheceu o maior desastre de sua história: sofreu 57.470 baixas, 19.240 delas fatais. A data marcou o início da batalha de Somme, talvez a mais sangrenta da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) (Hart, 2008, p. 179). Em grande medida, o número excessivo de perdas está ligado a uma característica daquele conflito: a guerra de trincheiras (Saunders, 2010).

Estabelecer trincheiras significa *grosso modo* robustecer posições militares defensivas e aumentar o custo operacional para oponentes que intentem ações ofensivas contra elas (Saunders, 2010)⁷. O que se passou em Somme demonstra com brutal clareza quão grandes podem ser tanto esse custo quanto a dificuldade de mensurá-lo de forma antecipada. Em sua ofensiva inaugural os britânicos pagaram um elevado preço de sangue para sobrepujarem as defesas alemãs, estrategicamente entrincheiradas. Ao final, derrotaram o *entrincheiramento* das forças inimigas, mas o fizeram a um custo de proporções históricas e não antevistas.

Frederick Schauer identifica no *entrincheiramento* um dos fatos mais relevantes acerca das regras, particularmente como elas podem fornecer razões para agir. A escolha dessa palavra não é fortuita; Schauer decerto leva em conta a carga semântica sedimentada pela História em torno dos vocábulos *trincheira* e *entrincheiramento*. Confirma isso sua visão a respeito do significado não contextual da linguagem, para ele dotada de autonomia semântica (Schauer, 2002, p. 55-62). Ao expor sua peculiar teoria do Direito, Schauer afirma desenvolver um exercício de “isolamento analítico”; admite que esse esforço é irrereal, mas

⁶ Quando as trincheiras quebradas e destruídas, / Forem como os bancos sangrentos dos açougueiros, / E o ar estiver carregado de fedores, / Continue.

⁷ Na história das guerras, as trincheiras também têm sido empregadas ofensivamente, como ocorre nos cercos. Mesmo nessas situações, porém, uma de suas funções é proteger os atacantes da artilharia defensiva inimiga. Assim, parece ser justificada a ideia de que trincheiras estão mais ligadas à defesa que ao ataque.

considera-o relevante para compreender melhor o que são *regras* e como participam dos processos decisórios cotidianos, inclusive dos internos ao Direito, que envolvem razões para agir (Schauer, 2002, p. vii-viii).

A preocupação do autor não é com todas as regras, mas com a classe das regras *prescritivas*, que exercem pressão sobre algo existente no mundo, seja para alterar determinado estado de coisas, seja para impedir que algum tipo de alteração aconteça (Schauer, 2002, p. 2). Apesar disso, ele insiste em destacar seu particular interesse de localizar as semelhanças e não as diferenças entre essa categoria e a das regras *descriptivas*, que indicam regularidades empíricas (Schauer, 2002, p. 17).

Fundamental em todas as regras, prescritivas ou descriptivas, é a ideia de *generalização*, que concerne a processos de agrupamento de eventos particulares numa mesma categoria mediante a escolha de uma ou mais características comuns a todos eles (Schauer, 2002, p. 17-24)⁸. Com base nisso, Schauer descreve a estrutura lógica das regras prescritivas⁹. Uma regra tem existência lógica quando uma generalização prescritiva se relaciona de maneira instrumental a uma justificação. Essa estrutura lógica divide-se em duas partes. Na primeira, localizam-se: a) o predicado fático, que comporta a generalização e que conforma a hipótese de aplicação da regra; e b) o seu consequente, que indica o que deve ocorrer uma vez materializada aquela hipótese. Na segunda parte está a justificação da regra, que se identifica com algum propósito que a regra busca concretizar (Schauer, 2002, p. 23-24).

Sem generalização não há regra. Por isso, as próprias regras contêm algumas características das generalizações. Dentre elas Schauer destaca a *under-inclusiveness* (*subinclusividade*) e a *over-inclusiveness* (*sobreinclusividade*). Como são probabilísticas – e, portanto, referem-se a um conjunto de fatos relacionados de forma não absoluta à justificação da regra –, as generalizações podem deixar de englobar fatos relevantes (*subinclusividade*) ou encampar fatos irrelevantes (*sobreinclusividade*) do ponto de vista da justificação (Schauer, 2002, p. 31-44). Ainda que uma generalização não apresente *subinclusividade* ou *sobreinclusividade* ao ser formulada, tais fenômenos sempre serão potenciais em virtude da textura aberta que marca a linguagem e nela imprime uma inafastável possibilidade de vagueza (Schauer, 2002, p. 34-37).

As noções de *subinclusividade* e *sobreinclusividade* são relevantes na abordagem que Schauer realiza sobre as regras; elas propiciam a postulação, central no pensamento do autor, de que as regras podem produzir em sua aplicação (e muitas vezes produzem) resultados subótimos ou errados à luz de sua justificação (Schauer, 2002, p. 100-102). Tais resultados são mais evidentes em experiências recalcitrantes, isto é, casos particulares que revelam a inadequação de generalizações (que até então aparentavam ser satisfatórias)

⁸ Para Schauer, a generalização frequentemente também envolve a supressão de certas características dos eventos particulares que ela alcança.

⁹ A partir daqui, este estudo emprega a palavra *regra* apenas em referência a regras prescritivas.

para materializar uma justificação. O critério de identificação de um resultado errado ou subótimo é o não atendimento da justificação da regra (Schauer, 2002, p. 39-47).

Um exemplo clássico com que Schauer ilustra o funcionamento das regras é o da proibição de entrada de cães num restaurante. Pode-se imaginar que a justificativa para a proibição seria evitar desconfortos para os frequentadores do local. O texto da regra construída dessa maneira aplica-se tanto a cães problemáticos quanto a cães-guia – treinados para terem bom comportamento e que, por isso, não incomodariam a clientela (*sobreinclusividade*). O texto não se refere a ursos, embora se saiba que eles podem não apenas perturbar como também ferir os fregueses (*subinclusividade*). Tanto o aparecimento de um cão-guia quanto de um urso nesse restaurante configuram experiências *recalcitrantes*, que põem em xeque a aplicação da regra.

O modo como o agente decisório lida com a recalcitrância permite identificar dois modelos de tomada de decisão relacionados às regras. O primeiro, chamado *particularista*, autoriza a resolução da experiência recalcitrante mediante a alteração do predicado fático da regra – ou seja, corrige-se a generalização sob o ponto de vista da justificação. O segundo, baseado em regras em sentido puro (*rule-based*), proíbe essa adaptação; nele a regra é vista como insusceptível de mudança que a adéque à sua justificação. Precisamente nessa proibição de acesso à justificação identifica-se o *entrincheiramento* da regra (Schauer, 2002, p. 38-43). No primeiro desses modelos, o cão-guia seria autorizado a ingressar no restaurante e o urso seria proibido. No segundo, em regra o cão-guia estaria proibido de entrar no local, ao passo que o urso não seria afetado pela proibição, de modo que alguém acompanhado por um animal dessa espécie não estaria errado – ao menos à luz da regra – se insistisse em jantar ao lado dele; seria necessário, pois, criar outra regra para tratar desse evento específico não alcançado pela primeira.

A fonte do entrincheiramento está na formulação da regra; assim, pode ser objeto dele o significado (*meaning*) dessa formulação. Caso se vença o entrincheiramento e se modifique o significado da formulação de uma regra, a própria regra já terá sido alterada, pois as regras localizam-se mais em sua formulação que atrás ou além dela; seu significado fundamental não é dado por um propósito. Com efeito, no particularismo tomam-se decisões com base em justificações, e não em regras; segundo Schauer (2002, p. 62-64), isso acarreta o esvaziamento do conceito de *regra* nesse modelo decisório.

Ambos os modelos configuram extremos que não são atraentes para o criador da regra, o tomador de decisão e o sujeito que pretende levá-la em consideração para escolher o comportamento a adotar. O particularista considera irrelevantes as regras; em contrapartida, aquele que se baseia em regras (também denominado *formalista*) é rígido em demasia (Almeida; Struchiner, 2020, p. 283). É necessário, pois, que se imaginem caminhos mais aceitáveis para lidar com regras.

Um modelo intermediário é o particularismo sensível às regras (*rule-sensitive particularism*), uma forma de decidir que valoriza a determinação contida na regra e que permite adequações à luz de sua justificação. No entanto, Schauer julga-o problemático e

passível de crítica, a qual depende de um refinamento do conceito de *justificação*. Já se afirmou que a justificação pode ser identificada com os objetivos que a regra pretende atingir. Schauer chama de *substantiva* essa forma específica de justificação, para diferenciá-la de uma segunda categoria, a da justificação geradora de regras (*rule-generating justification*), que diz respeito aos motivos ou aos valores que fazem com que uma justificação substantiva qualquer seja articulada sob a forma de uma regra. Em geral, tal especificação envolve valores como certeza, previsibilidade e eficiência (Schauer, 2002, p. 98-99).

No modelo particularista sensível às regras o agente decisório pode considerar em cada caso: a) se o resultado indicado pela regra está ou não em consonância com sua justificação substantiva; e b) se a justificação geradora de regras indica ou não que a regra seja seguida mesmo diante de uma experiência recalcitrante. Não há entrincheiramento quanto a ambas, conquanto o agente decisório possa atingir um resultado distinto do indicado pela justificação substantiva com a finalidade de prestigiar a justificação geradora de regras - o que causa a falsa impressão de entrincheiramento da primeira (Schauer, 2002, p. 93-100, 158-162).

Essa terceira via decisória parece servir como resposta satisfatória aos problemas identificáveis tanto no modelo baseado em regras quanto no particularista estrito. Ela não desaguaria num formalismo estéril, como parece desaguar a decisão fundada somente em regras e insensível às suas justificações; e, ao mesmo tempo, diante da relevância das regras, eliminaria a principal falha do particularismo estrito: tratá-las com total indiferença (Schauer, 2002, p. 93-100, 158-162).

Entretanto - e eis aqui a crítica de Schauer - , tal expediente decisório não pode conviver em termos lógicos com uma significativa função das regras: a alocação de poder. Na prática, ao adotar o particularismo sensível às regras, o agente decide com base em todas as razões disponíveis, e não apenas com fulcro nas previamente selecionadas pela regra que as toma como relevantes. Por meio dessa seleção prévia, as regras alocam poder ao darem ao agente decisório (ou ao dele retirarem) o poder de considerar certas razões e desconsiderar outras em seu cálculo deliberativo.

O particularismo moderado¹⁰ não se harmoniza com essa função das regras porque permite que o agente decisório delibere sobre as razões que o autorizam a considerar em sua decisão, e assim defina a extensão: a) de sua própria competência para decidir (*jurisdiction*); e b) da confiança que nele depositam os delineadores do sistema de que ele participa para empreender essa espécie de deliberação (Schauer, 2002, p. 93-100, 158-162). Sem que esteja entrincheirada ao menos contra considerações sobre sua justificação geradora de regras, a regra é incapaz de alocar poder. Além de servir como fator de diferenciação entre modelos decisórios, a noção de *entrincheiramento* possibilita a Schauer distinguir regras propriamente ditas das chamadas *regras de experiência* (*rules of thumb*): aquelas se caracterizam por generalizações *entrincheiradas* e estas são marcadas por generalizações *maleáveis*, não protegidas contra modificações (Schauer, 2002, p. 104-111).

¹⁰ A expressão é deste Autor.

Não está claro no pensamento de Schauer se o entrincheiramento é um componente lógico da regra ou se ele é um dos diversos elementos externos a ela que determinam se ela será ou não tratada na prática como regra. O autor afirma que, em grande medida, o entrincheiramento é um fenômeno psicológico (Schauer, 2002, p. 42) e, portanto, externo à regra. Apenas de passagem ele menciona generalizações conceitualmente *entrincheiradas*, o que conduz à percepção de se estar perante uma questão lógica (Schauer, 2002, p. 43). Ao ponderar que as regras devem ser tratadas mais como um *status* e menos como uma entidade (Schauer, 2002, p. 112), ele volta a sugerir que o entrincheiramento é um componente lógico desse *status*; porém, isso não exclui a possibilidade de que o entrincheiramento também seja um elemento externo a esse *status*.

Parece mais harmoniosa com o restante da teoria de Schauer a noção de que o entrincheiramento não é um componente lógico das regras; do contrário, as regras de experiência seriam logicamente distintas das regras propriamente ditas. Perderia sentido a demonstração de que as diferenças entre ambas seriam preponderantemente de graus de força normativa; e, ao perder sentido, a distinção que ele estabelece entre os diversos modos de decisão com esteio na forma como o agente decisório trata a regra – como regra de experiência nos modelos particularistas ou como regra em sentido estrito no modelo presuntivo e no modelo baseado em regras. A regra, para ser na prática tratada como tal, deve ser conceitualmente vista como uma estrutura lógica capaz de receber esse tratamento. Não está claro, porém, até que ponto essa questão é fundamental para a teoria de Schauer, dado o caráter relativista que ele empresta ao conceito de *regra*. Gerald Postema considera que há diferença de tipo ou de categoria entre regras propriamente ditas e regras de experiência; assim, parece compreender que o entrincheiramento é um componente lógico apenas das primeiras (Postema, 1991, p. 800-801). Neste estudo, trata-se o entrincheiramento como fato externo às regras.

Com isso, a distinção entre regras propriamente ditas e regras de experiência depende muito menos da lógica e muito mais do grau de sua força normativa. Mesmo maleáveis a experiências recalcitrantes, as regras de experiência continuam a fornecer ao agente decisório razões para a ação e incrementam o ônus argumentativo que ele deve superar para agir em desconformidade com o que elas indicam (Schauer, 2002, p. 104-111). A isso se relaciona a ideia de *regridade (ruleness)*: uma regra terá tanto mais *regridade* quanto mais sua generalização for entrincheirada ou tratada como tal. No espectro schaueriano da *regridade*, uma regra propriamente dita tem maior força normativa que uma regra de experiência. Ambas, contudo, são regras (Schauer, 2002, p. 102-104).

De acordo com Schauer, o que determina a *regridade* de uma regra não é a própria regra, nem sua formulação; são os fatos a respeito da regra que estabelecem se ela tem mais ou menos *regridade* em cada situação de uso. Logo, a força normativa das regras ou o impacto que elas exercem sobre um cálculo decisório é uma função de elementos externos a elas – e mesmo a identificação de regras como *regras* pelo tomador de decisão é tributária de tais elementos (Schauer, 2002, p. 128). Essa identificação é prática, e não lógica. Numa

perspectiva estritamente lógica, a regra continua a ser regra mesmo quando não tratada como tal pelo agente decisório. Esse aspecto parece validar o argumento de que o entrincheiramento não é um componente lógico das regras.

Por essa via argumentativa pode-se retomar a distinção entre o modelo decisório particularista e o baseado em regras como questão relativa ao tratamento dispensado às regras pelo agente decisório. No primeiro, elas são entendidas como meras regras de experiência, e no segundo, como regras estritas. Por conseguinte, há entrincheiramento somente no segundo, embora as regras apresentem a mesma estrutura lógica em ambos os modelos. E o que leva o agente decisório a adotar uma ou outra postura em cada instância não é a regra, mas algum tipo de razão *externa* a ela.

No particularismo sensível às regras, assim como no particularismo estrito, não há entrincheiramento, pois permite-se ao agente decisório apreciar todas as razões disponíveis ao executar um cálculo deliberativo, ainda que considere relevantes as regras quando toma sua decisão. Não existe submissão ao limite traçado pela própria regra no desempenho de sua função alocatória de poder, quanto às razões que devem participar dessa operação; nesse modelo, as regras são tratadas como regras de experiência (Schauer, 2002, p. 93-100). Assim, somente quando considera *entrincheiradas* as regras, o agente decisório pode decidir segundo um modelo baseado em regras. Por força do entrincheiramento ele pode tomar decisões subótimas ou erradas e, mesmo assim, continuar – ou *carry on*, conforme o excerto de Studdert Kennedy (1918) reproduzido na epígrafe desta seção.

No entanto, o entrincheiramento não faz da regra uma razão absoluta para a ação. É crucial no empreendimento filosófico de Schauer o reconhecimento de que as regras podem ser *derrotadas* ou *sobrepostas* (*overridden*) por fatores especialmente relevantes, que não criam exceções a elas, mas justificam a sua superação. Sua força normativa é presumida, mas pode ser superada por uma razão cogente (*compelling reason*) (Schauer, 2002, p. 191). Assim como as intransponíveis trincheiras alemãs ruíram em Somme diante de uma ofensiva britânica particularmente forte, a regra entrincheirada pode ser superada por uma razão especialmente relevante que a subjogue.

Para Schauer, a decisão tomada com base em regras em face de seu entrincheiramento, mas sem o considerar absoluto, continua a ser um modelo decisório peculiarmente baseado em regras. Trata-se do modelo *presuntivo*, no qual as regras são presumivelmente aplicáveis aos casos abrangidos por seu predicado fático; e essa presunção dá nome à vertente do positivismo defendida pelo autor. Sob essa óptica, a força normativa das regras e do ambiente decisório em que elas existem equivale à força do seu entrincheiramento; elas são reconhecidas como fontes presumidas de razões para a ação. Todavia, a real intensidade dessa força não é dada *a priori*: ela é mensurável apenas perante razões que pretendam ser relevantes a ponto de superá-la – e tais razões em momento algum são definidas por Schauer, que se limita a afirmar que há uma “prioridade local” (Schauer, 2002, p. 188-191, 203) que favorece a aplicabilidade de uma regra dentre outras conflitantes ou de um sistema de regras em oposição a outros sistemas.

Tanto na Filosofia schaueriana quanto na guerra de trincheiras, a força do entrincheiramento é aquilatada apenas no momento do combate entre a regra (ou o sistema de regras) e a experiência recalcitrante. E o aferidor dessa força, ao menos em princípio, não é o criador da regra, mas o tomador de decisão. Segundo Schauer (2002, p. 91, 196), o problema do desrespeito à alocação de poder empreendida pelas regras, presente no particularismo moderado, não ocorre no modelo presuntivo, porque nele o agente decisório não está autorizado a considerar detidamente em seu cálculo deliberativo *todas* as razões que lhe estejam disponíveis, mas somente a dirigir-lhes uma “olhadela” (*glimpse*), que não passa de mero exame superficial e leve. Essa seria a grande vantagem teórica oferecida por sua matriz de pensamento; o modelo decisório por ele concebido daria a relevância devida às regras, ao mesmo tempo em que aparelharia o tomador de decisões com a flexibilidade necessária para lidar com casos que demandassem soluções de compromisso (Almeida; Struchiner, 2020, p. 284).

Para o autor, o Direito pode ser explicado por uma espécie particular de teoria positivista, que ele denomina *positivismo presuntivo*, dado que o modelo decisório de mesmo nome melhor descreveria o funcionamento da maioria dos sistemas jurídicos modernos, em especial o norte-americano. Segundo essa teoria, na maioria dos casos as regras controlam resultados, pois há uma presunção nesse sentido. Não obstante, em todos os casos essas regras devem ser testadas em face de considerações mais amplas e suplantadas quando os resultados que indicarem se contraponham aos sugeridos por um maior e *mais moralmente aceitável* conjunto de valores (Schauer, 2002, p. 205), isto é, quando surgir uma razão particularmente relevante. Contudo, o agente decisório schaueriano não dirige mais que uma “olhadela” a esses valores não definidos *a priori* que brevemente examina.

Ausente essa definição – e no que parece ser um argumento psicológico –, Schauer (2002, p. 205) salienta que os agentes decisórios “simplesmente sabem” o que seria relevante em cada caso: eles sabem quando tratar uma regra como regra. Isso parece acarretar uma relativização de todo o sistema de regras e do próprio conceito de *regra* – o que ficará mais claro a seguir.

3 Limites

*O body swayed to music, O brightening glance,
How can we know the dancer from the dance?*¹¹

William Butler Yeats (1994, p. 116)

¹¹ Ó corpo embalado pela música, ó olhar brilhante, / Como podemos distinguir o dançarino da dança?

Schauer elege alguns adversários filosóficos ao apresentar os detalhes de seu positivismo presuntivo. Um deles é Dworkin, maior expoente do interpretativismo, a quem são dirigidas diversas críticas. Nesta seção, abordam-se duas delas.

A primeira crítica é que a formulação semântica das regras em Dworkin não teria relevância na determinação de seu sentido; por isso, não passaria de mera porta de entrada para o que seria seu verdadeiro significado (Schauer, 2002, p. 51, 64). Essa asserção é importante porque equivale a acusar Dworkin de tratar as regras como necessariamente transparentes à sua justificação e, portanto, incapazes de fornecer razões para agir ao agente decisório. Noutras palavras, segundo Schauer, as regras: a) não fariam diferença no modelo teórico dworkiniano, segundo o qual as decisões jurídicas seriam tomadas com base em justificações, locais ou sistêmicas, e não em regras; e b) padeceriam, por isso, de grande indeterminação. Para Schauer, Dworkin seria um *particularista* no pior sentido do termo.

Schauer insiste em afirmar, como desdobramento dessa crítica, que é possível identificar de modo empírico casos jurídicos cujos resultados teriam sido diferentes, não fosse a presença das regras; tais casos constituiriam a maioria na prática jurídica. Assim, a descrição que ele atribui a Dworkin – para quem as decisões jurídicas seriam tomadas segundo um modelo particularista (*all things considered*) em que o significado real das regras seria dado caso a caso pelo seu propósito ou por sua justificação – não propiciaria uma visão acurada da realidade da prática jurídica. Uma alternativa melhor seria o positivismo presuntivo, que explicaria tanto os casos normais, decididos com base em regras, quanto os particularmente exigentes, nos quais a presunção de aplicabilidade das regras é superada por razões especialmente relevantes (Schauer, 2002, p. 210-211).

Em resposta a essa crítica, Dworkin poderia dizer que, como o Direito é uma prática social argumentativa (Dworkin, 1986, p. 13), sensível ao seu propósito (Dworkin, 1986, p. 47), não faz sentido a preocupação schaueriana de excluir da racionalidade jurídica a sua característica mais marcante. Proibir o agente decisório de acessar a justificação subjacente à regra, ou mesmo a justificação do sistema jurídico em sentido mais geral, seria descharacterizar o Direito como prática argumentativa. Nesse cenário, o Direito seria reduzido a um empreendimento mecânico ou formalista, ainda que em certos casos fosse possível acessar de maneira breve a justificação das regras. Como, afinal, impedir ao participante uma prática *argumentativa*? E, mais ainda, como impedir que agente decisório, em última instância, *argumente*? Como limitar de forma tão drástica o campo dessa argumentação?

Para Dworkin, o fato de as regras governarem a maioria dos casos jurídicos sem despertarem grandes questionamentos não significa que a decisão jurídica não obedeça a uma gramática que lhe é inerente, na qual estão necessariamente inclusas considerações argumentativas sobre o propósito da regra em questão e da própria prática jurídica. Para Dworkin, não faz sentido tornar os padrões jurídicos opacos a justificações, porque no âmbito interno da prática jurídica o significado desses padrões é construído de maneira interpretativa; tal construção é integrada pelo propósito não só desses padrões como também de toda a prática jurídica. Em outras palavras, as justificações, imediatas ou

sistêmicas (sobretudo estas últimas) dão sentido aos padrões jurídicos. O sentido desses padrões, sob tal prisma, é indissociável do sentido da prática jurídica da qual eles fazem parte (Dworkin, 1986, p. 45-86).

Contudo, conforme Postema, isso não significa que Dworkin seja um particularista puro e simples; sua noção de *prioridade local* indica que ele de fato dá relevância aos padrões que toma como regras (Postema, 1991, p. 811)¹². Não o faz, porém, somente para tornar possível a aceitação de resultados subótimos ou errados, porque isso derrotaria o sentido ou a intencionalidade da prática jurídica, que deve referir-se a alguma concepção de justiça. Segundo Dworkin, apesar de possível, a aceitação desses resultados subótimos ou errados depende de se saber se há algum propósito sistêmico que a justifique – e o agente decisório só pode identificar e mobilizar esse tipo de justificação se sua racionalidade não estiver limitada já de saída por uma regra ou por um sistema de regras de feições opacas.

Fala-se aqui em *padrões (standards)* em vez de *regras* ou *princípios* porque a segunda crítica de Schauer a Dworkin tem relação direta com essa questão que aparenta ser apenas terminológica. Schauer pondera que não se sustenta a tese dworkiniana de que haveria uma distinção lógica entre regras e princípios e que Dworkin entenderia as regras como *dispositivas* sempre que aplicáveis – ou seja, que elas determinariam resultados nessas hipóteses e que ele conceberia os princípios como *derrotáveis* mesmo quando aplicáveis (Schauer, 2002, p. 13). Para Schauer, a distinção entre as regras dworkinianas e os princípios dworkinianos resolver-se-ia na posição de um desses padrões numa escala de *regridade*. Como ambos são regras do ponto de vista lógico, ele nega essa distinção lógica e trata-a como uma questão de força normativa. Além disso, Schauer (2002, p. 14) rejeita a ideia de que mesmo as regras em sentido estrito sejam sempre dispositivas quando aplicáveis, e sustenta que elas são apenas presumidamente aplicáveis, mas sempre *derrotáveis*.

Essa crítica leva em conta somente parte da distinção lógica que Dworkin afirma existir entre regras e princípios. Schauer não se preocupa em abordar de forma direta a questão do peso ou da importância que estaria presente somente nos princípios dworkinianos, e não nas regras dworkinianas – as quais seriam ou funcionalmente importantes ou funcionalmente desimportantes, sem estágios intermediários (Dworkin, 1977, p. 26-27). Mesmo assim, esse ponto está implícito na crítica de Schauer; para ele, todas as regras – categoria à qual pertenceriam tanto as regras quanto os princípios dworkinianos – são dotadas de força normativa¹³. Contudo, eventuais conflitos entre regras schauerianas se resolvem mais em função da prioridade local que da força normativa de cada uma delas; isso sugere haver: a) uma distinção entre a *força normativa schaueriana* e o *peso dworkiniano*; e b) alguma similitude entre a *prioridade local schaueriana* e o *peso dworkiniano*.

¹² Postema atribui a Dworkin uma versão peculiar de particularismo sensível às regras. Ao criticar Schauer, Postema (1991, p. 813-817) assinala que o modelo decisório presuntivo se desfaz num modelo particularista sensível às regras e de modo implícito afirma que são logicamente semelhantes os modelos decisórios propostos por Schauer e Dworkin.

¹³ Dadas as limitações de espaço, não se discute aqui se a dimensão dworkiniana de *peso* corresponde à dimensão schaueriana de *força normativa*.

Todavia, a diferenciação formulada por Dworkin é mais profunda que a sugerida pela crítica. O autor não se ocupou de problemas taxonômicos; com base na distinção entre regras e princípios, ele questiona o postulado positivista de que os padrões jurídicos são válidos porque têm *fonte social autoritativa*. As regras em Dworkin têm origem social dessa espécie, são dotadas de *pedigree* e, portanto, preenchem tal requisito. Por sua vez, embora empregados pelos juízes em decisões jurídicas, os princípios nem sempre têm *pedigree*; porém, são parte do Direito, e sua juridicidade advém da correção moral de seu conteúdo, aferida por critérios internos à prática jurídica. Por conseguinte, Dworkin procura demonstrar: a) que a juridicidade de determinado padrão não é dada somente por seu *pedigree*; e b) que a decisão jurídica obedece a um padrão de racionalidade incompatível com a visão de que o Direito seria composto apenas por regras cujo significado pudesse ser determinado de forma convencional (Dworkin, 1977, p. 14-45).

Assim, subjacente a essa questão (que é terminológica apenas na aparência) está a discussão mais elevada a respeito do conceito de Direito. Afinal, é possível questionar: o Direito é apenas um empreendimento social e convencional realizado sem considerações valorativas (conforme Schauer), ou é também definido por um traço moral que lhe é imanente (conforme Dworkin)? Schauer não esclarece se seriam ou não parte do Direito as razões particularmente relevantes¹⁴ que podem derrotar a presunção de aplicabilidade das regras. De algum modo, isso se deve ao reconhecimento de que distinções analíticas muitas vezes são artificiais e problemáticas. Entretanto, precisamente nesse ponto, em sua teoria se instalaria a discussão em torno do conceito de Direito. Sua estratégia a esse respeito é dizer, com algum laconismo, que essa é uma questão em boa parte terminológica (Schauer, 2002, p. 205). É notável também que Schauer não revela como funcionaria na prática a racionalidade do agente decisório perante essas razões, porque não diz se tal agente teria alguma obrigação que fosse delas derivada.

Assim, a essas duas críticas de Schauer a Dworkin se pode responder dworkinianamente com suporte no conceito de Direito. E, em relação ao conceito dworkiniano de Direito, elas erram o alvo. Se o Direito é uma prática social argumentativa, como se afirmou, o próprio Direito conforma o contexto somente no qual os padrões jurídicos podem ser dotados de sentido (Piccelli, 2019, p. 74-86). Além disso, apenas o Direito pode fornecer critérios de identificação a respeito das razões que seriam suficientemente fortes para superar esses padrões, em sujeição a uma racionalidade específica; apesar de ela ser de algum modo limitada, não o é a ponto de impedir o agente decisório de argumentar. Não há dançarina

¹⁴ A tensão entre Schauer e Dworkin localiza-se nessas razões particularmente relevantes porque não há dúvida de que as regras são tratadas por Schauer (2002, p. 197-198) como fatos sociais, com origem social e conteúdo socialmente determinado. Assim, quando as regras são aplicadas sem que se ponha em xeque sua presunção de aplicabilidade, não entra tão claramente em pauta o debate sobre a separação entre Direito e moral. Talvez até seja possível sustentar que os princípios dworkinianos, por não serem dotados de *pedigree*, sejam tratados por Schauer como razões particularmente relevantes que em alguns contextos podem superar a presunção de aplicabilidade das regras.

fora da dança, escreveu William Butler Yeats (1865-1939) (Yeats, 1994), assim como a dança diz à dançarina quando parar de dançar.

4 Indeterminações

General Broulard: Wherein have I done wrong?

*Colonel Dax: Because you don't know the answer to that question,
I pity you.¹⁵*

Paths of Glory (1957)

Esta seção trata mais detidamente do modelo de Schauer, com base na abordagem de um interessante, mas fictício caso jurídico. Procura-se aqui demonstrar como Dworkin e Schauer se posicionariam diante do problema em termos da racionalidade do julgador. Por isso, examinam-se os pontos da teoria schaueriana que podem ser problemáticos.

Em 1916, os soldados Arnaud, Ferol e Paris foram condenados à morte por um tribunal do exército francês. A condenação resultou da aplicação de uma regra jurídica que proibia atos de covardia. Os acusados haviam retrocedido às suas trincheiras durante um batalha com o fim de conquistar um objetivo militar que o comando considerava importante, mas inatingível naquela oportunidade: a *Ant Hill*. O combate estava perdido já de saída; mesmo assim, entendeu-se que as tropas não podiam retroceder. Ou seja: exigiu-se dos militares que morressem por nada. Esse é o tema central do célebre filme de Stanley Kubrick (1928-1999) lançado em 1957 – *Paths of Glory* (no Brasil, *Glória feita de sangue*) – que recria acontecimentos da Primeira Guerra Mundial (*Paths [...], 1957*)¹⁶.

Deixam-se de lado aqui os aspectos políticos, sociológicos ou de qualquer outro caráter não jurídico que possam ter influenciado o julgamento, pois importa apenas a racionalidade da decisão. Em linhas gerais: a) existia uma regra válida a estabelecer punição para todo soldado francês que praticasse ato de covardia durante um conflito armado; b) verificou-se

¹⁵ General Broulard: Onde foi que eu errei? / Coronel Dax: Como você não sabe a resposta a essa pergunta, tenho pena de você.

¹⁶ Não se discute aqui um aspecto essencial da narrativa de Kubrick: esses três soldados foram escolhidos aleatoriamente dentre um número bem maior de colegas em situação idêntica. De igual modo, aqui não há a preocupação com o desrespeito, visível no julgamento, à correção procedural ou ao direito de defesa. Um dos réus não foi acusado de ter retrocedido, mas de jamais haver deixado sua trincheira; ele estava inconsciente na ocasião. Porém, é idêntica a acusação contra os três militares submetidos a julgamento. Também não se discute se estariam presentes causas excludentes de ilicitude ou determinações legais similares (o exemplo é propositalmente limitado). Por fim, pode-se afirmar que aquele objetivo militar era inatingível porque a ordem fora dada a uma divisão que sabidamente não tinha condições de alcançá-lo. O general responsável por essa divisão só a aceitou motivado por ambições pessoais.

que, ao retrocederem durante um combate, os três soldados acusados desse ato praticaram a conduta compreendida no significado nuclear de *covardia* – isto é, não se estava diante de uma situação de indeterminação semântica; c) tanto a acusação quanto a defesa apresentaram argumentos que questionavam o conceito de *covardia*: a acusação sustentou que o comportamento dos acusados era uma mancha na bandeira e na honra da França, ao passo que a defesa ponderou que era a condenação que assumiria esse caráter desonroso, porque as condições nas quais o ataque à *Ant Hill* aconteceu teriam sido dramáticas a ponto de justificar o comportamento dos militares, que não teriam sido *covardes*¹⁷; e d) sem recurso a qualquer outro tipo de consideração, foram condenados pelo tribunal.

Desconhecem-se aqui os fundamentos da decisão tomada pelo tribunal militar francês; sabe-se apenas que foi condenatória. Pode-se supor, contudo, que os membros do tribunal tenham discutido a respeito do que seria um *ato de covardia* antes de tomarem a decisão. Essa suposição fundamenta-se no item *c* do parágrafo anterior, o qual também sugere que essa discussão tenha levado em conta elementos morais. Além disso, os integrantes da corte podiam considerar-se sujeitos a uma obrigação jurídica de decidir o caso com base na regra que punia atos de covardia – afinal, o julgamento instalara-se em função da validade dessa regra –, e por isso decidiu. É possível conjecturar também que a conclusão dos julgadores tenha sido condenatória porque se entendeu que, interpretada de maneira correta, a regra impunha a condenação.

A questão é: sob o ponto de vista do Direito, e mais especificamente da regra jurídica que punia a covardia, é possível saber se o tribunal acertou ou errou? Noutras palavras: é viável determinar se a condenação dos três soldados foi uma decisão *correta* segundo o Direito? Dworkin responderia de maneira afirmativa. Para ele, o significado de *covardia* – e, portanto, da regra que regia o caso – devia ser reconstruído *interpretativamente* pelo tribunal, com fundamento num amplo exame do conjunto de princípios que se adequassem melhor à prática jurídica francesa de 1916 e que permitissem enxergá-la em sua melhor luz. Por um lado, o tribunal teria errado do ponto de vista do Direito se essa reconstrução que pressupunha a análise da intencionalidade tanto da regra em debate quanto do próprio Direito francês revelasse que o sentido de *covardia* não compreendia o ato imputado aos acusados; sua obrigação jurídica era proferir uma decisão absolutória. Por outro lado, também sob a perspectiva do Direito, o tribunal teria acertado se a melhor interpretação de *covardia* fosse reconhecer que, no curso de uma guerra, era razoável para o Direito francês exigir dos soldados que não retrocedessem em hipótese alguma; sua obrigação jurídica era prolatar uma decisão condenatória, pois seria esse o sentido da regra em debate (Dworkin, 1986, p. 45-86, 313-354).

¹⁷ Pode-se dizer que as partes do processo se encontravam num desacordo teórico dworkiniano, o que revela não só o caráter argumentativo dos debates próprios do Direito, mas também a natureza moral da racionalidade jurídica e a consequente implausibilidade da tese positivista das fontes sociais (Macedo Junior, 2013, p. 192). Assim como no caso da Sra. Sorensen (Dworkin, 2006, p. 8), definir o que é *covardia* no caso proposto supõe definir o Direito na França de 1916.

Desse modo, a regra – que não pode ser tomada de modo isolado da prática jurídica em que está inserta – fornece um critério jurídico de correção para o cumprimento da obrigação jurídica imposta ao julgador. Embora não sofra limitações quanto ao seu escopo, a racionalidade do agente decisório não é arbitrária ou indeterminada: ele não está livre para decidir como quer. Sua decisão deve ser fundada em razões jurídicas cuja correção se pode pôr à prova mediante critérios jurídicos compartilhados pelos usuários da regra.

E, ancorado em seu positivismo presuntivo, o que diria Schauer a respeito desse assunto? Com a adoção do glossário schaueriano, é possível afirmar que o tribunal se viu diante de uma regra entrincheirada e presumivelmente aplicável ao caso em questão; ela indicava com clareza que os acusados deveriam ser condenados, pois não se estava diante de indeterminação semântica alguma e a conduta deles inseria-se no núcleo determinado de sentido da palavra *covardia*. As alegações das partes, ou as razões submetidas à apreciação do tribunal, forçavam os julgadores a examinarem se estavam ou não diante de uma experiência recalcitrante sob o ponto de vista da justificação imediata ou sistêmica da regra. A defesa, em especial, pretendeu demonstrar justamente que havia recalcitrância; noutras palavras, estava em xeque a presunção de aplicabilidade da regra. Como o modelo decisório vigente não era de cunho particularista – do contrário, para Schauer, a decisão não teria sido baseada em regras –, o entrincheiramento proibia ao tribunal o acesso direto a essa justificação. Os julgadores podiam, contudo, dirigir uma “olhadela” a algumas razões externas à regra entrincheirada para verificarem se ao menos uma delas seria particularmente relevante a ponto de justificar a *derrota* dessa presunção e a consequente absolvição dos acusados. E, por serem juízes, todos eles *sabiam* quando considerar cogente uma razão dessa espécie. Houve condenação, e isso significa que a “olhadela” dos julgadores¹⁸ não encontrou razão suficientemente forte para *derrotar* a presunção de aplicabilidade da regra.

Diante dessa constatação, parece simples uma resposta schaueriana à pergunta do parágrafo anterior: se não havia razão dessa natureza, o tribunal estava certo ao aplicar a regra e condenar os acusados. Porém, nesse ponto há um problema: como saber se está *certa*, segundo o Direito, a conclusão da corte a respeito de existir ou não uma razão passível de *derrotar* a regra jurídica? Com base na teoria de Schauer, é possível obter essa resposta? O exame dessa questão implica o reconhecimento de que o positivismo de Schauer pretende, de algum modo, limitar a racionalidade do julgador; nele, o combate entre regra e experiência recalcitrante, entre presunção e razão potencialmente relevante, é travado num campo restrito do território da argumentação, cujas fronteiras tendem a ser dadas pelas próprias regras, tomadas como dispositivos de alocação de poder (Schauer, 2002, p. 196-206). A principal justificativa apontada por Schauer para a adoção de um modelo limitador do campo argumentativo disponível para o agente decisório é a ideia de que a espécie humana

¹⁸ Supõe-se aqui que ela de fato tenha ocorrido; caso contrário, o tribunal teria desprezado as alegações das partes.

é dotada de uma racionalidade também limitada, que se beneficia quando algumas razões são *a priori* excluídas de seus cálculos deliberativos (Schauer, 2002, p. 229-230)¹⁹.

Essa limitação tem reflexos sistêmicos significativos, sobretudo quanto ao reconhecimento de que o próprio Direito é um sistema normativo limitado que tem prioridade local sobre outros sistemas normativos mais abrangentes, como o da moral (Schauer, 2002, p. 199-200). Limitar o campo argumentativo em Schauer significa restringir não só o número mas também a natureza das razões que o agente decisório pode apreciar ao tomar suas decisões.

Contudo, uma vez demarcado o campo de atuação do tomador de decisões, na concepção de Schauer não parece haver critério de correção para se aferir se foi certa ou errada a aplicação de uma regra a uma experiência que pode ser recalcitrante – ou, dito de outro modo, se foi certa ou errada a obediência à presunção de aplicabilidade da regra. Schauer não oferece nem mesmo critérios de identificação do que é particularmente relevante nos casos de questionamento da presunção e não elucida se esses critérios se podem encontrar nas regras, no sistema a que elas pertencem ou em algum domínio normativo distinto.

O agente decisório schaueriano não sabe identificar, senão com recurso a elementos contingentes e externos à regra, as experiências recalcitrantes diante das quais deve aplicá-la, mesmo que dessa aplicação decorram resultados subótimos ou errados à luz da respectiva justificação. Ele sabe menos ainda se o seu julgamento a esse respeito está certo ou errado; sua racionalidade não sofre esse tipo de constrangimento. Esse agente pode dar uma “olhadela” além das trincheiras às quais a regra pretende confiná-lo, mas não dispõe de critérios advindos da regra para determinar se o que vê do lado de fora o autoriza ou não a abandonar sua posição entrincheirada em direção a um campo de batalha argumentativo mais amplo. Mesmo o lado de fora das trincheiras não é previamente definido: não se sabe se aquilo que a “olhadela” alcança é parte do sistema de regras ou uma “terra de ninguém” (*no man's land*) (Saunders, 2010, p. 17)²⁰, onde qualquer tipo de razão pode ser levado em conta.

É claro que o autor poderia objetar que uma regra jurídica jamais será aplicada no vácuo, já que faz parte de um sistema jurídico complexo. Porém, isso não afasta o problema – antes o reforça, pois a interpretação das demais regras do sistema em questão fica sujeita às mesmas possibilidades de indeterminação. Como se viu na seção 2, Schauer tenta esquivar-se de uma pura arbitrariedade nesse aspecto ao observar que os agentes decisórios simplesmente sabem o que é relevante em cada caso (Schauer, 2002, p. 205). Entretanto, longe de refutar, essa concepção confirma que de fato há essa arbitrariedade, pois o tomador de decisão se encarrega dessa determinação sem submeter-se a critérios de verificação das razões cogentes em cada caso.

¹⁹ Nesse ponto ele se aproxima do modelo de Scott Shapiro, que propõe uma explicação do Direito alicerçada na racionalidade do planejamento, tal como a teoriza Michael Bratman (Shapiro, 2011; Piccelli, 2019).

²⁰ A expressão *no man's land* identifica o território compreendido entre as trincheiras de forças rivais. Não é possível afirmar qual dos lados do combate teria hegemonia sobre ele.

Como se comentou na seção 2, são centrais no positivismo presuntivo dois postulados: a) as regras controlam resultados na maioria dos casos, amparadas por presunção nesse sentido; e, a despeito disso, b) em todos os casos essas regras devem ser postas à prova diante de considerações mais abrangentes e derrotadas por razões particularmente relevantes. Schauer (2002, p. 205) claramente afirma que a identificação dessas razões capazes de derrotar a presunção de aplicabilidade das regras depende da verificação de uma possível divergência entre os resultados indicados tanto pela regra quanto por um maior e mais moralmente aceitável conjunto de valores.

Se em todos os casos as regras ficam sujeitas a *derrotabilidade* e se tudo se reduz à questão de o próprio agente decisório *saber* (e apenas *saber*) quando há essa *derrotabilidade*, sem contar com critérios jurídicos que norteiem sua racionalidade nesse aspecto, então, além de não existir uma resposta schaueriana à questão proposta nesta seção, também não se sabe ao certo de que modo as regras e o sistema de regras participam da racionalidade do agente decisório.

É o agente decisório quem, no limite, decide se trata uma regra como regra, uma razão potencialmente relevante como razão relevante, um sistema de regras como sistema de regras e enfim, o Direito como Direito. A limitação da racionalidade do agente decisório como decorrência de um sistema de regras que aloca poder parece, assim, uma ilusão ou mera possibilidade em Schauer. Esse agente não conta com razões jurídicas, mas apenas com *indicativos* jurídicos para proferir decisões segundo um modelo baseado em regras, que ele adota ou não se quiser. Excluídas as razões prudenciais que eventualmente incidam sobre a reflexão do tomador de decisão – as sanções, por exemplo –, nada no Direito modera a escolha do agente decisório por certo modelo de decisão, por determinado resultado e por aplicar ou não o Direito.

Diante dessa última crítica, um defensor do modelo de Schauer poderia afirmar que *arbitrariedade* é uma palavra muito forte para descrever o que na verdade poderia ser mais bem representado como *maleabilidade*. Essa, afinal, seria a grande virtude do modelo do autor: valorizar as regras sem tratá-las como “engessadoras” da deliberação prática. Contudo, mesmo que se aceite essa acomodação semântica, permanece a questão de se saber até que ponto a regra jurídica e o próprio sistema jurídico podem flexionar-se sem deixarem de ser Direito. O positivismo presuntivo não responde a essa questão crucial.

5 Conclusão

Com sua abordagem do conceito de *regra*, Schauer pretendeu mostrar que a estrutura lógica de uma regra nem sempre determina a gramática de sua aplicação, que é função de elementos externos à própria regra. Para ele, uma coisa é a identificação lógica de uma regra e outra é a determinação da forma como essa regra será ou não considerada em dado

ambiente decisório – isto é, se terá ou não existência prática de regra, a fim de fornecer razões para funcionar como regra nesse ambiente.

No limiar entre o que é lógico e o que é apenas prático está o *entrincheiramento*, porque, quando e se estiver presente, sugere que o agente: a) decidirá com apoio em razões advindas da regra, e não numa apreciação mais livre que possa fazer de sua justificação; ou, se não o fizer, b) enfrentará custos argumentativos para justificar sua opção divergente.

A dimensão sistêmica dessa pretensão é que também o Direito pode ter existência lógica sem ser tratado como fonte de razões para agir. Mostrar justamente isso parece ter sido uma das principais ambições descritivas da teoria de Schauer – o que se harmoniza com sua preocupação de salientar o papel fundamental das sanções na compreensão do Direito (Schauer, 2015). Por isso, a discussão empreendida por ele vai ao cerne dos debates em torno do conceito de Direito e, portanto, da mais clássica das questões debatidas pela Filosofia do Direito.

A incerteza que resulta desse quadro descritivo parece ser menos uma consequência negativa e mais um objeto privilegiado da teoria de Schauer. Uma das marcas de seu pensamento é a rejeição da ideia de ser possível estabelecer descrições precisas e exaustivas do que se propõe estudar. Isso se evidencia no seu argumento sobre os limites das generalizações, caracterizadas por *sobreinclusividade* e *subinclusividade*. Parafraseando o que Dworkin (1977, p. 22) afirmou no artigo *Modelo de regras I* a respeito do positivismo de Herbert Hart, o positivismo presuntivo é um modelo *de e para* um sistema de indeterminação – e isso, para Schauer, não seria um defeito.

Referências

- ALMEIDA, Guilherme da F. C. F. de; STRUCHINER, Noel. Philosophical and psychological distinctions between presumptive positivism and rule-sensitive particularism. In: BUSTAMANTE, Thomas; DECAT, Thiago Lopes (ed.). *Philosophy of law as an integral part of philosophy: essays on the jurisprudence of Gerald J. Postema*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2020. p. 281-300.
- DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, MA: Belknap Press, 2006.
- _____. *Law's empire*. Cambridge, MA: Belknap Press, 1986.
- _____. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.
- HART, Peter. *The Somme: the darkest hour on the Western front*. New York: Pegasus Books, 2008.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PATHS of Glory. Director: Stanley Kubrick. Producer: James B. Harris. Starring: Kirk Douglas, Ralph Meeker, Adolphe Menjou, George Macready, Wayne Morris, Richard Anderson et al. Screenplay: Stanley Kubrick, Calder Willingham and Jim Thompson. Los Angeles: United Artists, 1957. DVD (88 min), NTSC, sound, English, b&w.
- PICCELLI, Eric. *O positivismo dos planos: introdução crítica ao pensamento de Scott Shapiro*. Belo Horizonte: Arraes, 2019.

POSTEMA, Gerald J. Positivism, I presume?...: comments on Schauer's "Rules and the rule of law". *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, MA, v. 14, n. 3, p. 797-822, 1991. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/hjlp14&id=813&men_tab=srchresults. Acesso em: 13 maio 2025.

SAUNDERS, Anthony. *Trench warfare: 1850-1950*. Barnsley: Pen & Sword Military, 2010.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 2002.

_____. *The force of law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

STUDDERT KENNEDY, Geoffrey Anketell. *Rough rhymes of a padre*. 7th ed. London: Hodder and Stoughton, 1918.

YEATS, William Butler. *Poemas*. Tradução de Paulo Vizioli. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

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 tributação da renda de pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos decorrentes de corrupção

The Taxation of the Income of Legal Entities Involved in Illicit Acts Arising from Corruption

Carlos Higino Ribeiro de Alencar¹

Resumo

O debate sobre a tributação da renda de pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos fundamenta-se numa discussão de Direito Tributário interno relacionado aos limites do princípio *non olet* e à vedação de utilizar tributo como sanção; contudo, cresce a influência de um movimento internacional para coibir incentivos tributários ligados à dedutibilidade fiscal de despesas que envolvem atos ilícitos. Este estudo apoia-se em pesquisa exploratória e qualitativa e utiliza fontes primárias e secundárias, além de técnicas de pesquisa legística. Nele se conclui que mudanças no Direito Internacional no âmbito da anticorrupção influenciam a interpretação sobre a tributação da renda resultante de atos ilícitos, que a multa do imposto de renda retido na fonte por *pagamentos sem causa* em caso de corrupção está em harmonia com os compromissos internacionais e que, no caso de restituição ao patrimônio público, deve ser possível a dedutibilidade fiscal dos pagamentos feitos nos acordos de leniência nos valores referentes à reparação do dano.

Palavras-chave: tributação de atos ilícitos; corrupção; convenções anticorrupção; princípio *non olet*.

Abstract

The debate on the taxation of income of legal entities involved in illegal acts is based on a discussion of internal Tax Law related to the limits of the *non olet* principle and the prohibition of using tax as a sanction. However, an international movement to curb tax

¹ Carlos Higino Ribeiro de Alencar é doutor em Direito pelo Ceub, Brasília, DF, Brasil; mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil; bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil e presidente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Ministério da Fazenda, Brasília, DF, Brasil. E-mail: carlos.higino.alencar@gmail.com

incentives linked to the tax deductibility of expenses involving illicit acts is growing. This study is based on exploratory and qualitative research and uses primary and secondary sources, as well as legal research techniques. It concludes that changes in International Law in the field of anti-corruption influence the interpretation of the taxation of income resulting from illicit acts, that the withholding tax penalty for unjustified payments in cases of corruption is in harmony with international commitments, and that, in the case of restitution of public assets, the tax deductibility of payments made under leniency agreements should be possible in the amounts corresponding to compensation for damages.

Keywords: taxation of illicit acts; corruption; anti-corruption conventions; *non olet* principle.

Recebido em 23/8/24

Aprovado em 18/11/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p193

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

A questão da tributação dos atos ilícitos suscita intenso debate no Direito Tributário brasileiro; trata-se de uma discussão centrada nos atos que, à luz do princípio *non olet*⁴, deveriam ser objeto de confisco ou de imposição tributária.

Essa análise ganha complexidade quando se considera que um ato ilícito pode ocorrer, mas que deve haver num momento posterior a devolução dos valores a ele relacionados. Como a legislação anticorrupção – relativa ao Direito Administrativo e ao Direito Civil, sob a influência do Direito Internacional – incorporou instrumentos que incentivam tal reparação (especialmente por meio dos acordos de leniência), tornou-se relevante para a questão tributária “passar da fotografia ao filme”, ou seja, analisar o ato ilícito sob um prisma tanto estático quanto dinâmico. A dicotomia *tributar x confiscar* passa a ser examinada sob

² ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de. A tributação da renda de pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos decorrentes de corrupção. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 247, p. 193-214, jul./set. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p193. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/247/ril_v62_n247_p193

³ Alencar, C. H. R. de. (2025). A tributação da renda de pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos decorrentes de corrupção. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(247), 193-214. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p193

⁴ *Pecunia non olet* é uma frase atribuída a Vespasiano; ao ser questionado a respeito da imposição de tributos sobre os usuários de banheiros públicos, o imperador romano teria respondido que “dinheiro não tem cheiro” – ou seja, que o mau cheiro dos banheiros públicos não se transmitia ao dinheiro pago por seu uso.

o ponto de vista de como tributar no caso de devolução *consensual*, cada vez mais comum depois do estabelecimento dos acordos de leniência.

Assim, em vista do movimento internacional contra a corrupção que se desenvolveu entre 1990 e 2020, devem-se entender os efeitos da nova interpretação relacionada à tributação da renda ilícita obtida e da devolução por meio dos acordos de leniência nos casos relacionados a corrupção. A hipótese é que a tributação dos atos ilícitos não pode ser estudada de modo estanque, com fundamento apenas no Direito Tributário nacional, sem considerar um conjunto de princípios e de novos instrumentos do Direito Administrativo e do Direito Civil sob a influência do Direito Internacional ligado àquele movimento. Deve-se considerar tanto a ocorrência do ilícito quanto se a solução encontrada para o caso engloba a reparação do dano; isso implica avaliar não apenas a legalidade da multa referente ao recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), como a indedutibilidade das despesas ilícitas no Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), considerando a redução desse tributo em eventual reparação do dano em acordos de leniência.

Este estudo aborda a tributação da renda ilícita com base no princípio *non olet* no Direito Tributário brasileiro; e, nesse campo, é controverso o papel da Lei nº 5.172/1966 (*Código tributário nacional (CTN)*) (Brasil, [2024b]), bem como o conceito de renda como acréscimo patrimonial. Em seguida, analisam-se as vedações aos incentivos fiscais para a corrupção no Direito Internacional, debate relevante no período 1990-2020, que ensejou tratados sobre a dedutibilidade de despesas com corrupção. Examinam-se as tipologias de tributação da renda de pessoas envolvidas em atividades ilícitas e verifica-se como a renda ilícita é composta. Analisam-se o princípio da devida diligência anticorrupção, bem como a responsabilidade de recolhimento do IRRF por *pagamentos sem causa*, estabelecida na legislação tributária. Aborda-se depois a metodologia de cálculo dos acordos de leniência bem como a tributação de IRPJ das empresas partícipes de tais acordos. A investigação baseia-se em pesquisa exploratória qualitativa de fontes primárias e secundárias e em técnicas de pesquisa legística, com foco nos tratados sobre o tema central, no CTN e nas leis nºs 4.506/1964, 8.981/1995 e 12.846/2013 (*Lei anticorrupção*).

2 A tributação da renda ilícita: o princípio *non olet* no Direito brasileiro

Dois debates são absolutamente relevantes no estudo da tributação do ilícito no Brasil. O primeiro deles, que se travou sobretudo na década de 1980, examinou a legislação, envolveu grandes tributaristas que escreveram sobre o tema e concentraram argumentos fundamentados no CTN. Outra linha argumentativa desenvolveu-se com base nos esforços internacionais contra a corrupção transnacional, que culminaram na celebração de tratados que dispõem sobre a vedação da dedução tributária de despesas com corrupção. A intersecção de ambas é fundamental para a atual compreensão do tema.

Martins (2018, p. 68-69) defende que o Estado deve tributar as atividades ilícitas, e não somente as lícitas, pois, ao permitir que “o trabalho desonesto e as atividades imorais, disfarçados ou não, geradoras de bens economicamente agredíveis, fiquem de fora de sua atuação impositiva, está, à evidência, criando desigualdades”. Todavia, entende que nem todas as atividades ilícitas seriam passíveis de tributação, já que admitir a tributação sobre algumas delas, como o homicídio e os crimes contra o patrimônio, seria “subverter os princípios estruturais da sociedade”. Baleeiro e Derzi (2018) e Becho (2010) também questionam a tributação ampla dos atos ilícitos.

Machado (1999) sustenta que, em virtude do art. 3º do CTN, o tributo não pode representar sanção – interpretação presente em decisões, várias das quais sumuladas, do Supremo Tribunal Federal⁵. Associado fortemente a essa ideia é o princípio *non olet*; ele indica que, independentemente de sua licitude, o resultado da atividade econômica pode ser tributado. Quanto ao IRPJ, Hugo de Brito Machado e Brandão Machado debateram especialmente sobre o papel do CTN na definição de renda tributável.

Brandão Machado acredita que a falta de uma definição precisa do conceito de *renda* no ordenamento jurídico implica o uso de uma concepção legalista, em que cabe ao legislador ordinário concretizar seu significado por meio da tributação de diferentes tipos de rendimentos (Machado, 1990). Relativamente à dedutibilidade do ilícito, o autor esteia-se na ideia de que a regra que censura a dedutibilidade das multas apenas as trata de maneira distinta das despesas dedutíveis, pois, conforme a regra geral, aquelas não devem ser consideradas despesas operacionais. Se se define a despesa necessária como indispensável ao funcionamento de uma empresa, aceitar multas como despesas necessárias dedutíveis distorceria o conceito de *sustentabilidade empresarial* e permitiria que empresas se beneficiassem financeiramente de condutas ilícitas.

Em contrapartida, Hugo de Brito Machado argumenta que *renda* é “acrúscimo patrimonial” e que esse conceito está claro no CTN (Machado, 1994). Com isso, defende a restrição da autonomia do legislador ordinário e que a interferência deste – entendida como a possibilidade ampla de definir o rol de despesas dedutíveis – poderia causar uma instabilidade entre lei ordinária e lei complementar. De acordo com o autor, a vedação à dedutibilidade de multas violaria o conceito de *renda* previsto no CTN, pois as multas são pertinentes

⁵ Súmula nº 70 (aprovada em 1963): “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo” (Brasil, 1963a); esse precedente do Recurso em Mandado de Segurança nº 9.698/GB discutia a possibilidade de interdição de estabelecimento comercial como meio coercitivo para compelir o contribuinte recorrente a pagar débitos. Súmula nº 323 (aprovada em 1963): “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos” (Brasil, 1963b); nesse precedente do Recurso Extraordinário nº 39.933/AL, discute-se a constitucionalidade do art. 75 do Código Tributário Municipal de Major Isidoro (anterior à atual Constituição), que criava a hipótese de incidência de taxa de melhoramentos e a possibilidade de apreensão de bens para arrecadar dívidas fiscais. Súmula nº 547 (aprovada em 1969): “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais” (Brasil, 1969). Há precedentes julgados em que o contribuinte se insurgia contra as disposições dos decretos-leis nºs 5/1937, 42/1937 e 3.336/1941, conforme os quais o contribuinte em débito com a Fazenda Nacional estaria impedido de: a) operar nas repartições fiscais federais na compra de selos e estampilhas dos impostos de consumo e vendas mercantis; b) despachar mercadorias nas alfândegas ou mesas de rendas; e c) transigir, por qualquer outra forma, com a Fazenda Pública.

ao exercício da atividade geradora de renda; elas são consequências diretas do exercício das atividades econômicas que geram renda para a empresa, o que causa um decréscimo patrimonial. Dessa impossibilidade de dedução resultariam, pois, duas penalidades para a empresa: a multa e a proibição de deduzir a despesa de seu pagamento.

Brandão Machado destaca a maior liberdade do legislador ordinário devida à ausência de uma definição precisa no CTN e considera que as multas não se enquadram na regra geral do art. 47 da Lei nº 4.506/1964 (Machado, 1990). Por sua vez, Hugo de Brito Machado⁶ baseia-se na ideia de que há menos espaço conferido ao legislador ordinário, pois o CTN define *renda* como acréscimo patrimonial, o que permitiria a dedução das multas como despesas operacionais (Machado, 1987, 1992).

Há também o ponto de vista de Machado Segundo (2018), para quem o produto de atividades ilícitas deve ser confiscado, embora nem todo valor o seja necessariamente. Caso não houvesse confisco, não haveria impedimento para que o valor fosse tributado; dessa maneira, no caso de corrupção, se houvesse a restituição ao patrimônio público dos valores desviados, não caberia a tributação; mas, se a Administração não confirma essa recuperação, pode-se manter a tributação. A tese de Machado Segundo é relevante em face dos novos instrumentos de combate à corrupção introduzidos no ordenamento, particularmente sob a influência do Direito norte-americano. Como o acordo de leniência é o mais relevante desses instrumentos, é necessário entender sua introdução no sistema jurídico do País.

3 O Direito Internacional e a vedação dos incentivos fiscais para a corrupção

A par do debate entre tributaristas brasileiros sobre as despesas acarretadas por atos corruptos, cresceu no final do século passado um movimento internacional de combate ao suborno transnacional nas atividades empresariais.

O suborno transnacional ocorre quando um cidadão de um país ou um agente da empresa nele sediada oferece vantagens indevidas a um agente público de outro país, com o fim de que empresas consigam nele atuar (Brasil, 2022a). A esse respeito, a legislação de nações desenvolvidas como a Bélgica, a França, a Alemanha, a Itália e a Austrália continha medidas que abonavam essa prática; admitia-se que esse tipo de despesa fosse dedutível do imposto de renda das pessoas jurídicas, já que se via nessa forma de corrupção um mal necessário nos negócios internacionais (Leff, 1964; Leys, 1965; Huntington, 1968)⁷.

⁶ No mesmo sentido, ver Rolim e Silva (1996, p. 75).

⁷ Na década de 1960, Leff defendeu que a corrupção poderia ser útil para superar entraves burocráticos e regulamentos ineficientes e contribuir para o desenvolvimento econômico; sustentou que os subornos poderiam facilitar a realização de negócios e o funcionamento de empresas. Huntington (1968, p. 131, tradução nossa) cunhou a frase que sintetiza essa ideia de corrupção como facilitadora do desenvolvimento: “Em termos de crescimento econômico, a única coisa pior que uma sociedade com uma burocracia rígida, excessivamente centralizada e desonesta, é uma sociedade com uma burocracia rígida, excessivamente centralizada e honesta”.

Em vista da disparidade que esse tipo de infração causava no mercado internacional e do temor a desvantagens competitivas, os EUA foram o primeiro país a impedir os benefícios fiscais para a prática de corrupção e o fizeram por meio da *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), de 1977. O objetivo da FCPA era tornar ilegal que pessoas e entidades fizessem pagamentos a funcionários de governos estrangeiros com o intento de obter ou reter negócios. Depois de firmá-la internamente – com sua influência global, e mediante uma extraterritorialidade alargada da FCPA e o estabelecimento de tratados sobre a corrupção –, os EUA começaram a forçar os demais países a que fizessem o mesmo. A extraterritorialidade alargada atinge tanto as empresas sediadas nos EUA quanto as estrangeiras que de alguma forma se conectam ao território norte-americano, de modo que a lei é aplicável mesmo às ligações mais tênues. Podem-se estabelecer tais conexões pelo uso de meios de comunicação e comércio interestadual, o que amplia significativamente o alcance do combate à corrupção da FCPA e é crucial para induzir os demais países a se engajarem no enfrentamento global da corrupção⁸. Contudo, apesar de todos os avanços econômicos e sociais, países como a Alemanha e a Espanha enfrentaram dificuldades para estabelecer e aplicar normas eficazes contra a corrupção e o suborno, o que ressalta a importância de harmonizar os esforços nacionais com as diretrizes internacionais.

Até o início do século passado, Alemanha ainda aceitava a dedução de tributos em razão de pagamentos ilícitos realizados no estrangeiro (Rubin, 1998). Em 1996, com a reforma da lei alemã do imposto sobre o rendimento (*Einkommensteuergesetz (EStG)*) (Deutschland, [2024]), passou-se a excluir a dedutibilidade de pagamentos e benefícios advindos de atos ilícitos, conforme a lei penal ou as normas administrativas. Essa exclusão, porém, só era válida quando uma sentença criminal ou uma resolução administrativa definitiva confirmava a ilicitude do ato; como esses atos não eram criminalizados ou administrativamente sancionados pela legislação, a dedutibilidade de subornos pagos no exterior não se operava de fato. Com a entrada em vigor da convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) na Alemanha em 1999, aumentou o rigor do Direito Penal do país em relação às condutas ilícitas praticadas no exterior; entretanto, ainda não havia uma norma específica sobre a dedutibilidade de suborno transnacional⁹.

⁸ O esforço diplomático dos EUA culminou em tratados anticorrupção que evidenciam sua influência nesse campo, especialmente entre a última década do século passado e a primeira deste.

⁹ “Tax deductibility of facilitation payments 279. In Phase 3, the Working Group was concerned that there was no clear policy on the tax deductibility of facilitation payments (recommendation 10a). While there was a high level of awareness of the non-deductibility of bribes in the private sector, the Working Group was concerned by the absence of clear scope for the exception of facilitation payments and the lack of a requirement that these payments be small. As in Phase 3, unlawful payments and related benefits are not tax deductible. 280. During the on-site visit, conversely to what was stated in Phase 3, tax authority representatives were unanimous to state that both facilitation payments to induce a lawful official act and bribe payments are similarly not tax deductible. Germany states that no specific guidance on the tax treatment of facilitation payments exists and that the general guidance for tax authorities applies” (OECD, 2018, p. 79). No relatório de análise do Grupo de Trabalho da OCDE de 2020, fase 4, permaneciam as incertezas quanto à vedação dos incentivos fiscais à corrupção transnacional na Alemanha (OECD, 2018).

No contexto espanhol, o art. 13 da *Ley general tributaria* (LGT) estabelece que a ilegalidade não impede a dedutibilidade das despesas derivadas de atividades ilícitas, pois os impostos devem ser exigidos com base na natureza jurídica do fato definido pela lei, independentemente de quaisquer vícios que afetem sua validade (España, [2023]). Em casos de ilegalidade puramente civil, as despesas envolvidas podem ser dedutíveis, desde que se relacionem à obtenção de rendimentos e cumpram os requisitos da legislação tributária (Soler Roch, 1995). Essa regra também se aplica aos pressupostos fáticos previstos na regulamentação da base tributável (com exceção dos incentivos fiscais) e determina que a despesa será dedutível no ano em que surgir a acumulação de bens e serviços. No caso de despesas criminais ou constitutivas de infrações administrativas, a dedutibilidade é mais complexa. Embora o art. 13 do LGT possa sugerir essa dedutibilidade, despesas relacionadas a atividades radicalmente proibidas não devem ser dedutíveis, pois não se relacionam com os rendimentos – trata-se de despesas que não deviam ter sido feitas (España, 1999)¹⁰.

O Brasil é signatário de três das principais convenções internacionais anticorrupção: a) a *Convenção interamericana contra a corrupção* (Brasil, 2002), da OEA¹¹; b) a *Convenção sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais* (Brasil, 2000), da OCDE¹²; e c) a *Convenção das Nações Unidas contra a corrupção* (Brasil, 2006), da ONU¹³.

A primeira delas é de 1996 e dispõe sobre a cooperação internacional para combater a corrupção. No art. 3º (Brasil, 2002) definem-se medidas preventivas em favor de manter, criar ou aprimorar “leis que vedem tratamento tributário favorável a qualquer pessoa física ou jurídica em relação a despesas efetuadas com violação dos dispositivos legais dos Estados Partes contra a corrupção”. Isso evidencia que não se devem tolerar vantagens fiscais de quem pratica atos ilícitos.

Por sua vez, a convenção da OCDE concluiu-se em 1997 sem uma vedação específica da dedutibilidade de suborno. Os comentários ao seu art. 13 justificam que a adesão a ela implicaria a aceitação da *Recomendação do Comitê de Assuntos Fiscais sobre dedução fiscal de propinas para funcionários públicos estrangeiros* (“Recomendação C(96)27/FINAL”)¹⁴, o que a tornaria vinculante quanto à proibição da dedutibilidade fiscal do pagamento de suborno. Essa Recomendação, todavia, apenas indica que os Estados-membros revejam a dedução de subornos. Com o objetivo de assegurar a execução apropriada da convenção

¹⁰ Exemplo disso foi a decisão do Tribunal Superior de Justiça da Comunidade Valenciana, em 1991, em que despesas com publicidade de jogos de azar foram consideradas dedutíveis porque contribuíram para a obtenção de rendimentos e não eram radicalmente proibidas. A sentença foi objeto de recurso, e o Tribunal Supremo julgou não dedutível a despesa, com esteio no argumento de que a publicidade era proibida, sem fornecer justificativas adicionais.

¹¹ Promulgada pelo Decreto nº 4.410/2002.

¹² Promulgada pelo Decreto nº 3.678/2000.

¹³ Promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006.

¹⁴ Elaborada em 11/4/1996, consta no preâmbulo da *Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais* – OCDE (Brasil, 2000).

e da recomendação, a OCDE estabeleceu um grupo de trabalho para atuar com o Comitê de Assuntos Fiscais (CAF) e verificar tanto a adequação legislativa dos países signatários às disposições da convenção quanto a sua aplicação. Um relatório de revisão da OCDE de 2007 indicou dificuldades para a implantação da convenção no Brasil, pois ele não apresentava medidas para se responsabilizarem pessoas jurídicas envolvidas em casos de suborno, nem havia determinado a impossibilidade de sua dedução fiscal (OECD, 2007). Em 2009, uma recomendação do CAF da OCDE indicava que os Estados deveriam proibir a dedutibilidade de suborno pago a funcionários públicos estrangeiros. O Brasil optou por não promover alteração legislativa para enfrentar essa questão. Nesse contexto, a Receita Federal do Brasil (RFB) editou o Ato declaratório interpretativo nº 32/2009¹⁵, o qual estipula que os pagamentos feitos como recompensa por atividades ilegais não são dedutíveis no cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido (OECD, 2014). Até 2023 a OCDE manteria críticas a essa medida¹⁶.

E a convenção das Nações Unidas, de 2003, determina no art. 12.4 que cada “Estado Parte ditará¹⁷ a dedução tributária relativa aos gastos que venham a constituir suborno” (Brasil, 2006). O Estado brasileiro concordou com os termos originais da convenção, a qual determina que gastos ilícitos, como o suborno, não devam ser dedutíveis na esfera fiscal.

Se no âmbito do debate jurídico-tributário interno se consolidou a aplicação do princípio *non olet*, no panorama jurídico internacional nas últimas três décadas fortaleceu-se o movimento anticorrupção, cujo foco principal é o combate à dedutibilidade fiscal de pagamentos ilícitos. Como esse movimento exige que a interpretação sobre o tema considere tanto o aspecto doméstico quanto o internacional, a implantação de regulamentos tributários relativos à dedutibilidade de despesas ilegais tem desafiado vários sistemas jurídicos.

4 Tipologias de tributação da renda de pessoas ligadas às atividades ilícitas

Como o Direito brasileiro consagrou o princípio *non olet*, deve-se analisar sua aplicação a diversas situações ilícitas. Este artigo centra-se na questão do imposto de renda; por isso, é necessário verificar como a renda ilícita é composta.

¹⁵ “Os pagamentos efetuados a título de recompensa pela prática de infrações legais ou a elas relacionadas, em especial aquelas mencionadas no artigo 1 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, são indedutíveis na apuração da base de cálculo do Imposto sobre a Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido” (Brasil, 2009).

¹⁶ Por fim, em nova análise, ocorrida em outubro de 2023 (fase 4 da avaliação do Brasil), a OCDE entendeu como cumprida a Recomendação: “The lead examiners welcome the clarifications that bribes are non-deductible in calculating the tax base on Income and Social Contribution on Net Income Tax and that the denial of tax deductibility of bribes is autonomous from the criminal investigation or judicial proceedings of the respective underlying offence. They also welcome the clarification that unlawful tax deductions can be challenged either autonomously or after a taxpayer is convicted of (domestic or foreign) bribery” (OECD, 2023, p. 93).

¹⁷ O verbo *ditar* talvez não seja a melhor tradução. A versão em inglês da convenção utiliza *disallow* (recusar), a versão em espanhol emprega *denegar* (indefir) e a versão francesa, *refuser* (recusar).

Há uma série de atividades que permanecem à margem da tributação da renda. Dentre elas existem as ligadas à chamada *economia informal* e as que, embora conexas à economia formal, são sonegadas ao fisco. Assim, algumas das receitas sujeitas ao imposto de renda podem decorrer tanto de atividades criminosas (como o tráfico de drogas, de armas, de seres humanos) e de contravenções (como o jogo do bicho) quanto de atividades formais (como a agricultura, o comércio, a indústria e os serviços) total ou parcialmente sonegadas para fins de tributação. Como existe a tipificação penal da sonegação, mesmo a receita oriunda de uma atividade lícita pode adquirir caráter ilícito indireto devido ao seu não oferecimento à tributação.

No caso de atividades que buscam manter-se à margem da formalização econômica, a aplicação do princípio *non olet* tem nas receitas não declaradas seu foco óbvio. Muitas organizações criminosas mantêm suas riquezas fora dos registros regulares, tanto no próprio país quanto no exterior, e sua descoberta é elemento fundamental para indicar uma receita potencial que pode ser tributada, independentemente de sua origem.

Também as pessoas físicas envolvidas em atos de corrupção apresentam uma tipologia semelhante, uma vez que ocultam receitas que implicam aumento de patrimônio ou de consumo, incompatível com as receitas declaradas. Nesses casos, é comum que pessoas acumulem riqueza em ativos que possam escapar ao controle da Administração tributária mediante sua manutenção em: a) moeda física, nacional ou estrangeira; b) bens de luxo, como obras de arte, joias ou relógios de alto valor; c) metais preciosos, como o ouro; ou d) ativos em bancos ou países estrangeiros com regras de sigilo bancário mais rígidas. Recentemente, a identificação desse tipo de ocultamento ganhou maior complexidade com o surgimento dos criptoativos, que funcionam à margem do sistema financeiro internacional. Em todos esses casos, o cerne da tributação está em identificar o fato gerador de auferimento de uma renda não declarada por essas pessoas e gerar o lançamento da sua receita.

Todavia, há uma especificidade quando se fala em ato ilícito de corrupção, sobretudo o praticado por empresas. Normalmente, eles visam garantir o acesso a contratos públicos que – se não se podem julgar lícitos porque viciados em sua celebração – se encontram no mundo das atividades formalizadas. Assim, a maioria das empresas que pagam propinas o faz para obter contratos com o setor público que serão objeto de registro em sua contabilidade formal. Por essa razão, as empresas corruptoras buscam mascarar a ilicitude das despesas realizadas para obterem receitas que, em geral, ingressam formalmente no seu rol de receitas; não à toa, os esforços internacionais anticorrupção entre as décadas de 1990 e 2020 concentraram-se na vedação da dedutibilidade fiscal de tais despesas, considerada um incentivo fiscal à corrupção. Esses pagamentos fictícios concentram-se em situações simuladas de consultoria ou intermediação de negócios. As recomendações internacionais de auditoria antissuborno indicam que esse tipo de pagamento costuma acobertar despesas pagas para a obtenção de vantagens em contratações públicas; por conseguinte, devem-se buscar pagamentos de consultorias ou intermediários de negócios em valores que fujam aos

padrões de mercado – ou que, de alguma forma, se relacionam a pessoas ligadas aos agentes públicos, por vínculo de amizade ou parentesco – que possam influenciar na contratação.

Há outros exemplos de pagamentos de serviços intangíveis, como advocacia ou publicidade, cujo real valor é difícil mensurar devido à sua singularidade. Num caso paradigmático brasileiro, muitas empresas implicadas na operação Lava Jato utilizaram-se de alguma subsidiária no exterior, de um prestador de serviços fictícios ou de ambos, com o propósito de dificultar a identificação das reais transações envolvendo esses pagamentos.

A tipologia das empresas que celebraram acordos de leniência no Brasil concerne a pagamentos fictícios para justificar subornos para a obtenção de contratos. Em razão disso, há dois desdobramentos de natureza tributária: a) essas empresas foram tributadas com relação ao imposto de renda retido na fonte desses pagamentos, e foi lançado o imposto com alíquota de 35% sobre os valores pagos, considerados *pagamentos sem causa*; e b) essas despesas foram glosadas, para fins de imposto de renda da pessoa jurídica, o que aumenta o lucro e gera um maior valor de imposto a pagar. A seguir, examinam-se ambas as situações.

5 O princípio da devida diligência anticorrupção e os pagamentos *sem causa*

Um dos desdobramentos tributários das despesas utilizadas para a corrupção é a incidência, mediante lançamento de ofício, de IRRF na alíquota de 35%, cobrado da pessoa jurídica pagadora. Essa determinação está no art. 61 da Lei nº 8.981/1995:

Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º A incidência prevista no *caput* aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991 (Brasil, [2016a]).

Em regra, a retenção do IRRF é uma obrigação das pessoas jurídicas com relação a pagamentos a pessoas físicas, submetidos à alíquota progressiva de até 27,5%, conforme a Lei nº 11.482/2007, e de 1,5% no caso de pessoas jurídicas, de acordo com o art. 714 do *Regulamento do imposto de renda (RIR)*, aprovado pelo Decreto nº 9.580/2018. É evidente a impossibilidade de que o tributo tenha caráter sancionatório em função do conceito de tributo definido no art. 3º do CTN, consensualmente aceito na literatura e na jurisprudência.

Em virtude disso, vários autores debateram a legalidade da obrigação firmada no art. 61 da Lei nº 8.981/1995¹⁸.

Minatel (2006) sustenta que essa obrigação é uma resposta ao pagamento indevido a campanhas eleitorais – em razão do escândalo que resultou no *impeachment* do presidente Fernando Collor – e que tem caráter de sanção pelo descumprimento das normas de registros contábeis. Bellan e Ristow (2016) argumentam que as normas contábeis não demandam essa identificação e que essa tributação majorada não se ancora no princípio da capacidade contributiva nem em critérios extrafiscais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). Por isso, a pessoa jurídica que efetua pagamento a beneficiário não identificado ou sem causa não poderia estar sujeita ao IRRF com a alíquota de 35% (tributação mais gravosa), mas somente a um limite de 34%, maior alíquota do IRPJ acrescida da incidência da CSL; ou de 27,5%, a maior dentre as alíquotas aplicáveis à fonte pagadora, no caso das pessoas físicas. Assim, ela não seria ilegal, mas sua alíquota deveria ser reduzida. Rabelo Filho e Paixão (2020) concluem pela natureza tributária da exação, mas advogam que, uma vez identificada a causa que ensejou o pagamento, seja ela lícita ou ilícita, exclui-se de imediato a obrigação de recolhimento do IRRF com alíquota de 35%, pois o beneficiário seria identificado.

A jurisprudência atual do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) é que, no caso de pagamentos concernentes a atos ilícitos, mesmo identificada sua finalidade, não fica validada sua causa primária, pois esses pagamentos não teriam causa econômica, por não corresponderem a serviços efetivamente prestados. Assim, o Carf considera cabível a manutenção da obrigação em caso de pagamentos relacionados a suborno (Brasil, 2019). Por conseguinte, de acordo com Bellan e Ristow (2016) e Rabelo Filho e Paixão (2020), não tem natureza de sanção a obrigação de pagamento do IRRF com alíquota de 35%. Quanto a esta, Bellan e Ristow sustentam que, apesar de constitucional, deveria ser-lhe aplicada uma alíquota menor, limitada à que normalmente se utiliza, o que reforçaria o caráter não sancionatório da norma tributária.

Essa imposição tributária conecta-se de modo coerente com um princípio que se difundiu amplamente no âmbito do Direito sancionador: o princípio da devida diligência (*due diligence*)¹⁹. Uma das questões que mais dificultavam o combate à corrupção empresarial

¹⁸ Alguns autores defendem que o conflito entre lei ordinária e lei complementar implica inconstitucionalidade da lei ordinária. Silva (1998, p. 248) entende que “lei ordinária que ofenda uma lei complementar está vulnerando a própria Constituição, visto que disciplinará interesses que esta determina sejam regulados por ela. Tratar-se-á, então, de conflito de normas, subordinado ao princípio da compatibilidade vertical, entroncando, pois, na norma de maior superioridade hierárquica, que é a que ficou ofendida – a Constituição”. Poletti (1997, p. 189-190) também endossa essa postura: “a tese da ilegalidade não pode prosperar, pois seria estapafúrdio considerar uma lei ilegal, por contrariar uma determinada lei complementar. A própria expressão indicaria uma contradição: se é lei não pode ser ilegal, de igual forma se é lei não pode ser inconstitucional. Por outro lado, como seria possível resolver o problema da antinomia entre uma lei ordinária e uma lei complementar, considerando que são diplomas de hierarquia diferente senão pela tese da inconstitucionalidade? Se assim não fosse, a lei ordinária posterior à lei complementar a revogaria, o que seria um absurdo”.

¹⁹ O dever de diligência figura nos arts. 2º, 3º e 8º da convenção da OCDE; nos arts. III (5, 6 e 10) e VIII da convenção da OEA; e nos arts. 9.2, 9.3, 12 e 26 da convenção da ONU.

era a conduta adotada por empresas que utilizavam terceiros para a prática de corrupção. A fim de evitar a responsabilização, adotavam a chamada *cegueira deliberada*: legalmente contratavam intermediários (despachantes, consultores, advogados) e embutiam na remuneração desses profissionais valores de propinas a agentes públicos; caso fossem revelados esquemas ilícitos, as empresas indicavam que os desconheciam e o reprovavam. Para evitar esse tipo de conduta, desenvolveu-se uma teoria, além de uma série de procedimentos ligados à devida diligência, que indicam a necessidade de mapear riscos dos fornecedores e prestadores de serviços e tomar medidas preventivas para evitá-los. As convenções internacionais anticorrupção mencionam esse dever de diligência, e manuais de organismos internacionais orientam sua operacionalização (OCDE, 2018). A máxima desse tipo de política de gestão de riscos é *know your partner* (conheça seu parceiro) ou simplesmente KYP.

A legislação anticorrupção brasileira também estabeleceu esse dever. Conforme o art. 7º, VIII, da *Lei anticorrupção*, deve-se considerar um programa de integridade na aplicação das sanções a existência de um programa de integridade (Brasil, 2013). O art. 42, III, do Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta essa lei, já apresentava como centrais num programa de integridade “padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados” – regra mantida no art. 57, III, do Decreto nº 11.129/2022 (Brasil, 2022b).

Dessa maneira, há convergência entre o Direito Tributário e o Direito Administrativo relativamente à obrigação tributária do recolhimento de IRRF, com fundamento no art. 61 da Lei nº 8.981/1995 e no princípio da devida diligência, que exige conhecer os parceiros de negócios, analisar os riscos da contratação e adotar precauções para evitar desvios éticos.

6 A metodologia de cálculo dos acordos de leniência

O cálculo dos valores a serem pagos no âmbito dos acordos de leniência tem sido objeto de polêmica no Direito brasileiro. O transplante de um modelo de negociação típico da *common law* para um sistema de *civil law* gerou desafios, e um dos principais é a negociação de acordos. Nesse tema, um dos pontos controversos é o valor a ser pago. Ele envolve ao menos dois elementos: o resarcimento do dano e as multas.

A *Lei anticorrupção* prevê sanções administrativas (art. 6º) e civis (art. 19) para a prática de atos lesivos contra a Administração Pública. Conforme o art. 6º, I, o dever de pagar decorre da sanção administrativa de multa “no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa” (Brasil, 2013). Ao lado da multa, reafirma-se no art. 6º, § 3º, a obrigação de reparo integral do dano causado. Assim, em relação ao dever

de pagar, o acordo de leniência deve abranger tanto a multa como o ressarcimento integral do dano; contudo, em relação a esse ressarcimento, é enorme a dificuldade de quantificação.

Pode-se empreender o cálculo do valor do dano por meio de metodologias diversas, desde um cálculo de sobrepreço ou superfaturamento até algo que considere usos alternativos dos valores. Um exemplo do campo industrial é uma planta fabril mais cara que pode compensar seu custo ao entrar em funcionamento mais cedo. Em obras de infraestrutura complexas (como refinarias, estradas, pontes) ou mesmo na aquisição de bens muito específicos (como plataformas de petróleo), é muito difícil indicar com precisão o valor do dano. Além disso, quanto à competência para se indicar o valor final do dano, houve desentendimento entre as auditorias privadas contratadas, a Controladoria-Geral da União (CGU) e o Tribunal de Contas da União (TCU), com competências constitucionais para apurar qualquer prejuízo ligado ao uso de *dinheiros públicos*²⁰. Além disso, ocorreu o problema de disputa institucional. Na esfera do Poder Executivo federal, inicialmente os acordos de leniência deviam ser conduzidos pela CGU; no entanto, com uma interpretação abrangente de diversas normas jurídicas, o Ministério Público Federal (MPF) entendeu que também tinha competência para isso. A conclusão é que, no âmbito federal, foram celebrados acordos de leniência com distintas metodologias de cálculo.

A metodologia recomendada pela OCDE foi utilizada em vários acordos de leniência celebrados com a participação conjunta da Advocacia-Geral da União (AGU), da CGU e do MPF, mas os cálculos foram realizados pela CGU²¹. O padrão da OCDE está previsto no *Manual de identificação e quantificação dos procedimentos de corrupção* (OECD; World Bank, 2012), que apresenta métodos aplicáveis aos procedimentos de reparação do dano que podem envolver confisco ou devolução espontânea. Três dentre esses métodos centram-se nos ganhos obtidos pela empresa corruptora: o da *receita bruta*, o da *receita líquida* e o do *lucro adicional*. Além disso, a reparação pode basear-se na *compensação* dos danos causados e na *restituição* dos valores contratuais (OECD; World Bank, 2012).

Conforme o método da *receita líquida* (ou método de produto líquido ou dos lucros líquidos), a reparação baseia-se nos benefícios obtidos pelo suborno, como os lucros líquidos derivados do contrato. Em outras palavras, “os benefícios sujeitos a confisco ou devolução são as receitas do contrato menos certos custos ou despesas legítimos incorridos pelo subornado na execução do contrato, por exemplo, o custo de fornecimento de bens ou serviços” (OECD; World Bank, 2012, p. 30, tradução nossa). Algumas jurisdições acrescentam o valor do suborno para calcular o benefício sujeito a confisco ou a restituição. Em casos como o da Alemanha, utiliza-se a “margem de lucro esperada na data da assinatura” do contrato (OECD; World Bank, 2012, p. 30, tradução nossa).

²⁰ As competências constitucionais e privativas do TCU estão estabelecidas nos arts. 33, § 2º, 70, 71, 72, § 1º, 74, § 2º, e 161, parágrafo único, da CRFB (Brasil, [2024a]). Atribuições conferidas ao TCU também figuram na Lei Complementar nº 101/2001 (*Lei de responsabilidade fiscal*), na Lei nº 14.133/2021 (*Lei de licitações e contratos administrativos*) e na *Lei de diretrizes orçamentárias*.

²¹ Foi difícil harmonizar a participação desses órgãos; porém, transcende os limites do artigo examinar as razões disso.

A CGU adotou o método da receita líquida; por meio dele, calculou a receita do contrato derivado da corrupção, deduzidos os seus custos e excluídos os valores de suborno pagos. Além de observar um dos métodos recomendados pela OCDE, a CGU fundamentou sua decisão no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, o qual impede que a Administração se aproprie da parcela de gastos incorrida pela empresa, mesmo corrupta. Ademais, a decisão fundamenta-se nas mesmas razões indicadas pela RFB para não admitir a dedução de despesas para fins de imposto de renda; tal prática não é aceita pelo sistema, pois atos ilícitos são nulos, de acordo com Lei nº 10.406/2002 (*Código civil*). Nos acordos de leniência que assinou – a maioria com participação do MPF – a CGU buscou deixar claros os valores que correspondiam a ressarcimento e os referentes a multas.

Alguns acordos realizados somente pelo MPF adotaram um pagamento global (título de multa e valor mínimo de ressarcimento). Tal procedimento acarreta enorme dificuldade no âmbito tributário, dado que a legislação do IRPJ e as decisões administrativas tradicionalmente aceitam a dedução das denominadas *multas fiscais compensatórias*, conforme o art. 352, § 5º, do RIR/2018, mas não de outros tipos de multas (Brasil, [2021]). Assim, no campo tributário, a tendência seria aceitar o pagamento da reparação do dano como despesa dedutível para fins de IRPJ, mas não das multas que representassem sanção, tema abordado a seguir.

7 A tributação das empresas partícipes dos acordos de leniência

A CGU utilizou-se de parâmetros internacionais e da legislação interna para desenvolver uma metodologia de valor da reparação do dano que envolve o valor da vantagem obtida, de forma a evitar o enriquecimento sem causa pela Administração Pública, somada ao valor dos pagamentos ilícitos desembolsados, não admitidos no ordenamento. Esse conceito aproxima-se bastante do de *lucro operacional* para fins de imposto de renda. A implicação tributária dessa metodologia é que, ao acordar a reparação integral do dano nos termos acima propostos, a empresa leniente devolve o lucro oriundo da operação ilícita, somado aos valores dos pagamentos ilícitos desembolsados. Nesse caso, tanto o valor do ressarcimento quanto a devolução dos pagamentos indevidos podem ser deduzidos do IRPJ. A dedutibilidade das multas, entretanto, envolve debate mais aprofundado.

Ao abordarem com profundidade a questão da dedutibilidade dos atos ilícitos, Schoueri e Galdino (2018) incluem as multas. Eles analisam a evolução da legislação e da jurisprudência sobre a dedutibilidade das multas fiscais; e, com fundamento no art. 16, § 4º, do Decreto-lei nº 1.598/1977 (Brasil, [2023]), concluem não serem dedutíveis as multas por infrações fiscais, salvo as de natureza compensatória ou que não resultem de falta ou insuficiência de pagamento do tributo (Brasil, 1979). Quanto às multas não fiscais, os autores as dividem em dois grupos: multas por violação de normas de ordem pública e multas contratuais.

No caso de descumprimento de normas de ordem pública – apesar de haver alguns casos em que a dedutibilidade foi aceita, aplicada pelo Banco Central e decorrente de relações contratuais com a União (Schoueri; Galdino, 2018) –, tanto a jurisprudência majoritária administrativa (Brasil, 1995, 2014, 2016b) quanto a judicial (Brasil, 2005, 2007, 2015a, 2015b) entendem pela indeditibilidade, sob o argumento de que não se pode considerar necessária à atividade da empresa a violação de normas cogentes para todos, sob a pena de se validar um comportamento ilícito em termos tributários. Não prevaleceu o argumento de que alguns tipos de multas são inerentes ao risco da atividade empresarial, como as multas de trânsito para empresas de transporte (Brasil, 1982, 1983a, 1983b). Quanto às multas contratuais, prevalece o entendimento de que são dedutíveis, dado que o inadimplemento de uma cláusula contratual faria parte natural das atividades empresariais dos contribuintes (Brasil, 2008, 2011, 2017a, 2017b). Há um terceiro grupo: o das multas indenizatórias; nesse caso, como não se trata de mera liberalidade da empresa, são geralmente dedutíveis. O caso das indenizações trabalhistas é uma situação na qual a dedutibilidade é aceita, mesmo oriunda do descumprimento da legislação cabível nesse âmbito (Brasil, 2018).

Por fim, Schoueri e Galdino (2018, p. 212) defendem que: a) o imposto sobre a renda incide sobre o conceito de *renda líquida*; b) o princípio “*non olet* exige que se mire a manifestação da capacidade contributiva, independentemente dos negócios que a provoquem”; e c) “a vedação à dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas, [que, por não ser] inspirada no princípio da renda líquida, constitui sanção de ato ilícito, desproporcional à gravidade da violação e arbitrária”.

É possível dar um exemplo prático, de maneira simplificada. Imagine-se um modelo em que existam somente dois períodos: t_1 e t_2 . No primeiro, a empresa pagou propina a agentes públicos e obteve um contrato no valor de cem unidades monetárias (\$ 100); no segundo período, a empresa assinou um acordo de leniência e pagou à vista tanto a multa quanto a reparação integral do dano. Suponha-se que nesse segundo período seu faturamento também tenha sido de \$ 100. Em ambos, o custo de produção é de \$ 50. A alíquota de IRPJ é a máxima, de 25%, e a multa do art. 6º, I, da *Lei anticorrupção* também foi máxima, de 20% do faturamento bruto, menos impostos. Assim, em t_1 obtém-se: faturamento – custo – pagamento ilícitos = lucro ($100 - 50 - 10 = 40$). O lucro sujeito ao IRPJ foi de \$ 40. Todavia, deveria ser de \$ 50, pois os \$ 10 não são dedutíveis, conforme a regulamentação do IRPJ e os tratados anticorrupção mencionados. O valor do IRPJ pago em t_1 foi de \$ 10 (25% de \$ 40), quando deveria ter sido de \$ 12,5 (25% de \$ 50).

A empresa teve a transação ilícita descoberta e celebrou um acordo de leniência em t_2 . O cálculo da CGU determina que a empresa devolva o lucro da operação mais os pagamentos ilícitos para a obtenção do contrato. Além disso, a CGU multou a empresa em 20% sobre o faturamento bruto menos tributos. Desse modo, em t_2 o valor do acordo de leniência abrangeu o valor da multa da *Lei anticorrupção*, 20% do faturamento menos imposto ($100 - 10 = 90$; $90 \times 20\% = 18$), além da reparação integral do dano, que corresponde a: faturamento – custo + pagamento ilícitos ($100 - 50 + 10 = 60$). O valor total do acordo de leniência seria de:

$18 + 50 + 10 = 78$. A questão é saber quais dessas parcelas seriam dedutíveis em t_2 . A multa da *Lei anticorrupção*, \$ 18, não é dedutível, conforme se explicou. Os 50 +10, correspondentes à reparação integral do dano, seriam dedutíveis, pois representariam tanto a devolução do benefício obtido com o contrato ilícito quanto o pagamento da propina. A empresa deveria ser tributada em t_1 para a cobrança da diferença do imposto (2,5) e teria direito de deduzir de lucro para fins de IRPJ, em t_2 (\$ 60), pois esse valor representa um ressarcimento pelo dano. Todavia, não poderia utilizar o valor da multa, \$ 18, pois a legislação do IRPJ não o admite.

Dessa maneira, à luz da nova legislação administrativa e cível, produto do movimento internacional anticorrupção, a rejeição da dedutibilidade para fins de IRPJ das despesas ilícitas é plenamente compatível com o sistema tributário nacional, visto que, no âmbito dos acordos de leniência, o lucro obtido com o contrato corrompido não somente é devolvido, como pode ser deduzido do imposto a pagar nos períodos posteriores. A tese de Machado Segundo amolda-se a essa nova realidade dinâmica do ressarcimento do dano: se há devolução, não se deve vedar a dedutibilidade dos valores pagos, a título de ressarcimento de acordos de leniência, pois a tributação deve consumar-se no momento da obtenção da renda ilícita.

8 Conclusão

O debate sobre a tributação do ilícito não pode ser feito com base apenas no Direito Tributário brasileiro, sem considerar medidas internacionais contra a corrupção firmadas entre 1990 e 2020, cujo foco é a tributação de renda ilícita e sua devolução por meio dos acordos de leniência, nos casos de corrupção. Celebraram-se tratados contra a corrupção, dentre os quais estão as convenções da OEA, da OCDE e da ONU; elas contêm diretivas contrárias à dedutibilidade fiscal de despesas ligadas à corrupção e indicam soluções que incentivam a devolução, mediante acordos de leniência. Dados os compromissos assumidos pelo Brasil, não é possível abordar esse tema sem considerar essas alterações no Direito Internacional e sua influência no País.

Também se deve considerar que a multa do IRRF por *pagamentos sem causa*, disposta no art. 61 da Lei nº 8.981/1995, se harmoniza com o princípio da devida diligência, definido em convenções internacionais, bem como no Decreto nº 11.129/2022, regulamentador da *Lei anticorrupção*. O princípio da devida precaução exige o conhecimento dos parceiros de negócios, a análise de riscos no processo de sua contratação e a adoção de precauções para evitar desvios éticos e a *cegueira deliberada* da empresa relacionada à corrupção. Pode haver críticas à alíquota da multa do IRRF por pagamentos sem causa, conforme as quais a alíquota não deveria afastar-se da habitualmente praticada, para não a caracterizar como sanção.

Em vez de desenvolver-se de forma estática, o debate sobre o tema deve abranger a dinâmica do pagamento e a devolução dos valores ilícitos, componentes cruciais na política internacional anticorrupção, com o fomento à celebração dos acordos de leniência. Esse

contexto reforça não só a tese da rejeição da dedutibilidade para fins de IRPJ das despesas ilícitas, mas também sua compatibilidade com o sistema tributário nacional, desde que, no caso de devolução por meio de acordos de leniência, os valores do lucro do contrato corrompido sejam considerados dedutíveis do imposto a pagar nos períodos seguintes.

Referências

- BALEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel. *Direito tributário brasileiro: CTN comentado*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BECHO, Renato Lopes. A discussão sobre a tributabilidade de atos ilícitos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 172, p. 86-111, jan. 2010.
- BELLAN, Daniel Vitor; RISTOW, Rafael Pinheiro Lucas. Tributação punitiva?: arbitramento e IRRF sobre pagamentos a beneficiário não identificado ou sem causa. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 35, p. 69-89, 2016. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/198>. Acesso em: 4 dez. 2024.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiacaocompilado.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.
- _____. Controladoria-Geral da União. Corregedoria-Geral da União. *Manual de responsabilização de entes privados*. Brasília, DF: CGU, abr. 2022a. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/68182>. Acesso em: 4 dez. 2024.
- _____. Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.
- _____. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.
- _____. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.
- _____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.
- _____. Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9580.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.
- _____. Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, DF: Presidência da República, 2022b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995. Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8981.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (1. Câmara. 2. Turma Ordinária). Acórdão nº 1102-001.254. [...] Não se conhece das alegações recursais no tocante à parte das exigências com relação às quais houve expressa manifestação de desistência do recurso interposto [...]. Recorrente: Arliquido Comercial Ltda. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Cons. João Otávio Oppermann Thomé, 26 de novembro de 2014. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/138070092120010_5406008.pdf. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (3. Câmara. 1. Turma Ordinária). Acórdão nº 1301-002.830. [...] São dedutíveis da base de cálculo do IRPJ as indenizações trabalhistas fundadas em lei, contrato de trabalho, convenção ou acordos coletivos [...]. Recorrente: Sociedade Técnica e Industrial de Lubrificantes Solutec Ltda. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Cons. Roberto Silva Junior, 13 de março de 2018. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=7255963>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (4. Câmara. 1. Turma Ordinária). Acórdão nº 1401-001.793. [...] Não comprovada a observância dos requisitos legais de dedutibilidade, a perda registrada deverá ser adicionada ao lucro líquido para determinação do lucro real. Comprovado os requisitos em alguns casos, devese cancelar a autuação [...]. Recorrente: Banco Santander S.A. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Cons. Antonio Bezerra Neto. Redator designado: Cons. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, 15 de fevereiro de 2017a. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/16327001957200624_5711746.pdf. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (4. Câmara. 1. Turma Ordinária). Acórdão nº 1401-002.031. [...] O MPF é instrumento de controle da atividade administrativa. Possíveis irregularidades na prorrogação do mesmo não implicam em nulidade da autuação [...]. Recorrente: Agro Indústrias do Vale do São Francisco S.A. Agrovale. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Cons. Abel Nunes de Oliveira Neto. Redator designado: Cons. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, 15 de agosto de 2017b. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=7022996>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (4. Câmara. 1. Turma Ordinária). Acórdão nº 1401-003.135. [...] Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada. Como o administrador responsável concordou com a responsabilidade imputada, não há litígio quanto a esta matéria [...]. Recorrente: PEM Engenharia Ltda. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Cons. Cláudio de Andrade Camerano. Redator designado: Cons. Abel Nunes de Oliveira Neto, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=7649591>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (4. Câmara. 2. Turma Ordinária). Acórdão nº 1402-000.394. [...] Cabível a dedução de dispêndio com multa contratual ou perda em atividades operacionais. Outrossim, devem ser adicionados na apuração do IRPJ e CSLL os dispêndios incorridos por liberalidade do contribuinte [...]. Recorrente: Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. Recorrida: 4ª Turma – DRJ em Belo Horizonte – MG. Relator: Cons. Antônio José Praga de Souza, 27 de janeiro de 2011. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=4622021>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Câmara Superior de Recursos Fiscais. 1. Turma). Acórdão nº 9101-002.196. [...] Descumprir as normas estabelecidas para o setor elétrico não pode ser considerado da essência da atividade empresarial, logo, não se pode acatar a ideia de que o pagamento destas sanções se insere no conceito de despesas necessárias à atividade da empresa só pelo fato de que o seu eventual não pagamento desautorizará a continuidade da prestação do serviço [...]. Recorrente: Light Serviços de Eletricidade S.A. Interessada: Fazenda Nacional. Relator: Cons. Marcos Aurélio Pereira Valadão, 1º de fevereiro de 2016b. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=6291209>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Ministério da Fazenda. Primeiro Conselho de Contribuintes (1. Câmara). Acórdão nº 101-96.919. [...] Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, que se dá, no caso de apuração anual do lucro real, no dia 31 de dezembro do ano-calendário respectivo [...]. Recorrente: Banco Santander Brasil S.A. Recorrida: 10ª Turma de Julgamento da DRJ I em São Paulo - SP. Relator: Cons. Caio Marcos Cândido, 18 de setembro de 2008. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=4728808>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Ministério da Fazenda. Primeiro Conselho de Contribuintes (3. Câmara). Acórdão nº 103-04.767. Relator: Cons. Otélio Renato Baroni, 14 de setembro de 1982.

_____. Ministério da Fazenda. Primeiro Conselho de Contribuintes (5. Câmara). Acórdão nº 105-0.015. [...] Tendo em vista que a eficiência das normas do Decreto-lei nº 1.598/77 foi fixada para ter lugar a partir de 1978 ou 1979, conforme os casos que enumera, o estabelecimento em seus dispositivos não poderá ser invocado como elemento de defesa para justificar redução de tributo devido em qualquer ano-base anterior a sua eficácia [...]. Recorrente: Laticínios Mococa S.A. Recorrido: Delegado da Receita Federal em Ribeirão Preto - SP. Relator: Cons. Antônio da Silva Cabral, 23 de fevereiro de 1983a. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/008400130088147_4247212.pdf. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Ministério da Fazenda. Primeiro Conselho de Contribuintes (5. Câmara). Acórdão nº 105-0.136. [...] Não torna nulo o ato administrativo a apreensão de documentos durante a fase de fiscalização, uma vez que o art. 644, § 2º, do RIR/80, confere poder ao fiscal para assim proceder, quando for indispensável à defesa dos interesses da Fazenda Nacional [...]. Recorrente: PROMHOL - Produtos Médicos, Hospitalares e Odontológicos Ltda. Recorrido: Delegado da Receita Federal em João Pessoa - PB. Relator: Cons. Antônio da Silva Cabral, 2 de maio de 1983b. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/004670018638209_4254009.pdf. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Ministério da Fazenda. Primeiro Conselho de Contribuintes (7. Câmara). Acórdão nº 107-02.507. [...] Incabível a exigência fiscal, a título de omissão de receita de correção monetária, pela falta de apropriação da mesma, em operação de venda de ouro físico para pagamento futuro, quando o contrato de compra e venda não estipular a atuação dos valores [...]. Recorrente: BBA Metais DTVM S.A. Recorrido: DRF em São Paulo - SP. Relatora ad hoc: Cons. Maria Ilca Castro Lemos Diniz, 17 de outubro de 1995. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/108800004009210_4180467.pdf. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 32, de 15 de outubro de 2009. Esclarece a indedutibilidade de pagamentos destinados à prática de infrações legais. Brasília, DF: Normas, 2009. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=5724&visao=compilado>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Parecer Normativo CST nº 61, de 24 de outubro de 1979. [...] Multas por infrações fiscais. Compreensão do parágrafo 49 do artigo 16 do Decreto-lei nº 1.598/77. A indedutibilidade como regra [...]. Brasília, DF: Normas, 1979. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=58206&visao=compilado>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Súmula nº 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Brasília, DF: STF, 1963a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2194>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Súmula nº 323*. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Brasília, DF: STF, 1963b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2136>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Súmula nº 547*. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito, adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. Brasília, DF: STF, 1969. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2201>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (2. Seção. Turma Suplementar). *Apelação em Mandado de Segurança nº 0021317-12.2005.4.02.5101/RJ*. Tributário. Sanções impostas por descumprimento de metas estabelecidas em contrato de concessão firmado com a Anatel. Dedução do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Impossibilidade. Não caracterização como despesa operacional [...]. Apelante: Telemar Norte Leste S/A. Apelada: União Federal (Fazenda Nacional). Relator: Juiz Federal convocado Theophilo Miguel, 6 de julho de 2015a. Disponível em: <https://www.trf2.jus.br/trf2/consultas-e-servicos/jurisprudencia>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (2. Seção. Turma Suplementar). *Apelação Cível nº 0002538-23.1991.4.03.9999/SP*. IRPJ – Embargos à execução fiscal – Anos-base de 1975 a 1979 – Frigorífico – Discussão em torno de diversos lançamentos contábeis, vitória contribuinte apenas no tocante à licitude do lançamento contábil das enfocadas despesas como provisão para devedores duvidosos – Parcial procedência dos embargos [...]. Apelante: Frigorífico Jandira S.A. Apelada: União Federal (Fazenda Nacional). Relator: Juiz Federal convocado Silva Neto, 12 de abril de 2007. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (3. Turma). *Apelação Cível nº 0024167-14.1995.4.03.9999/SP*. Tributário. Embargos à execução fiscal. Imposto sobre a renda – Pessoa jurídica. Prescrição e decadência incorrentes. Omissão de receita. Arts. 180 e 181 do regulamento do imposto de renda de 1980 (Decreto nº 85.450/80). Impossibilidade de dedução de despesas com multas de trânsito [...]. Apelante: Irmãos Abrão. Apelada: União Federal (Fazenda Nacional). Relator: Juiz Federal convocado Renato Barth, 14 de setembro de 2005. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (4. Turma). *Apelação Cível nº 0025363-51.2010.4.03.6100/SP*. Tributário. Multas em contrato de concessão firmado com a Anatel. Dedução do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Impossibilidade. Não caracterização como despesa operacional [...]. Apelante: Claro S/A. Apelada: União Federal (Fazenda Nacional). Relatora: Des. Federal Marli Ferreira, 11 de junho de 2015b. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 4 dez. 2024.

DEUTSCHLAND. *Einkommensteuergesetz (EStG)*. Berlin: Bundesministerium der Justiz, Bundesamt für Justiz, [2024]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/estg/BJNRO10050934.html>. Acesso em: 4 dez. 2024.

ESPAÑA. *Ley 58/2003, de 17 de diciembre*. General Tributaria. Madrid: Boletín Oficial del Estado, [2023]. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. Tribunal Constitucional. Sentencia 206/1998, de 26 de octubre de 1998. Recurso de amparo 4789. *Quincena Fiscal*, Madrid, n. 2, 1999.

HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de renda das empresas: interpretação e prática*. 41. ed. São Paulo: IR Publicações, 2016.

HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968.

LEFF, Nathaniel H. Economic development through bureaucratic corruption. *American Behavioral Scientist*, [s. l.], v. 8, n. 3, p. 8-14, Nov. 1964. DOI: <https://doi.org/10.1177/000276426400800303>.

LEYIS, Colin. What is the problem about corruption? *The Journal of Modern African Studies*, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 215-230, Aug. 1965. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0022278X00023636>.

MACHADO, Brandão. Multas administrativas e imposto de renda. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 10, p. 2.745-2.779, 1990. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1995>. Acesso em: 4 dez. 2024.

MACHADO, Hugo de Brito. A supremacia constitucional e o imposto de renda. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Estudos sobre o imposto de renda: em memória de Henry Tilbery*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994. p. 41-57.

_____. *Curso de direito tributário*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Dedutibilidade das multas e o conceito de renda. *Repertório IOB de Jurisprudência: tributário e constitucional*, São Paulo, n. 3, p. 55-54, 1. quinz. fev. 1992.

_____. *O conceito de tributo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. O princípio do “non olet” e a dimensão da riqueza projetada da ilicitude. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (coord.). *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários – IET*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 35-49.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O conceito de tributo e a participação do Estado no produto da atividade ilícita: as atividades ilícitas e o direito tributário. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (coord.). *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários – IET*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 51-69.

MINATEL, José António. Pagamento sem causa, ou a beneficiário não identificado: impossibilidade de exigência de 35% a título de IR-Fonte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza: questões pontuais do curso da APET*. São Paulo: MP Ed., 2006. p. 235-246.

OCDE. *Guia da OCDE de devida diligência para uma conduta empresarial responsável*. Paris: OCDE, 2018. Disponível em: <https://mneguidelines.oecd.org/guia-da-ocde-de-devida-diligencia-para-uma-conduta-empresarial-responsavel-2.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2024.

OECD. *Brazil: phase 2. Report on the application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions*. Paris: OECD, 2007. Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/report-on-the-application-of-the-convention-on-combating-bribery-of-foreign-public-officials-in-international-business-transactions-and-the-1997-recommendation-on-combating-bribery-in-international-business-transactions-phase-2-report-br_b577d159-en.html. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. *Phase 3 report on implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil*. Paris: OECD, Oct. 2014. Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/implementing-the-oecd-anti-bribery-convention-phase-3-report-brazil_ae22e3aa-en.html. Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. *Phase 4 evaluation of Brazil: final report*. Paris: OECD, Oct. 2023. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/WGB\(2023\)46/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/WGB(2023)46/FINAL/en/pdf). Acesso em: 4 dez. 2024.

_____. *Phase 4 report: Germany. Implementing the OECD Anti-Bribery Convention*. Paris: OECD, 2018. Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/implementing-the-oecd-anti-bribery-convention-phase-4-report-germany_f0f268d1-en.html. Acesso em: 4 dez. 2024.

OECD; WORLD BANK. *Identification and quantification of the proceeds of bribery: a joint OECD-StAR analysis*. Revised ed. [S. l.]: OECD; World Bank, 2012. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/identification-and-quantification-of-the-proceeds-of-bribery_5k9fb59mt826.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpublication%2F9789264174801-en&mimeType=pdf. Acesso em: 4 dez. 2024.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed. rev. e ampl. de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RABELO FILHO, Antonio Reinaldo; PAIXÃO, Thalles. Abrangência do conceito de pagamento sem causa para fins de exigência do IRRF (art. 61 da Lei nº 8.981/95): inaplicabilidade diante da ciência inequívoca da causa, ainda que ilícita. In: BICHARA, Luiz Gustavo; MONTENEGRO, Mattheus Reis e; MELOTTI, Giuseppe Pecorari (coord.). *Tributação dos valores relacionados a ilícitos: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 65-76.

ROLIM, João Dácio; SILVA, Maria Inês Caldeira Pereira da. A dedutibilidade ou não das multas moratórias perante o imposto de renda. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 11, p. 72-79, ago. 1996.

RUBIN, Nora M. A convergence of 1996 and 1997 global efforts to curb corruption and bribery in international business transactions: the legal implications of the OECD Recommendations and Convention for the United States, Germany, and Switzerland. *American University of International Law Review*, [s. l.], v. 14, n. 1, p. 257-320, 1998. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol14/iss1/21/>. Acesso em: 4 dez. 2024.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (coord.). *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários - IET*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 148-212.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOLER ROCH, María Teresa. La tributación de las actividades ilícitas. *Civitas. Revista española de derecho financiero*, Madrid, n. 85, p. 9-32, 1995.

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/>

Anomalias do processo legislativo constitucional: crise, parâmetros e intervenções judiciais

Anomalies of the Legislative Constitutional Process:
Crisis, Parameters and Judicial Review

Hugo Moreira Lima Sauaia¹

Resumo

O artigo examina as atuais dificuldades de se atender ao devido processo legislativo constitucional e explica como as necessidades sociais e o fenômeno do populismo têm interferido na ação parlamentar. Por meio da análise de decisões e de revisão bibliográfica, expõe como o Supremo Tribunal Federal tem lidado com a questão e aponta princípios que podem contribuir para identificar anomalias nesse processo. Por fim, demonstra a ausência de critérios para distinguir questões *interna corporis* e enfatiza tanto o subsídio desses princípios (como parâmetros interpretativos que orientam o procedimento legislativo) quanto as decisões sobre o tema.

Palavras-chave: devido processo legislativo; anomalias; critérios.

Abstract

This article examines the current difficulties in complying with the constitutional due process of law and explains how social needs and the phenomenon of populism have interfered in parliamentary action. Through the analysis of decisions and a bibliographic review, it explains how the Brazilian Supreme Court has dealt with the issue and points out principles that can help identify anomalies in this process. Finally, it demonstrates the absence of criteria to distinguish *interna corporis* issues and emphasizes both the support of these principles (as interpretative parameters that guide the legislative procedure) and the decisions on the subject.

¹ Hugo Moreira Lima Sauaia é doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; pesquisador em nível pós-doutoral na USP, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil; advogado. E-mail: hugosauaia@gmail.com

Keywords: legislative due process; anomalies; criteria.

Recebido em 5/9/24

Aprovado em 6/2/25

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p215

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

A crise do governo representativo e, em larga medida, a do papel do parlamento nas democracias ocidentais não são uma exclusividade contemporânea. Ao mesmo tempo em que a fonte dos anseios democráticos liberais reside no pleno funcionamento da arena político-deliberativa, a tarefa de legislar tem sido longamente criticada quanto aos seus moldes e ao seu desempenho, sem que se possam apontar mudanças significativas⁴.

Ainda no século 19, Bagehot (2001, p. 172, tradução nossa) já indicava algumas mazelas e considerava o ato de legislar apenas como a quinta e última função da legislatura; em certos momentos, “era uma necessidade que se sobreponha às demais, mas que em verdade não era tão grande quanto a do governo geral”. Mill (2009), que além de filósofo fora parlamentar, foi ainda mais duro ao deixar claro que, apesar de essa circunstância só ser reconhecida lenta e tardivamente, uma assembleia grande seria pouco adequada ao propósito de legislar, pois lhe faltaria o trabalho intelectual capaz de avaliar os efeitos da legislação em longo prazo e de adequar a nova norma ao ordenamento. O resultado seria “um caos, cuja confusão e contradição parecem impossíveis de se tornarem maiores. Assim, a completa incapacidade do nosso maquinário legislativo parece pesar mais ano após ano” (Mill, 2009, p. 120, tradução nossa).

² SAUAIÁ, Hugo Moreira Lima. Anomalias do processo legislativo constitucional: crise, parâmetros e intervenções judiciais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 247, p. 215-237, jul./set. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p215. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/247/ril_v62_n247_p215

³ Sauaia, H. M. L. (2025). Anomalias do processo legislativo constitucional: crise, parâmetros e intervenções judiciais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(247), 215-237. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p215

⁴ Embora não seja nova, a crise da democracia representativa é tema que diversos autores têm revisitado em virtude das novas formas de diálogo, da criação de diversos espaços públicos on-line antes impensáveis e dos mecanismos de ataque à democracia. Para muitos desses autores, o atual panorama é de grande desilusão, pois dados empíricos comprovam uma crise de legitimidade acarretada por no mínimo três fatores: a) a maior abstenção eleitoral; b) a grande volatilidade do eleitorado, que oscila entre apoiar partidos e ir às urnas, a depender de seu estado de espírito; e c) cada vez menos filiados a partidos políticos. E a tudo isso se associa gravemente o populismo ascendente (Reybrouck, 2017).

De acordo com Ferreira Filho (2012, p. 295), a regulação de questões técnicas exige conhecimento especializado, com o qual as câmaras não contam; por isso, é “extremamente difícil que do debate parlamentar derive a acolhida da lição dos técnicos, se esta, como sucede sempre, vier a ferir interesses”. A esse descompasso entre a demanda social e a qualidade da produção legislativa nos parlamentos – que Longo (2017, p. 30-34) denomina *precarização legislativa* – acrescem-se: a) as dificuldades de operação da política; b) a mudança na representatividade dos partidos, que enfrentam a pressão crescente dos interesses privados (sobretudo por meio de lobbies), do que resultam as microlegislações e a solução de casos pontuais; c) as disfunções do Poder Judiciário, que incentiva mais criações legislativas, numa espiral de normas especiais; e d) uma forte assimetria entre a atividade intrinsecamente lenta do parlamento (que depende de discussões, de acordos e da maturação dos assuntos em pauta) e a velocidade com que lhe chegam as exigências de uma sociedade cada vez mais plural e dinâmica:

As ações dos políticos estão sob o constante escrutínio da mídia, dos eleitores e dos concorrentes políticos. Isso é particularmente perceptível sempre que o ritmo da legislação atrai a atenção pública ou os debates parlamentares. Duas observações fornecem exemplos notáveis disso: primeiro, se o processo legislativo e os procedimentos aceleram em tempos de crise, isso é ampla e controversamente discutido pelos meios de comunicação social, políticos e cientistas. Isso ocorreu, por exemplo, na sequência da crise financeira global de 2008 e após os ataques terroristas de 11 de setembro nos EUA (Albright, 2011; Birkland, 2006; Merkel & Schäfer, 2015; Rub, 2015; Zohlnhöfer & Hus, 2016, pág. 170). Além disso, mesmo em tempos sem tais crises, os legisladores aprovam leis rapidamente para obterem certos benefícios, como fornecer “presentes eleitorais” (por exemplo, reduções de impostos) aos eleitores pouco antes das pesquisas seguintes (Aidt & Mooney, 2014; Barber & Schmidt, 2018; Lagona & Pádua, 2008) (Riedl, 2019, tradução nossa).

Segundo Longo (2017), o progresso tecnológico incessante e a progressiva concentração econômica condenaram conceitos de origem liberal a uma crise permanente. Há um processo de desenvolvimento contínuo e acelerado de desintegração e reintegração de fenômenos sociais de relevância jurídico-constitucional que deixa bem claro não bastar ao jurista uma reprodução silogística de regras formuladas num sistema fechado de conceitos. Diante da crise legislativa e parlamentar, é imprescindível estudar a fonte do problema jurídico, mediante uma combinação da interpretação da norma constitucional com a reconstrução empírica do problema. Ao jurista impõe-se transcender o raciocínio formalístico e buscar a fonte das evidências factuais, com o fim de utilizá-las como referência às alternativas hermenêuticas do *constitucionalmente possível* em dado ordenamento jurídico (Longo, 2017).

O fenômeno da *precarização legislativa* tem origem num comportamento oriundo da representação política: desvincilar-se do problema com a aprovação de uma medida legislativa como mero lance de marketing, incapaz de solucionar o problema social, mas

com forte apelo junto ao eleitorado. Ao debater a jurisdição constitucional e o mundo político, Pickerill (2004) apresenta dados para afirmar que os parlamentos eventualmente se preocupam com questões constitucionais e com a posição de cortes supremas ou constitucionais; contudo, as conexões eleitorais explicariam a maior parte dos comportamentos parlamentares, pois, além do desejo de fazer política, haveria o interesse de alcançar posições partidárias, comitês institucionais e a reeleição.

O quadro é tão grave, e com repercussões no Estado constitucional, que hoje se conta com um novo modelo de legislação. Se antes se falava em *hard law* e *soft law*⁵, agora se menciona o *fast law*, uma medida legislativa cogente e impositiva que precisa ser emplacada em tempo mínimo, a fim de atender a uma necessidade repentina da classe política, motivada por pressão popular e interesses eleitorais (Longo, 2017). Essa nomenclatura engloba a deformação de incidentes criados para dinamizar o modelo parlamentar definidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB): a) a abertura da iniciativa legislativa ao governo (Brasil, [2024b], art. 61, § 1º); b) o procedimento legislativo abreviado, mediante requerimento de urgência (Brasil, [2024b], art. 64, § 1º-4º); c) a atribuição às comissões parlamentares permanentes da prerrogativa de deliberar em definitivo sobre proposições legislativas (Brasil, [2024b], art. 58, § 2º, I); e d) o abuso de tipos legislativos especiais mais velozes, como a medida provisória (Brasil, [2024b], art. 59, V; Dutra, 2020). Assim, com a supressão de possíveis oposições e de todo debate técnico, compromete-se a atividade parlamentar esperada num modelo democrático de parlamento.

Ramos (2018, p. xi) assinala as dificuldades da chamada *democracia cibernética* (ou *digital*) e, desse modo, contribui para a compreensão do momento, que supõe lidar com o fenômeno da multiplicação dos debates numa nova arena e seus reflexos sobre a atuação dos parlamentos:

De outra parte, não tenho a mesma visão romântica e positiva da denominada *democracia cibernética*. O que se vê, em seus primeiros passos no Brasil de nossos dias, é a irracionalidade e superficialidade dos debates promovidos por meio das mídias sociais, celeiro de manifestações preconceituosas, autoritárias e sem qualquer embasamento nos dados da realidade, que pouco contribuem para o adensamento da democracia. Que o eleitor do século XXI tenha mais canais de participação a seu dispor é uma verdade, a qual, todavia, não conduz necessariamente à qualificação do ato de participar, que deve estar associado ao conhecimento da realidade, à consciência cívica e ao respeito à pluralidade de soluções.

⁵ A chamada *soft law*, oriunda da nomenclatura do Direito Internacional, não é considerada norma jurídica por ser desprovida de coercibilidade e tem caráter menos imperativo que a *hard law* (Ferreira, 2016). Há vários exemplos marcantes de assuntos de todas as ordens – desde a aprovação de regimes de urgências para a votação de lei que altera a execução penal e revoga o direito às saídas temporárias de detentos até a mudança na regulamentação do uso de agrotóxicos no País, com debates de menos de quatro horas e vários reflexos legais e constitucionais não discutidos ou regulados (Brasil, 2002; Edição [...], 2024).

No decorrer das últimas décadas, manobras políticas têm contribuído intensamente para fortalecer democracias autoritárias, onde aos poucos ocorrem retrocessos decorrentes do duro jogo constitucional, quando se forçam medidas e princípios que prejudicam oponentes políticos em situação de desvantagem. Essa guerra jurídica, segundo Levitsky e Ziblatt (2023), ocorre da Zâmbia à Hungria, e tem espaço próprio no Brasil; ela provoca disparidades que engessam a competição e a discussão política legítima; e toma os adversários por inimigos que se devem desqualificar e excluir do processo discursivo e deliberativo. Ademais, parlamentos têm sido vítimas de tentativas de controle por autoridades populistas, seja a presidência de uma casa ou comissão, seja a vice-presidência de uma mesa.

Populismo é um conceito de difícil definição e, embora este artigo não objetive aprofundar-se nele, ao menos se pode apontar o populismo deste século como ideologia política que: a) resulta da mentalidade autoritária que se afirma defensora da soberania nacional em detrimento de acordos internacionais; b) critica as instituições democráticas, ao mesmo tempo em que tenta apoderar-se de seus recursos mediante uma concepção própria de *democracia*; e c) menosprega a proteção de direitos de segmentos populacionais vulneráveis. Nas palavras de Mouffe (2019, p. 6, tradução nossa), não se pode negar

que estamos atualmente testemunhando na Europa Ocidental o que se pode chamar de um “movimento populista”. Esse movimento ergue-se com base na multiplicação de movimentos *antiestablishment* que assinalam a crise da hegemonia neoliberal. Essa crise pode realmente abrir o caminho para governos mais autoritários, mas também pode gerar a oportunidade para se reclamarem e aprofundarem as instituições democráticas que têm sido enfraquecidas pela condição “pós-democrática” oriunda de 30 anos de neoliberalismo.

Fenômeno marcante nos governos populistas são as instituições públicas que assumem uma condição permeável à influência de certos setores da iniciativa privada, circunstância que, associada à inexistência de um controle constitucional bem definido, permite o sequestro de iniciativas do parlamento (Thornhill, 2021). O desafio para a produção legislativa (em particular, no Congresso Nacional, que aqui se analisa como problema) é o de como livrar de ameaças o devido processo legislativo constitucional mediante parâmetros que permitam expurgar o que extrapole os limites da orientação constitucional. Para essa tarefa, estabelecem-se objetivos prévios, como expor uma noção clara do que se denomina *processo legislativo constitucional*, e de quais são esses parâmetros mínimos de diagnóstico e autorregulação, para ao final se expor como o Supremo Tribunal Federal (STF) tem lidado com o problema, inclusive quanto à existência de matéria *interna corporis* do Congresso, que não possa ser objeto da jurisdição constitucional.

O que se pretende neste estudo não é incentivar o uso da via judicial; ao contrário, acredita-se que, com a exposição do contexto em que as anomalias ocorrem, será possível coibi-las com o maior poder argumentativo e o debate no interior do parlamento, o lócus

adequado à solução de conflitos internos e à preservação dos regramentos constitucionais. Resta ao STF o papel de última e excepcional frente para se preservar a lógica constitucional e permitir que seus precedentes sirvam de referenciais práticos na correção de equívocos.

Adota-se aqui uma abordagem que combina dois métodos: a revisão bibliográfica e a análise crítica de decisões do STF relativas ao tema. Considera-se que essa combinação propicia tanto uma melhor compreensão do problema e das questões a se enfrentarem quanto um maior controle dos resultados deste estudo.

2 O processo legislativo constitucional e os critérios aferidores de suas anomalias

Se o processo é o somatório dos “atos ordenados e inter-relacionados, pode-se dizer que o procedimento é a ordem dos atos de um processo” (Cavalcante Filho, 2020, p. 27). Com efeito, o processo legislativo constitucional é muito mais que uma sequência de atos (procedimentos): trata-se de conjunto de regras e princípios constitucionais que estabelecem a forma de criação das leis e demais normas jurídicas gerais e abstratas, além de regular como, quando e onde esses atos devem ocorrer para se perfazer o ato legislativo constitucionalmente válido.

Essa marcha processual não é estática: ela sofre efeitos da dinâmica congressual ao interagir com costumes específicos das casas legislativas e com normas do regimento interno, à medida que se estabelecem relações entre os grupos que compõem o presidencialismo de coalização no Congresso Nacional (Rosa, 2019). Há um espaço digno de interação, legítimo e político, na interpretação das disposições constitucionais que não pode ser negado; ele se desenvolve no exercício das prerrogativas parlamentares e no curso do procedimento legislativo⁶.

Neste trabalho, busca-se identificar inicialmente como anomalias casos de erosão do processo legislativo constitucional por descumprimento da norma constitucional⁷ ou por atos e medidas que extrapolam o limite da interpretação constitucional legítima exercida pelo Poder Legislativo ao interpretar a CRFB e cada regimento interno. Assim, a definição de tais anomalias supõe a exposição dos critérios que permitam qualificar como anômalo um ato oriundo do procedimento legislativo, para em seguida se apontarem possíveis anomalias. Não basta o mero confronto com o texto constitucional, em sua interpretação

⁶ Em *Interpretação e aplicação das normas constitucionais*, Amaral Júnior (2022, p. 12) afirma: “Daí ser imprescindível tomar em consideração um aspecto peculiar da interpretação constitucional: o elemento político. Ferraz (1986, p. 28) explica que ‘a natureza política da norma constitucional é intrínseca à Constituição, que rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competências aos poderes, assegura os direitos humanos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos’. Por isso, ‘a exegese da Lei Fundamental não pode prescindir do elemento político, porquanto este prevalece nela’, um elemento entranhado, mas um ‘elemento dinâmico cujo sentido atual será sempre perseguido pelo exegeta’ (FERRAZ, 1986, p. 26-28)”.

⁷ O processo legislativo está regulado especialmente nos arts. 61 a 69 da CRFB (Brasil, [2024b]).

literal, mas a apreensão de um sentido que se relate com a interpretação constitucional *sob a melhor luz*, conforme Dworkin (1999, p. 64), que imponha “um propósito a um objeto e prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”; as interpretações, ao contrário das proposições científicas, “não podem ser independentemente verdadeiras: só podem ser verdadeiras em virtude de uma justificação interpretativa que recorra a um complexo de valores” (Dworkin, 2014, p. 234). Porém, qual seria essa *luz* da qual deriva a melhor solução para as aporias que surjam no curso do processo legislativo e que não sejam objetivamente identificáveis? Qual seria o propósito mais específico e atribuível ao processo legislativo constitucional? Por óbvio, a resposta depende de certa dose de Filosofia política, como assinala Vieira (2023, p. 311) em outro contexto, ao tratar dos limites postos ao intérprete constitucional:

O caminho aberto até aqui deve auxiliar o intérprete do Direito de duas maneiras. Em primeiro lugar, antes de proceder à aplicação cega das limitações impostas pelas cláusulas superconstitucionais, é importante proceder a uma análise da compatibilidade dessas cláusulas com princípios de justiça que servem de paradigma de controle do direito positivo. Em segundo lugar, os métodos de argumentação utilizados pela filosofia política devem contribuir para suprir as lacunas deixadas pelos métodos tradicionais de interpretação do Direito, uma vez que os preceitos estabelecidos como cláusulas superconstitucionais não deixam de ser preceitos éticos pelo simples fato de terem sido positivados.

A CRFB estabelece centros de poder público ao determinar procedimentos operacionalizáveis, em geral mediante operações e limites formais e materiais, além de dispor sobre como cada questão deve ser resolvida. Assim, deve-se compreender o processo legislativo como um meio de se estruturar a deliberação e permitir que se ouça e acolha uma multiplicidade de vozes e contribuições. O arranjo bicameral potencializa a participação dessa diversidade de vozes nacionais segundo sua representatividade, e a separação de Poderes consolida-se como forma de averiguar a integridade do que entrará em vigor como resultado de processo legislativo genuíno (Waldron, 2016). Numa democracia não basta que a autoridade seja legítima *per se*; é indispensável que o poder atribuído constitucionalmente a ela se divida em suas partes ou componentes; cada uma de suas atitudes deve ser formulada e transmitida por canais institucionais legalmente previstos – uma exigência legal e constitucional em que se enquadra o processo legislativo (Waldron, 2016).

Quanto ao devido processo legislativo, Waldron (2016) sustenta ser possível delinejar ao menos sete princípios que o informam. O primeiro deles é o princípio da *explícita adesão à criação da lei*, segundo o qual toda mudança legislativa promovida pelo parlamento deve ser fundamentada. Dessa maneira, pode-se estabelecer plenamente o fórum adequado à discussão do assunto, o que contribuiria também para a redução de grande parcela da atividade criadora de juízos e cortes (Waldron, 2016). Não são poucos os estudos europeus

sobre a necessidade da motivação legislativa para orientar o cumprimento da legislação aprovada quanto à sua correta interpretação pelo Executivo, pelo Judiciário e pela sociedade civil. Essa preocupação já era abordada por Bentham (2000)⁸ e está presente na obra de Crisafulli (1937)⁹; ela continua bem relevante, sobretudo diante da difícil dinâmica das legislações nacionais e da legislação comunitária:

Em particular, num contexto – como o da arena política – em que o autor e destinatário são interlocutores hipotetizados como de nível “igual”, ou seja, em que por definição a autoridade (legal) do legislador não entra em jogo, *a motivação das leis funciona como gatilho ou ponto de partida da discussão pública e cumpre uma função de potencial legitimação ou deslegitimação política. Com efeito, um legislador que motiva submete as razões da sua atividade legislativa ao público relevante*, ou seja, aos membros da comunidade relevante, tornando-os assim objeto da opinião pública, discussão e avaliação. Numa outra perspectiva, no contexto dos Estados constitucionais, em que o legislador está sujeito aos princípios do “Estado de Direito” e à verificação da conformidade constitucional da sua atividade, *a motivação das leis tem relevância vertical como elemento de controle jurídico interno da legalidade* (Zorzetto, 2018, p. 180, tradução nossa, grifos nossos).

O princípio parece condizer com o esforço iniciado no STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.127/DF; nela, a Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) questionava alterações feitas na Medida Provisória (MP) nº 472/2009, convertida na Lei nº 12.249/2010, que extinguiu a profissão de técnico em contabilidade (Brasil, 2015). Essa MP tratava de vários temas que em nada se relacionavam com a profissão de contador. A despeito de haver julgado improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade com fundamento na segurança jurídica, a maioria do plenário do STF decidiu cientificar o Congresso Nacional de que a prática era inconstitucional, e que não seria aceita com efeitos *ex nunc* (ou seja, a partir daquele momento). Depreende-se dos votos que o STF constatou tanto a violação do procedimento de avaliação pelas comissões temáticas quanto a redução ilegítima do debate público:

o rito abreviado da medida provisória impede que as emendas estranhas ao objeto sejam submetidas ao rito que lhes seria próprio, subtraindo a passagem pelas comissões

⁸ “Essa é a natureza de uma lei geral: sua parte imperativa – o núcleo vivo desse corpo artificial – não precisa ocupar mais que duas ou três palavras, mas o apêndice expositivo sem o qual essa parte imperativa não poderia funcionar corretamente, seu trabalho pode ocupar um volume considerável. Esse pode ser o igualmente caso de uma encomenda privada dada a uma família – ou a uma pequena empresa. Um livreiro diz ao seu gerente: ‘Retire desta loja para a minha nova todo o meu estoque de acordo com este catálogo impresso mencionado contém o apêndice expositivo’. O mesmo conteúdo expositivo pode servir para muitos comandos, muitas massas de conteúdo imperativo. Por exemplo, as duas listas de eventos acima mencionadas pertencerão a todas ou à maioria das leis constitutivas dos vários crimes contra a propriedade – como nos diagramas matemáticos, em que uma única base pode servir para todo um conjunto de triângulos” (Bentham, 2000, p. 4, tradução nossa).

⁹ Ver *La “motivazione” della legge e i limiti di interferenza della Corte costituzionale nella discrezionalità del legislatore*, de Mone (2020).

temáticas das duas Casas e mitigando o necessário debate público que permitem a maturação das reflexões sobre os temas discutidos [ministro Edson Fachin, redator do Acórdão].

[...] ante a ausência de vedação expressa na Constituição, os *jabutis* se tornaram um costume constitucional, ou seja, uma prática reiterada e socialmente aceita, consolidada ao longo de muitos anos de vigência da Constituição de 1988 [...] mais recentemente adveio a percepção de que esse costume é incompatível com a Constituição porque representa usurpação do poder que a Constituição atribui ao Presidente da República, de avaliar o que é relevante e urgente para ser incluído em MPV [ministro Luís Roberto Barroso] (Brasil, 2015).

No contexto do princípio da explícita adesão à lei, ressalte-se o procedimento bicameral de aprovação de proposta legislativas. Ao confirmar a votação da casa iniciadora, a casa revisora tem-se utilizado de um viés estratégico em parceria com o Poder Executivo: promover emendas de redação¹⁰ com o intuito de permitir o veto parcial de projetos. O STF até recentemente era muito deferente ao desenrolar das emendas de redação¹¹ e entendia que, na totalidade dos precedentes encontrados, a matéria pertinente ao artigo do projeto poderia ser dividida, ainda que disso surgisse a permissão de *veto parcial* – instituto criado no Brasil, como lembra Ferreira Filho (2012). A providência resultava em deturpação da matéria aprovada por uma das câmaras e gerava um resultado indesejado ou não deliberado, fruto da relação entre a câmara revisora e o Executivo.

Todavia, com oito supostas emendas de redação, o Senado Federal aprovou a MP nº 759/2016, que tratava da regulação fundiária rural e urbana. No Mandado de Segurança (MS) nº 34.907/DF, senadores argumentaram que as emendas teriam alterado o mérito da redação, razão pela qual a matéria deveria retornar à Câmara dos Deputados (Brasil, 2017). Em 19/6/2016, ao reconhecer que três das oito emendas não tinham caráter meramente *redacional*, o ministro relator Luís Roberto Barroso deferiu liminar que suspendia os efeitos da aprovação da matéria pelo Senado e determinou seu retorno à Câmara dos Deputados. Em 27/6/2016, a Câmara aprovou as emendas, que seguiram para a aprovação no Senado e a sanção presidencial, com a conversão na Lei nº 13.465/2017. A medida pareceu oportuna por preservar a atuação das duas câmaras no devido processo legislativo e sinalizou uma possível maior ingerência do STF de forma pontual e corretiva da orientação constitucional (Souza, 2024).

¹⁰ A emenda de redação é utilizada para separar em incisos ou alíneas os pressupostos conjugados num mesmo parágrafo, de modo que o Governo pode vetar apenas um deles e desnaturar o sentido da proposta aprovada na casa iniciadora e sem retorno a ela (Souza, 2024). Conforme o Regimento Comum do Congresso Nacional, a emenda de redação deveria ser usada apenas para “a retificação de incorreções de linguagem, feita pela Câmara revisora, desde que não altere o sentido da proposição não constitui emenda que exija sua volta à Câmara iniciadora” (Brasil, 2019a, p. 36, art. 135).

¹¹ Como exemplo, ver o Acórdão da ADI nº 3/DF (Brasil, 1992).

De acordo com Waldron (2016), o segundo princípio prescreve a necessidade de assegurar o dever de cuidado (*duty of care*) com as consequências da norma aprovada, tanto no mundo fenomênico quanto no ordenamento jurídico, como destaca Fuller (2022, p. 53-54):

a tentativa de criar e de manter um sistema de normas jurídicas pode fracassar de ao menos oito maneiras; existem, nessa iniciativa, se você quiser, oito rotas distintas para o desastre. A primeira e mais óbvia reside no insucesso em se atingirem as normas, de modo que cada questão deva ser decidida numa base *ad hoc*. Os outros caminhos são: (2) uma falha em divulgar, ou pelo menos em disponibilizar para a parte afetada, as normas a serem observadas; (3) o abuso da legislação retroativa, que não só não pode por si mesma orientar a ação, mas prejudica a integridade das normas prospectivas em vigor, uma vez que as coloca sob a ameaça de alteração retroativa; (4) falha em tornar as normas compreensíveis; (5) a promulgação de normas contraditórias; (6) ou de normas que exigem conduta além dos poderes da parte afetada; (7) introduzir mudanças tão frequentes nas normas que o sujeito não pode orientar sua ação por elas; e finalmente (8) uma falha de congruência entre as normas conforme anunciadas e sua administração real.

O dever de cuidado tem uma dimensão interpretativa concernente à produção da norma em sintonia com a CRFB, com as previsões e avaliações de impacto orçamentário e legislativo. A Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016 inseriu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) o art. 113, que dispõe: “A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro” (Brasil, 2016a). O STF já reconheceu que o requisito tem a ver com a validade formal da lei aprovada que gere despesa ou conceda benefício fiscal, criando uma espécie de processo legislativo minimamente sustentável (Brasil, 2019b).

Assim também, a EC nº 109/2021 alterou o art. 37 da CRFB, ao inserir o § 16, que estabelece o dever dos órgãos e entidades da Administração Pública de “realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei” (Brasil, 2021a). Ou seja, contém a preocupação com a implantação do dispositivo legal e complementa a ideia fundante do art. 113 do ADCT, a de que a proposta legislativa deve ser objeto de avaliação prévia, de justificativa e de motivação coerentes e compreensíveis à parcela da realidade e das relações humanas que pretende regular. Pinheiro (2022) acentua a necessidade de desenvolver esse raciocínio, preocupado com o resultado efetivo da proposta legislativa e de sua implantação:

Não é raro encontrar em textos acadêmicos ou debates políticos, de modo expresso ou implícito, a percepção de que a legitimidade da atividade de legislar seria fundada exclusivamente ou predominantemente na vontade da maioria parlamentar. Nesse sentido, a regra da maioria seria, em si mesma, o atributo que conferiria respaldo político à tomada de decisões legislativas, sem maiores exigências procedimentais

relacionadas ao debate público de alternativas ou participação social dos interessados. Essa cultura voluntarista da elaboração da lei influencia não somente a decisão sobre seu conteúdo, mas também a definição do próprio rito procedural a ser seguido na sua elaboração.

O terceiro princípio é o da *representação*, que sustenta a necessidade de se assegurar a plena participação no processo legislativo aos parlamentares e a todos os interessados no assunto, com o propósito de integrar pessoas, grupos, órgãos etc. (Waldron, 2016). A representatividade está diretamente ligada ao papel do parlamento na realização da democracia e dos valores constitucionais por meio de sua atividade legiferante. Conecta-se intrinsecamente com o aperfeiçoamento de políticas públicas, na consolidação de normas relevantes, e para a revogação das que se tenham tornado inaceitáveis (Rosa, 2019). Um dos exemplos mais claros do desrespeito a esse requisito parece ser certo abuso no recurso ao regime de urgência para a votação de propostas legislativas, conforme dispõe o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que permite “a dispensa de exigências, interstícios ou formalidades regimentais” e a redução das sessões de discussão para apenas cinco, quando se tratar de matéria em regime de urgência, em vez de quarenta sessões quando se trata de procedimento ordinário (Brasil, [2024a], art. 152). Dados coletados pelo jornal *O Estado de São Paulo* revelam que entre fevereiro de 2011 e novembro de 2023, durante a presidência de Arthur Lira, 360 pedidos de tramitação em regime de urgência já haviam sido aprovados na Câmara dos Deputados (Um país [...], 2023). Essa prática tornou-se habitual durante a pandemia da Covid-19 para viabilizar os trabalhos do Congresso Nacional diante de circunstâncias específicas e perpetuou-se, mesmo diante do forte prejuízo às discussões e à qualidade das deliberações.

O STF até o momento não realizou qualquer incursão nesse âmbito e mantém o entendimento de que se trata de matéria *interna corporis* e sujeita, pois, à discricionariedade do órgão legislativo. Um exemplo disso é a Medida Cautelar (MC) em MS nº 38.199/DF, relatada pelo ministro Dias Toffoli: “A adoção do rito de urgência em proposições legislativas é prerrogativa regimental atribuída à Presidência da Casa Legislativa, consistindo em matéria genuinamente *interna corporis*, não cabendo ao STF adentrar tal seara” (Brasil, 2021f, p. 2). Não se está a afirmar que o STF tenha errado ou que não se trate de matéria tipicamente interna. Contudo, se se comprova a exclusão de parlamentares do processo deliberativo ou da discussão em si – e, portanto, que o regime de urgência tenha sido utilizado como ferramenta de uma maioria motivada pela aprovação rápida e pouco discutida de alguma medida legislativa –, configura-se uma violação do devido processo legislativo no domínio da representatividade adequada que justifica a nulidade do procedimento e da norma aprovada.

Muito próximos, o quarto e o quinto princípios merecem análise conjunta. Waldron (2016) aponta o princípio do *respeito à oposição*, que acentua o papel positivo da existência de oposição digna e em atividade no curso do processo legislativo, inclusive com sua representação bem definida e dotada de voz e voto. E acrescenta o princípio da *deliberação*

responsiva, segundo o qual numa democracia parlamentares devem ser compelidos a efetivamente ouvir, a responder aos argumentos postos no curso do processo deliberativo e a ignorar opiniões particulares em benefício de propósitos maiores. Bagehot (2001, p. 53, tradução nossa) ressalta o valor da presença da oposição no Reino Unido (*Her Majesty's Opposition*) na consecução de uma política chefiada pelo gabinete que assegure franco debate, quando poderá a nação ouvir a ambos os lados, porque o “maior palco para debates, o grande motor da instrução popular e controvérsia política, é a assembleia legislativa”. E a nação “gosta de ouvir todas as versões, está sedenta por saber”.

O papel da oposição e sua relevância também foram objeto de estudo de Dahl (1965), que ainda nos anos 1960 refletia sobre as premissas que deveriam ser analisadas ao se avaliar a profundidade do papel da oposição num regime democrático de governo. O autor aponta questões que assim se podem sintetizar: a) há liberdade de pensamento e expressão para minorias divergentes?; b) há oportunidade para os cidadãos participarem na vida política?; c) quando conflitos políticos ocorrem, o controle sobre as decisões é exercido por uma maioria?; d) qual a racionalidade na tomada de decisões e nas discussões políticas, no sentido de promover-se um aumento da compreensão por cidadãos e líderes políticos sobre os objetivos legítimos e os meios para alcançá-los?; e) há consenso em que nas discussões políticas e na tomada de decisões as soluções pretendidas devem minimizar o tamanho dos ressentimentos das minorias?; e f) qual o nível de confiança na Constituição e na democracia política? Essa avaliação parece guardar estreita relação com a temática aqui examinada e serve de pano de fundo para o esforço epistêmico que se está desenvolvendo. Afinal, é no processo legislativo constitucional, de suas fases e desenrolar dialógico, dialético e deliberativo, que se desenvolve grande parte das premissas anteriormente delineadas. Desde o trabalho parlamentar exercido na comunhão formada pelas comissões e a solidão do exercício da mais pura expressão parlamentar na tribuna das casas legislativas até o instante final da deliberação em plenário, mencionam-se parâmetros aferíveis que contribuem para a compreensão do universo do Congresso Nacional no exercício de sua função precípua.

O sexto princípio é o atendimento do *formalismo do processo legislativo*, que permite o respeito ao formato do diálogo e das tomadas de decisão, sem a supressão de vozes, votos e tempo para a livre reflexão sobre ideias e propostas. Não se pode compreender o processo legislativo constitucional como mera sequência de atos autônomos ou desconexos; trata-se de verdadeira estrutura normativa à luz da CRFB, cujo ato final é a norma validamente aprovada. Os rompimentos provocados por atitudes anômalas precisam ser compreendidos com base nesse sistema, a fim de se compreender tanto a sua constitucionalidade quanto a plausibilidade de controle endógeno ou exógeno ao Poder Legislativo (Bahia; Nunes; Silva; Oliveira, 2018). Em decisão monocrática no MS nº 34.530/DF, o ministro Luiz Fux considerou possível uma análise que chamou de *conglobante* do pedido de segurança e rejeitou a ideia de que as disposições regimentais estariam distantes do controle jurisdicional:

é paradoxal conceber a existência de campos que estejam blindados contra a revisão jurisdicional, adstritos tão somente à alçada exclusiva do respectivo Poder. Insulamento de tal monta é capaz de comprometer a própria higidez do processo legislativo e, no limite, o adequado funcionamento das instituições democráticas (Brasil, 2016b, p. 8).

Em seguida, o ministro deferiu medida liminar e determinou o que entendeu ser o correto prosseguimento de projeto de lei de iniciativa popular encampado por parlamentar. Ele constatou uma “franca violação ao devido processo legislativo constitucional” e tornou sem efeito “quaisquer atos, pretéritos ou supervenientes, praticados pelo Poder Legislativo em contrariedade à [...] decisão” (Brasil, 2016b, p. 12). O mérito do MS não chegou a ser apreciado no plenário do STF, pois o relator considerou depois que perdera o interesse processual diante do cumprimento voluntário da decisão e extinguiu-o sem a análise colegiada. O exemplo é um claro caso de adjudicação de disposição do regimento interno, com declaração de ministro, e reforça a necessidade de respeito à formalidade do procedimento, que salvaguarda o propósito constitucional do incidente na hipótese da iniciativa popular, cujo *iter* é definido pelo regimento interno:

a autuação do anteprojeto de iniciativa popular como apresentado à Casa por parlamentar tem consequências relevantes em termos procedimentais, malferindo o devido processo legislativo constitucional adequado. Conforme o art. 24, II, “c”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, as Comissões não podem discutir e votar projetos de lei de iniciativa popular, que seguem o rito previsto no art. 252 do referido diploma. Deve a sessão plenária da Câmara ser transformada em Comissão Geral, sob a direção de seu Presidente, para a discussão de projeto de lei de iniciativa popular, com a presença de orador para defendê-lo (art. 91, II). Além disso, as proposições de iniciativa popular não são arquivadas ao final da legislatura (art. 105, IV). Todo esse *iter*, formulado especialmente para assegurar um exame de maior profundidade quanto à proposta diretamente apresentada pela sociedade, é indevidamente afastado quando parlamentares subtraem a iniciativa do projeto, originariamente popular, e a assumem em nome próprio (Brasil, 2016b, p. 5).

E o sétimo princípio é o da solução de entraves deliberativos pelo respeito à opinião da maioria, num contexto em que os representantes sejam igualmente valorizados em seus papéis, o que reflete o ideal de igualdade na participação política. Com base nessa ideia, é possível compreender que apenas um bem interpretado sistema de desenvolvimento do processo legislativo constitucional permitiria a expressão da deliberação da maioria, sem desrespeito aos direitos fundamentais protetores de minorias e aos valores republicanos e democráticos. Esses regulamentos essenciais devem figurar nas Constituições (Duguit, 2005), e a CRFB não é diferente. Esse princípio tem sido objeto de embates no âmbito do Congresso Nacional, com interferências pontuais do STF, particularmente na atuação monocrática do presidente da Câmara dos Deputados, como nos casos em que este: a) reconheceu a perda do mandato

de deputados em razão de suposta questão partidária sem ter ouvido o plenário da Casa, situação posteriormente reprimida pelo STF (Brasil, 2007); ou b) intentou barrar sozinho instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) já aprovada (Brasil, 2004).

De acordo com Canas (2019, p. 83), isso acentua que no campo do Direito Constitucional ainda há uma grande deficiência na avaliação do “*locus metódico* em que os instrumentos de racionalidade são inseridos”, e os estudos apenas margeiam o percurso legislativo para se ocuparem da atividade jurisdicional. Essa preocupação tem sido revista em países como a Alemanha, onde autores têm identificado ao menos quatro princípios metódicos, com as obrigações de: a) estabelecer os fatos que constituem a base da legislação; b) apresentar dados e alternativas; c) avaliar de modo prospectivo; e d) monitorar e corrigir a lei. Tais princípios têm contribuído para o desenvolvimento de novos trabalhos sobre o tema e podem inspirar análises como a realizada neste trabalho.

3 O Supremo Tribunal Federal e a sindicabilidade do processo legislativo constitucional

Em 11/6/2021, o STF concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 1.297.884/DF e observou a sistemática da repercussão geral. Por ampla maioria¹², entendeu ser impossível analisar a arguição de supressão de parcela do procedimento legislativo nas discussões e na aprovação do projeto que originou Lei nº 13.654/2018, apesar de evidentes o vício e a supressão da participação parlamentar. Como um resumo da posição majoritária, o STF decidiu que, em

respeito ao princípio da separação dos Poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria *interna corporis* (Brasil, 2021g, p. 2).

A decisão demonstra a total impossibilidade de se exercer a *judicial review* em matérias oriundas de discussões inerentes ao processo legislativo, exceto se violadas as disposições relacionadas ao processo legislativo, em especial as dos arts. 59 a 69 da CRFB. Essa posição considera que todo o restante da CRFB – como os direitos e garantias fundamentais, as prerrogativas dos deputados e senadores (Seção V) ou as disposições relativas ao funcionamento das casas legislativas (Seção VI) – não seria objeto de avaliação pelo STF. A decisão é bastante restritiva e cria uma distinção entre o que pode ser matéria constitucional

¹² Foram vencidos os ministros Marco Aurélio de Mello e Gilmar Ferreira Mendes.

cotejável com as práticas do processo legislativo constitucional e o que não pode sé-lo por ser considerada *interna corporis*. É nesse sentido a divergência do ministro Gilmar Mendes:

Quanto à tese proposta, acompanho com ressalvas. Destaco que o controle constitucional das normas regimentais pode ocorrer quando houver violação direta ao texto constitucional, considerando-se como parâmetro de controle toda a Constituição, e não somente as normas pertinentes ao processo legislativo (Brasil, 2021g, p. 37-38).

Contudo, além de restritiva, a decisão parece não observar a decisão monocrática e os precedentes mais recentes do próprio STF. E há muitos exemplos, como o citado MS nº 34.907/DF, em que o ministro Luís Roberto Barroso monocraticamente reconheceu que três das emendas a um projeto de lei não eram emendas de redação, deferiu liminar que suspendeu os efeitos da aprovação da matéria pelo Senado e determinou seu retorno à Câmara dos Deputados. Em outros julgados, como no MS nº 24.642/DF, admite-se que “o parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional” (Brasil, 2004, p. 211).

Carvalho (2022) sublinha que em 2005, ao relatar o MS nº 24.831/DF, o ministro Celso de Mello estabeleceu outro precedente discordante e inaugurou a ideia de garantia das minorias parlamentares na criação de CPI. No caso, satisfeitos os requisitos para sua criação, não dependeria da aquiescência da maioria legislativa a instalação da CPI nº 760/2021. Dessa forma, seria dever do presidente da casa legislativa adotar os procedimentos subsequentes e necessários a sua instalação. A decisão fez mais: admitiu a aplicação regimental analógica, minimizou a limitação oriunda de matéria *interna corporis* e evidenciou que se tratava de regulação sobre matéria que não se podia considerar puramente constitucional:

[Deve] o Senhor Presidente do Senado, mediante aplicação analógica do art. 28, § 1º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, c/c o art. 85, “caput”, do Regimento Interno do Senado Federal, proceder, ele próprio, à designação dos nomes faltantes dos Senadores que irão compor esse órgão de investigação legislativa, observado, ainda, o disposto no § 1º do art. 58 da Constituição da República (Carvalho, 2022, p. 329).

Sem pretender fugir ao escopo e às limitações deste artigo, concorda-se aqui com o ministro Gilmar Mendes. No julgamento ADI nº 6.524/DF, que tratava da reeleição de membros da mesa das casas legislativas, ele afirmou não ser possível aferir a sindicabilidade de matérias em discussão com base apenas nos dispositivos mencionados no ato legislativo impugnado e que costumeiramente a questão exige uma análise mais profunda sobre os efeitos do ato procedural impugnado e de sua repercussão em todo o processo legislativo:

Quase sempre a jurisprudência construída ao redor da insindicabilidade dos atos *interna corporis* faz uso dessa expressão de maneira a equiparar tais atos àqueles tomados com base em critério exclusivamente posto no Regimento Interno (ou legislação doméstica correlata). Em outros termos, uma questão é “constitucional” ou “*interna corporis*” a depender da sede normativa (constitucional ou regimental) dos dispositivos citados à guisa de fundamento de direito de um ato editado pelo Poder Legislativo (no exercício de sua conformação organizacional). Receio afirmar que o assunto não comporta análise tão linear (Brasil, 2020, p. 46).

Durante a pandemia da Covid-19 (2020-2022), o STF atuou mais intensamente sobre questionamentos relacionados à interpretação e à aplicação dos regimentos internos; e, nas ADIs nºs 6.447/DF, 6.450/DF e 6.525/DF, reconheceu a constitucionalidade do sistema de votação remota adotado à época (Brasil, 2021b, 2021c, 2021d). Com esteio em Barcellos (2021, p. 453-454, grifo nosso), pode-se afirmar que no STF se alternam critérios na definição de matéria *interna corporis*, bem como os relativos à sindicabilidade dos atos oriundos do processo legislativo constitucional, o que reforça a necessidade de reflexão sobre os parâmetros aqui considerados como garantidores do devido processo legislativo:

O que se apurou neste trabalho é que a “interpretação das normas regimentais das Casas Legislativas” não é o critério adotado de forma consistente pela jurisprudência do STF para identificar questões *interna corporis* que, por isso, estariam fora de seu controle. Em diferentes contextos, inclusive e particularmente no âmbito do processo legislativo, apesar de não haver norma constitucional expressa, a Corte decide controlar atos do Legislativo por entender que eles, a despeito de envolverem a interpretação e aplicação de normas regimentais, repercutem sobre fins constitucionais considerados relevantes em cada caso. O critério da interpretação e aplicação de normas regimentais é, portanto, pouco útil para oferecer parâmetros claros, consistentes e previsíveis que possam balizar a atuação do próprio STF, dos demais órgãos do Poder Judiciário e dos Legislativos brasileiros.

Nos casos examinados a Corte decidiu controlar atos do Poder Legislativo, a despeito da questão regimental, para proteger elementos constitucionais que considerou relevantes, dentre os quais a proteção de direitos individuais, a proteção de prerrogativas das minorias parlamentares, a autonomia do próprio Legislativo e a separação de poderes, e o devido processo legislativo, de modo a garantir transparência, prestação de contas e fomentar o debate e o controle públicos acerca das questões a serem decididas pelo Legislativo. *Um tema importante para a doutrina e para a jurisprudência do STF nos próximos anos será a identificação mais precisa das dimensões dos fundamentos constitucionais que autorizam tal controle, de modo que, de um lado, seja possível ter maior clareza, consistência e previsibilidade acerca dos limites e possibilidades do controle judicial sobre os atos do Poder Legislativo e, de outro, a intervenção judicial possa contribuir de forma*

mais relevante para a melhoria das condições da deliberação democrático-majoritária no âmbito dos Legislativos.

Outros exemplos são basilares para compreender as fortes divergências nos julgamentos do STF quanto aos limites de sua interferência no processo legislativo e nos procedimentos internos das casas legislativas. Na ADI nº 6.713/PB discutiram-se questões regimentais tipicamente ligadas ao funcionamento interno e autônomo das assembleias estaduais; decidiu-se pela interpretação conforme à Constituição e permitiu-se apenas uma reeleição para os mesmos cargos da mesa diretora em mandatos consecutivos (Brasil, 2021e).

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 854/DF, a ministra relatora Rosa Weber deferiu medida liminar que determinava a ampla publicidade dos procedimentos internos do Congresso Nacional concernentes à distribuição das chamadas *emendas de relator* ao orçamento (ou RP9)¹³. Referendada por maioria, a decisão foi criticada pelo ministro Nunes Marques, para quem a decisão naqueles moldes “representaria reescrever não apenas o Regimento Comum do Congresso Nacional, mas mesmo a legislação de regência” (Brasil, 2021h, p. 141). Dentre outras disposições, decidiu-se por “(b) declarar a constitucionalidade material do art. 4º do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1/2021 e do inteiro teor da Resolução CN nº 2/2021” (Brasil, 2021h). Desse modo, na orientação do STF não há um critério forte para distinguir entre atos procedimentais legislativos sindicáveis pela revisão judicial constitucional. No entanto, apesar de frequentemente negar seu poder para isso, o STF o faz com certa comodidade em outras ocasiões. Uma saída possível é compreender que há critérios utilizáveis e que, além de coerentes com as interferências já ocorridas, eles condizem com o papel do STF de desatar os nós górdios que obstem o andamento regular da atividade dos congressistas.

Intenta-se aqui contribuir para a tarefa de esclarecer o problema das possíveis anomalias no processo legislativo constitucional, ao se apresentarem as interferências do STF e ao se explicitarem as que estariam conformes à Filosofia política e constitucional, além dos parâmetros utilizáveis tanto para corrigir os problemas surgidos quanto para limitar a intervenção do STF. Minimizar-se-ia, dessa forma, a ampla discricionariedade que ameaça levar a opinião pública a julgar o STF um órgão que interfere no jogo político a depender de seu estado de espírito e das injunções momentâneas de poder. A separação dos Poderes exige que essa interferência jurisdicional seja exercida pelo STF apenas quando falhe o processo de autorregulação das casas legislativas; do contrário, estar-se-ia propondo uma intervenção em moldes heterotópicos como forma permanente de solução de controvérsias no âmbito do Congresso Nacional, quando ofensivos àqueles parâmetros. Todavia, conforme

¹³ As despesas do País são organizadas anualmente no Congresso Nacional mediante o projeto de lei orçamentária anual. Nela algumas siglas especificam despesas, as denominadas RPs (identificadores de resultado primário), enumeradas de 0 a 9. Dentre elas está a RP9, emenda de relator geral da lei orçamentária anual, que não tem limite de indicação vinculado à receita.

Oliveira (1998, p. 97 *apud* Oliveira, 2000a, p. 22), a supressão do controle judicial resulta numa espécie de enfraquecimento da normatividade constitucional:

O Supremo Tribunal Federal, posto que sua função precípua é a guarda da Constituição, deve assumir, enquanto órgão aplicador do Direito, a tarefa, que também é sua, de garantia de um processo político democrático, na medida em que democracia é hoje, mais do que nunca, como diria Bobbio (BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, p. 18 et seq. Para uma crítica ao enfoque empirista/descriptivo de Bobbio, ver HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms, capítulo 7, p. 303-304), respeito às regras do jogo. Não há democracia que se sustente quando se desrespeitam as normas constitucionais.

O ideal seria que o próprio Congresso Nacional dispusesse de mecanismos mais eficientes para controlar as medidas anômalas do processo legislativo constitucional; porém, a literatura salienta enfaticamente que não se tem obedecido aos procedimentos já tentados no Congresso Nacional para buscar soluções, o que permite a sanção presidencial de projetos anômalos (Souza, 2024). Não se pode chegar ao extremo de negar normatividade à CRFB, pois ainda há recursos de controle disponíveis, mesmo que excepcionais (Oliveira, 2000b).

4 Conclusões

Para a solução de anomalias surgidas no curso do processo legislativo propõem-se sete princípios: a) o da *explícita adesão à criação da lei*, o qual determina que toda mudança legislativa promovida pelo parlamento deva ser expressa e fundamentada; b) o do *dever de cuidado* com as consequências provenientes da legislação aprovada; c) o da *representação*, que sustenta a necessidade de se assegurar a plena participação no processo legislativo aos parlamentares e a todos os possíveis interessados no assunto; d) o do *respeito à oposição*, que acentua o papel positivo da existência de oposição digna e em atividade no curso do processo legislativo, inclusive com sua representação bem definida e dotada de voz e voto; e) o da *deliberação responsável*, segundo o qual numa democracia os parlamentares devem ser compelidos a efetivamente responderem aos argumentos postos no curso do processo deliberativo; f) o da *atenção ao formalismo do processo legislativo*, o qual sustenta o respeito ao formato do diálogo e das tomadas de decisão, sem a supressão de vozes, de votos e de tempo para a livre reflexão sobre ideias e propostas; e g) o da *solução de entraves deliberativos pelo respeito à opinião da maioria*, num contexto em que os representantes sejam igualmente valorizados em seus papéis e que concretize o ideal de igualdade no processo de participação política.

Esses princípios, de orientação constitucional e de Filosofia política democraticamente orientada, já integram o posicionamento do STF quando julga demandas relacionadas a

controversas questões constitucionais e regimentais do Congresso Nacional. Com a sistematização desses princípios, pretendeu-se aqui auxiliar no escrutínio da viabilidade da intromissão da *judicial review* em atos que de outra forma seriam considerados *interna corporis* ou cuja revisão estaria sujeita à discricionariedade de cada julgador. Com efeito, deve-se compreender que, norteado pela regra constitucional da separação dos Poderes, o Congresso Nacional dispõe de razoável margem interpretativa, que deve ser objeto de reanálise somente quando ofender o devido processo legislativo constitucional.

Referências

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Interpretação e aplicação das normas constitucionais: entre deferência e ativismo, o rigoroso apego à democracia representativa. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 235, p. 11-41, jul./set. 2022. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v59_n235_p11. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p11. Acesso em: 25 mar. 2025.
- BAGEHOT, Walter. *The English Constitution*. Edited with an introduction and notes by Miles Taylor. Oxford, UK: Oxford University Press, 2001. (Oxford world's classics).
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; NUNES, Dierle; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Controle jurisdicional do devido processo legislativo: história e teoria constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O STF e os parâmetros para o controle dos atos do Poder Legislativo: limitações do argumento das questões *interna corporis*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 435-456, maio/ago. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v8i2.80693>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/80693>. Acesso em: 25 mar. 2025.
- BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.299, de 2002*. Dispõe que o registro prévio do agrotóxico será o do princípio ativo; dá competência à União para legislar sobre destruição de embalagem do defensivo agrícola. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46249>. Acesso em: 25 mar. 2025.
- _____. Câmara dos Deputados. *Resolução nº 17, de 1989*. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2024a]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/1989/resolucaodacamaradosdeputados-17-21-setembro-1989-320110-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 25 mar. 2025.
- _____. Congresso Nacional. *Regimento comum*: Resolução nº 1, de 1970-CN: (texto consolidado até janeiro de 2019); e normas conexas. 2. ed. rev. e atual. Brasília, DF: Senado Federal, 2019a. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/567297/Regimento_comum.pdf. Acesso em: 25 mar. 2025.
- _____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm. Acesso em: 25 mar. 2025.
- _____. *Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm?ref=correiosabia.com.br. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021. Altera os arts. 29-A, 37, 49, 84, 163, 165, 167, 168 e 169 da Constituição Federal e os arts. 101 e 109 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc109.htm. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3/DF. Ação direta de inconstitucionalidade. Decretos nºs 94.042 e 94.233, de, respectivamente, 18.2.87 e 15.4.87, atacados em face da Emenda Constitucional nº 1/69 [...]. Requerente: Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves, 7 de fevereiro de 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266152>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF. [...] 1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, *caput*, parágrafo único, 2º, *caput*, 5º, *caput*, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória [...]. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Min. Rosa Weber. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 15 de outubro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4580410>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.816/RO. [...] 1. A imunidade de templos não afasta a incidência de tributos sobre operações em que as entidades imunes figurem como contribuintes de fato. Precedentes [...]. Requerente: Governador do Estado de Rondônia. Interessada: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 5 de novembro de 2019b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751470450>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.447/DF. Ações direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar 173/2020. Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus (Covid-19). Alterações na Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000. Preliminares. Conhecimento parcial da ADI 6442. § 5º do art. 7º. Norma de eficácia exaurida. Mérito. Arts. 2º, § 6º, 7º e 8º. Constitucionalidade formal das normas [...]. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 15 de março de 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755400855>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.450/DF. Ações direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar 173/2020. Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus (Covid-19). Alterações na Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000. Preliminares. Conhecimento parcial da ADI 6442. § 5º do art. 7º. Norma de eficácia exaurida. Mérito. Arts. 2º, § 6º, 7º e 8º. Constitucionalidade formal das normas [...]. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 15 de março de 2021c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343437305&ext=.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.524/DF. [...] 1. O constitucionalismo moderno reconhece aos Parlamentos a prerrogativa de dispor sobre sua conformação organizacional, condição necessária para a garantia da autonomia da instituição legislativa e do pleno exercício de suas competências finalísticas [...]. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro – PTB. Interessados: Senado Federal; Câmara dos Deputados. Relator: Min. Gilmar Mendes, 15 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755501952>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.525/DF. Ações direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar 173/2020. Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus (Covid-19). Alterações na Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000. Preliminares. Conhecimento parcial da ADI 6442. § 5º do art. 7º. Norma de eficácia exaurida. Mérito. Arts. 2º, § 6º, 7º e 8º. Constitucionalidade formal das normas [...]. Requerente: PODEMOS. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 15 de março de 2021d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345732105&ext=.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.713/PB*. Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 59, § 4º, da Constituição Estadual do Estado da Paraíba e artigo 6º do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do referido ente. Reeleição de membros da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessada: Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de dezembro de 2021e. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759454169>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança nº 24.642/DF*. Constitucional. Processo legislativo: controle judicial. Mandado de segurança [...]. Impetrante: Onyx Lorenzoni. Impetrada: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Carlos Velloso, 18 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86168>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança nº 26.604/DF*. Direito constitucional e eleitoral. Mandado de segurança impetrado pelo Partido dos Democratas – DEM contra ato do presidente da Câmara dos Deputados. Natureza jurídica e efeitos da decisão do Tribunal Superior Eleitoral – TSE na Consulta n. 1.398/2007 [...]. Impetrante: Democratas. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Min. Cármem Lúcia, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF*. Direito constitucional. Mandado de segurança. Interesse de parlamentar à observância do devido processo legislativo constitucional. Controle preventivo de constitucionalidade admitido [...]. Impetrante: Eduardo Nantes Bolsonaro. Impetrado: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Interessado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Luiz Fux, 14 de dezembro de 2016b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310978523&ext=.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.907/DF*. [...] O Supremo Tribunal Federal somente deve interferir em procedimentos legislativos para assegurar o cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas [...]. Impetrantes: Luiz Lindbergh Farias Filho e outro(a/s). Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Roberto Barroso, 19 de junho de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312049406&ext=.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 38.199/DF*. Mandado de segurança. Medida acautelatória. Projeto de Lei Complementar. Legislação eleitoral. PLP nº 121/2021. Devido processo legislativo. Proporcionalidade partidária. Nulidade do requerimento de urgência. Ofensa a princípios e regras constitucionais. Não ocorrência. Indeferimento da tutela liminar [...]. Impetrantes: Adriana Miguel Ventura e outro(a/s). Impetrados: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados; Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Dias Toffoli, 9 de setembro de 2021f. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759025926>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 1.297.884/DF*. Repercussão geral. Tema nº 1.120 da sistemática de repercussão geral. Constitucional. Penal. Utilização de arma branca no roubo majorado (art. 157, § 2º, inciso I, do CP). Exclusão da causa de aumento decorrente da revogação promovida pelo art. 4º da Lei nº 13.654/2018. Declaração incidental de inconstitucionalidade formal do artigo em tela pelo Órgão Especial do TJDF, com fundamento na interpretação do art. 91 do Regimento Interno do Senado Federal [...]. Recorrente: Gean Lima da Silva. Recorrido: Ministério Públíco do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Dias Toffoli, 14 de junho de 2021g. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756636916>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 854/DF*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Despesas públicas decorrentes de emendas do relator do projeto de Lei Orçamentária Anual. Pretensão de constitucionalidade fundada tanto em situações verificáveis no plano objetivo-normativo (práticas institucionais) quanto em alegações somente passíveis de constatação por meio de investigação fático-probatória (condutas individuais) [...]. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (Psol). Interessado: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber, 11 de novembro de 2021h. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759335457>. Acesso em: 25 mar. 2025.

CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2019. (Teses).

CARVALHO, Lucas César Severino de. *Por uma crítica ao conceito de interna corporis no direito político brasileiro*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/53226>. Acesso em: 25 mar. 2025.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo legislativo constitucional*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

CRISAFULLI, Vezio. Sulla motivazione degli atti legislativi. *Rivista di Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia*, Milano, v. 29, pt. 1, p. 415-444, 1937.

DAHL, Robert A. Reflections on opposition in Western democracies. *Government and Opposition*, Cambridge, MA, v. 1, n. 1, p. 7-24, Oct. 1965. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1477-7053.1965.tb00362.x>.

DUGUIT, Léon. *Manual de derecho constitucional*: teoría general del Estado: el derecho y el Estado: las libertades públicas. Traducción de José G. Acuña. Granada: Comares, 2005. (Biblioteca Comares de ciencia jurídica).

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Processo legislativo, controle de constitucionalidade e legística: a exigência constitucional de qualidade formal da lei e seus reflexos no processo legislativo e no controle de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2020.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

_____. *O Império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Ensino superior).

EDIÇÃO da Noite: restrição a saída temporária de presos será votada em regime de urgência. TV Senado, Brasília, DF, 7 fev. 2024. 1 vídeo (18 min). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/tv/programas/senado-noticias/2024/02/edicao-da-noite-restricao-a-saida-temporaria-de-presos-sera-votada-em-regime-de-urgencia>. Acesso em: 25 mar. 2025.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Rafael Freire. Reflexões sobre o instituto da prova. In: MAIA, Anderson Menezes; AVELINO, Geraldo Antônio; FERNANDES, Alexandre; SOUZA, Maria José Pinho; FERREIRA, Rafael Freire; MATOS, Samilly Araújo Ribeiro; MOTA, Shirlei Castro Menezes. *Novas dimensões do direito: uma perspectiva soft law*. Lisboa: Chiado, 2016. p. 183-201. (Compendium).

FULLER, Lon L. *A moralidade do direito*. Tradução e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Gabriela Bresser Dal Pozzo. São Paulo: Contracorrente, 2022.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como salvar a democracia*. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2023.

LONGO, Erik. *La legge precaria: le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*. Torino: G. Giappichelli, 2017. (Diritto e prassi costituzionale).

MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*. Dublin: The Floating Press, 2009.

MONE, Daniela. La “motivazione” della legge e i limiti di interferenza della Corte costituzionale nella discrezionalità del legislatore. *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, [s. l.], v. 13, n. 1, p. 1-13, 2020. DOI: <https://doi.org/10.6092/2421-0528/6815>. Disponível em: <http://www.serena.unina.it/index.php/dperonline/article/view/6815>. Acesso em: 25 mar. 2025.

MOUFFE, Chantal. The populist moment. *Simbiótica: revista eletrônica*, Vitória, v. 6, n. 1, p. 6-11, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=575961686004>. Acesso em: 25 mar. 2025.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e Estado democrático de direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, Madrid, v. 3, p. 1-36, 2000a. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11268/4863>. Acesso em: 25 mar. 2025.

_____. Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito: três ensaios críticos. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 38, p. 197-210, 2000b. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1169>. Acesso em: 25 mar. 2025.

PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Durham, NC: Duke University Press, 2004. (Constitutional conflicts).

PINHEIRO, Victor Marcel. Por que a análise de impacto legislativo ainda não é realidade no Brasil? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 out. 2022. Fábrica de Leis. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-18/fabrica-leis-analise-impacto-legislativo-nao-realidade-pais/>. Acesso em: 25 mar. 2025.

RAMOS, Elival da Silva. Prefácio. In: MUDROVITSCH, Rodrigo. *Democracia e governo representativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. vii-xi.

REYBROUCK, David von. *Contra as eleições*. Tradução de Flávio Quintale. Belo Horizonte: Âyiné, 2017.

RIEDL, Jasmin. Uncovering legislative pace in Germany: a methodical and computational application to answer temporal questions of law-making. *Government Information Quarterly*, [s. l.], v. 36, n. 4, Oct. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2019.07.002>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0740624X19302126>. Acesso em: 25 mar. 2025.

ROSA, Bruna Borghetti Camara Ferreira. *Prerrogativa do parlamento ao devido processo legislativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SOUZA, Paulo Fernando Mohn e. *Processo legislativo bicameral no Brasil: como as câmaras resolvem suas divergências na elaboração legislativa?* Rio de Janeiro: GZ, 2024.

THORNHILL, Chris. *Crise democrática e direito constitucional global*. Tradução de Diógenes Moura Breda e Glenda Vicenzi. São Paulo: Contracorrente, 2021. (Desafios constitucionais contemporâneos).

UM PAÍS em regime de urgência. *Estadão*, São Paulo, 1º nov. 2023. Opinião do Estadão. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/opiniao/um-pais-em-regime-de-urgencia/>. Acesso em: 25 mar. 2025.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: uma teoria sobre os limites materiais ao poder de reforma*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2023. (Biblioteca jurídica WMF).

WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.

ZORZETTO, Silvia. Dal “sogno cartesiano” alla “razionalità limitata”: usi e abusi della scienza nella politica legislativa. In: FERRARO, Francesco; ZORZETTO, Silvia (ed.). *La motivazione delle leggi*. Torino: G. Giappichelli, 2018. p. 167-191. (Law and legal institutions: atti di convegno, 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/>

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

