



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Ano 58

231

julho a setembro de 2021

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2021 – 2022

Senador Rodrigo Pacheco

PRESIDENTE

Senador Veneziano Vital do Rêgo

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romário

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Irajá

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Elmano Férrer

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Rogério Carvalho

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Weverton

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Jorginho Mello

Senador Luiz do Carmo

Senadora Eliziane Gama

Senador Zequinha Marinho



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 58

231

julho a setembro de 2021

SENADO FEDERAL





MISSÃO

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

FUNDADORES

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

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

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Gustavo A. Sabóia Vieira

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Rafael André Chervenski da Silva

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

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

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

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

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

Trimestral.

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

ISSN 0034-835X (Impresso)

ISSN 2596-0466 (Online)

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Bloco 08, Mezanino, Setor 011
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

CONSELHO

Dr. Bruno Dantas Nascimento, 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 Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wremyr Sciar, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

PARECERISTAS

Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Adrualdo de Lima Catão, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini, Centro Universitário Internacional UNINTER, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Ana Claudia Santano, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil / Dr. André Guilherme Lemos Jorge, Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. André de Souza Dantas Elali, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Anelise Coelho Nunes, Rede Metodista de Educação, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Antonio Henrique Graciano Suxberger, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Artur Stamford da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Benedito Cerezo Pereira Filho, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Betânia de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Caio Alexandre Capelari Anselmo, Ministério Público Federal, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Carlos Augusto Daniel Neto, Centro de Estudos de Direito Econômico e Social, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Magno Sprício Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Ma. Caroline Somesom Tauk, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Celso de Barros Correia Neto, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cesar Rodrigues van der Laan, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Heineck Schmitt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Cristiano Lange dos Santos, Laboratório de Análise de Políticas Públicas e Sociais, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Ma. Daiana Fagundes dos Santos Carboni, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Espanha / Dr. Dani Rudnicki, Universidade La Salle, Canoas, RS, Brasil / Dra. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Danilo Augusto Barboza de Aguiar, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Davi Augusto Santana de Lelis, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Devanildo Braz da Silva, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Dirceão Torrecillas Ramos, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Modena Lacerda, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias,

Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Elias Jacob de Menezes Neto, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Eneida Desiree Salgado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eriberto Francisco Bevilacqua Marin, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Fabiana Santos Dantas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Fábio Feliciano Barbosa, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dra. Fabíola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Frederico Nunes de Matos, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Fernanda Dalla Libera Damacena, Ambrósio e Dalla Libera Advogados Associados, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Boarato Meneguim, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Fernando Nagib Marcos Coelho, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Guilherme Tanger Jardim, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gustavo Ferreira Ribeiro, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dra. Heloisa Fernandes Câmara, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Henrique Aniceto Kujawa, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Henrique Fernando de Mello, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, São José do Rio Preto, SP, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Ilzver Matos de Oliveira, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Ivar Alberto Martins Hartmann, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jailton Macena de Araújo, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Ma. Janaina Gomes Garcia de Moraes, Tilburg University, Haia, Países Baixos / Dr. Jayme Benvenuto Lima Junior, Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Foz do Iguaçu, PR, Brasil / Dr. Jefferson Aparecido Dias, Procuradoria da República de São Paulo, Marília, SP, Brasil / Me. Jordan Vinícius de Oliveira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jorge Luís Mialhe, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdades de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Filomeno de Moraes Filho, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dra. Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Me. João Pedro Kostin Felipe de Natividade, Natividade Sociedade de Advogados, Curitiba, PR, Brasil / Me. João Vicente Rothfuchs, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Julia Sichiari Moura, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Juliane Sant'Ana Bento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Júlio César Faria Zini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Larissa Lauda Burmann, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Lauro Ishikawa, Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério da Economia, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Me. Leonardo Geliski, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonel Pires Ohlweiler, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Ma. Lilian Barros de Oliveira Almeida, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Ma. Lorena Abbas, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Lucas Rodrigues Cunha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dra. Luciana de Souza Ramos, Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Me. Luiz Eduardo Diniz Araújo, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luís Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Marcelo Casseb Continente, Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marciano Seabra de Godoi, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcílio Toscano Franca Filho, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marcio Iorio Aranha,

Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marco Félix Jobim, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan, Universidade La Salle, Canoas, RS, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / Ma. Maria Angélica dos Santos, Universidade Salgado de Oliveira, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Maria Inês Caetano Ferreira, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cachoeira, BA, Brasil / Dra. Mariah Brochado Ferreira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Marina Soares Marinho, Advocacia-Geral da União, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Martin Pino, Escola Superior de Advocacia da OAB, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dra. Mônica Herman Salem Caggiano, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dra. Nina Trícia Disconzi Rodrigues, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Osvaldo Ferreira de Carvalho, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Busato, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Fernando Soares Pereira, Advocacia-Geral da União, São Luís, MA, Brasil / Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, Universidade Santa Cecília, Santos, SP, Brasil / Me. Pêrsio Henrique Barroso, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Me. Rafael Diogo Diógenes Lemos, UniFanor, Aracaju, RN, Brasil / Me. Rafael Reis Ferreira, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Me. Rafael Santos Soares, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dra. Regina Stela Corrêa Vieira, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapécó, SC, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Roberta Correa de Araujo, Faculdade de Olinda, Olinda, PE, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Nóbrega Farias, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, PB, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtécides Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Rubia Carneiro Neves, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Saleté Oro Boff, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dra. Sandra Mara Campos Alves, Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, DF, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Saulo Nunes de Carvalho Almeida, Centro Universitário Católica de Quixadá, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Sônia Letícia de Mello Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Thiago Rodrigues Silame, Universidade Federal de Alfenas, Alfenas, MG, Brasil / Dr. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Tiago Ivo Odon, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dra. Valéria Ribas do Nascimento, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Vallisney de Souza Oliveira, Justiça Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Valter Rodrigues de Carvalho, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Vanessa Spinosa, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Veridiana Pereira Parahyba Campos, Fundação Carlos Chagas, Caxingui, SP, Brasil

AUTORES

Alejandro Knaesel Arrabal é doutor em Direito Público pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; professor titular e pesquisador dos programas de pós-graduação em Direito e em Administração da Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB), Blumenau, SC, Brasil; professor do programa de graduação em Direito da FURB, Blumenau, SC, Brasil. / Álvaro Ricardo de Souza

Cruz é doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto III dos programas de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; procurador federal do Ministério Público Federal, Belo Horizonte, MG, Brasil. / André de Carvalho Ramos é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, SP, Brasil; professor titular do programa de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) da Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil; procurador regional da República, Ministério Público Federal, São Paulo, SP, Brasil. / André Saddy é doutor em *Problemas actuales de Derecho Administrativo* pela Universidad Complutense de Madrid, Madrid, Espanha; pós-doutor pela Universidade de Oxford, Oxford, Reino Unido; mestre em Administração Pública pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; consultor e parecerista. / Bruno Lamenha é mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil; doutorando em Direito na Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil. / Érica Ribeiro Guimarães Amorim é mestra e graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil; advogada atuante em Salvador, BA, e Brasília, DF, Brasil. / Fabiano de Figueirêdo Araujo é mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; doutorando em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Brasília, DF, Brasil; professor do programa de graduação em Direito do IDP, Brasília, DF, Brasil; procurador da Fazenda Nacional, Brasília, DF, Brasil. / Flávia Danielle Santiago Lima é doutora e mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professora permanente do programa de pós-graduação (mestrado) em Direito da Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil; professora da Faculdade de Direito da Universidade de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; advogada da União, Procuradoria Regional da União na 5ª Região, Recife, PE, Brasil. / Francisco Antônio de Barros e Silva Neto é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; professor associado dos programas de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito do Recife da UFPE, Recife, PE, Brasil; juiz federal, Recife, PE, Brasil. / Guilherme Scodeler de Souza Barreiro é mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Lavras, Lavras, MG, Brasil; doutorando em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor do curso de Direito do Centro Universitário de Lavras, Lavras, MG, Brasil; bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). / Ilana Trombka é mestra em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; doutoranda em Administração na Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil; professora do programa de graduação em Comunicação Social do UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; professora do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito Legislativo do Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil; diretora-geral do Senado Federal. / José Levi Mello do Amaral Júnior é doutor pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; livre-docente da USP, São Paulo, SP, Brasil; professor associado de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, SP, Brasil. / Juliana Rodrigues é mestra em Administração pela Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo (FEA-USP), São Paulo, SP, Brasil; doutoranda em Administração Pública na Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil; pesquisadora colaboradora do Centro de Empreendedorismo Social e Administração em Terceiro Setor da FEA-USP, São Paulo, SP, Brasil; membra e consultora do Programa Academia do Instituto de Cidadania Empresarial, São Paulo, SP, Brasil; consultora e pesquisadora de temas relacionados a inovação social, empreendedorismo social e negócios de impacto. / Marco Aurélio Gumieri Valério é doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista, São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Direito na Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor do programa de graduação da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP, Ribeirão Preto, SP, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Integração da América Latina da USP, São Paulo, SP, Brasil; advogado; membro da Comissão Especial de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo, SP, Brasil. / Marcos Antônio Mattedi é doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil; pós-doutor pelo Centre de Sociologie de l'Innovation, Paris, França; professor titular e pesquisador do programa de pós-graduação em Desenvolvimento Regional da Fundação Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, SC, Brasil. / Wilson Engelmann é doutor em Direito Público pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; pós-doutor em Direito Público-Direitos Humanos pela Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Espanha; professor titular e pesquisador do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; bolsista de produtividade em pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

Sumário

Autoras convidadas

- 11 **Formação de agenda legislativa para os Contratos de Impacto Social
Análise de um projeto de lei em tramitação**
Ilana Trombka
Juliana Rodrigues

Artigos

- 41 **A performatividade da linguagem computacional e seu impacto na advocacia**
Alejandro Knaesel Arrabal
Marcos Antônio Mattedi
Wilson Engelmann
- 55 **Direito financeiro da crise
A modulação da legislação orçamentário-financeira
para o combate aos efeitos da Covid-19**
José Levi Mello do Amaral Júnior
Fabiano de Figueirêdo Araujo
- 71 **O caso *Abaporu* e as restrições à livre circulação de obras de arte no Direito brasileiro**
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
- 87 **Mobilizando a agenda dos direitos coletivos, assegurando espaço institucional
Ministério Público e Defensoria Pública na transição democrática**
Flávia Danielle Santiago Lima
Bruno Lamenha
- 109 **Sem sentir e sem querer
A era colonial do Brasil à luz do Direito Internacional**
André de Carvalho Ramos
- 133 **O controle de convencionalidade da Reforma Trabalhista de 2017**
Érica Ribeiro Guimarães Amorim

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

- 151 **Composição do Conselho de Administração de organizações sociais quanto aos membros natos representantes do Poder Público**
André Saddy
- 181 **Última palavra e diálogos constitucionais**
Caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira
Guilherme Scodeler de Souza Barreiro
Álvaro Ricardo de Souza Cruz
- 201 **Atos notariais por meios eletrônicos**
A quarentena trouxe o futuro aos cartórios e tabelionatos
Marco Aurélio Gumieri Valério

Formação de agenda legislativa para os Contratos de Impacto Social

Análise de um projeto de lei em tramitação

ILANA TROMBKA
JULIANA RODRIGUES

Resumo: Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 338/2018, que dispõe sobre o Contrato de Impacto Social como alternativa para a prestação de serviços públicos por meio de um acordo de vontades no qual uma entidade pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, se compromete a atingir determinadas metas de interesse social. O presente artigo estuda os aspectos que determinaram o ingresso do tema na pauta pública e estatal. Por ser um processo em andamento a envolver diversos atores internos e externos à estrutura governamental, o caso configura-se como uma rica oportunidade para compreender os aspectos visíveis e ocultos relativos ao projeto de lei, com base na análise da confluência entre os fluxos do problema, da política e da política pública, a fim de contribuir para o conhecimento da formação de agenda no atual contexto brasileiro.

Palavras-chave: Contratos de Impacto Social. Negócios de impacto. *Agenda setting*. Formação de agenda. Políticas públicas.

Setting up a legislative agenda for Social Impact Contracts: analysis of a bill in progress

Abstract: The Senate Bill n. 338/2018, which addresses the Social Impact Contract as an alternative for the provision of public services through a will agreement in which a public or private entity, with or non-profit, is committed to achieving certain goals of social interest. This article studies the aspects that determined the inclusion of the theme in the public and state agenda. As it is an ongoing process involving several actors internal and external to the governmental structure, the case is a rich opportunity to understand the visible and hidden aspects related to the bill, based on the analysis of the confluence between the problem flows, of politics and public policy, to contribute to the knowledge of agenda formation in the current Brazilian context.

Autoras convidadas

Keywords: Social Impact Contracts. Impact business. Agenda setting. Agenda formation. Public policies.

1 Introdução

O presente estudo focaliza o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 338/2018 com o objetivo de examinar o modo como o tema dos chamados *negócios de impacto social* (NIS) ingressou na agenda pública legislativa e o papel dos diferentes atores na formação dessa agenda.

Trata-se de um estudo de caso que busca contribuir para a realização de mais pesquisas relativas à formação de agenda pública no atual contexto histórico (CAPELLA, 2020). Mais especificamente, alinha-se com estudos que tentam unir conceitos teóricos a uma situação empírica a fim de concorrer para o entendimento dos processos pré-decisórios no âmbito do Estado brasileiro (RIBEIRO, 2020). Examinar o processo com base numa proposição de lei oriunda do Senado visa também a aprofundar o entendimento da atuação do Legislativo brasileiro na inserção de assuntos na agenda decisória (ALMEIDA, 2017; VIEIRA; BATISTA, 2018), como contraponto à concentração anterior da formação de agenda pelo Executivo (SILVA; ARAÚJO, 2013).

Tendo como referência o trabalho de Ribeiro (2020), que também explora a formação de agenda no Brasil com base num estudo de caso descritivo fundado essencialmente em dados secundários, este artigo alicerça-se num estudo de caso único (YIN, 2001), de caráter exploratório-descritivo (SELLTIZ; WRIGHTSMAN; COOK, 1967), elaborado com suporte na análise documental e na observação participante de suas autoras, envolvidas direta e indiretamente nos trabalhos da Estratégia Nacional de Investimentos e Negócios de Impacto (Enimpecto) e no ecossistema de NIS brasileiros. As principais fontes de informações foram: documentos relacionados ao projeto de lei e sua tramitação, tais como o projeto em si, além de ofícios e pareceres do Senado Federal; o site e relatórios da Enimpecto; notícias e relatórios de organizações do campo de NIS, como o Instituto de Cidadania Empresarial (ICE) e a Aliança pelos Investimentos e Negócios de Impacto (Aliança); o site Aupa Jornalismo, de comunicação especializada no segmento de NIS; o estudo de caso da Enimpecto publicado pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal); e o mapeamento de mídia sobre o tema.

Fundamentado essencialmente em dados secundários, bem como em entrevistas com o autor da proposição legislativa e com outros partici-

pantes do processo, este estudo está organizado em cinco seções além desta introdução e das considerações finais. Na primeira delas, depois de se examinarem as particularidades dos NIS e dos contratos de impacto social (CIS), traça-se um breve histórico da sua implementação em alguns países. A seção seguinte aborda o contexto nacional relativamente à criação da Enimpecto, seus antecedentes e desdobramentos. A terceira expõe o enquadramento dos NIS no Brasil com o intuito de nele posicionar o advento do PLS nº 338/2018. A quarta seção apresenta o referencial teórico relativo à formação da agenda com base nas contribuições de John W. Kingdon, autor de estudos sobre os múltiplos fluxos, e nas de Frank R. Baumgartner e Bryan D. Jones, que desenvolveram conceitualmente o modelo do equilíbrio pontuado. Na quinta seção, em cotejo com essa literatura relativa à formação de agenda, analisa-se mais detidamente o processo de ingresso do tema na pauta de debates do Poder Legislativo. Encerram este trabalho algumas considerações que delineiam sugestões de pesquisas futuras.

2 Negócios e Contratos de Impacto Social

Os NIS (também denominados *negócios sociais*) caracterizam-se como propostas de organizações que mesclam diferentes lógicas institucionais e que até há poucos anos eram vistas como dissociadas – a da iniciativa privada (com fins lucrativos) e a do terceiro setor (sem fins lucrativos) (BATTILANA; LEE; WALKER; DORSEY, 2012). Além disso, ao combinarem diferentes identidades e formas organizacionais e ao amalgamarem múltiplas lógicas de níveis sociais, os NIS atuam de modo a complementar políticas públicas, por agregarem “às atividades da iniciativa privada soluções para os proble-

mas sociais e ambientais até então endereçados exclusivamente por iniciativas filantrópicas ou pelos órgãos do governo” (MACIEL, 2020, p. 4). A centralidade da missão social no modelo de negócio frequentemente leva a um perfil de prestação de serviços públicos, tornando comum a contratação ou o financiamento de negócios de impacto por meio de recursos governamentais (ROSOLEN; TISCOSKI; COMINI, 2014).

Desse modo, os NIS implicam o acesso a mecanismos inovadores de financiamento, em paralelo com a prestação de serviços públicos. O financiamento baseado em resultados é definido como qualquer programa em que o contratante estabelece incentivos, financeiros ou não, para que se entreguem produtos ou resultados predefinidos e recompensa seu alcance após a verificação (MUSGROVE, 2011). Sob o ponto de vista da gestão do orçamento pelo Poder Público, tem crescido o interesse na criação de mecanismos que privilegiem os pagamentos por desempenho (QUÉLIN; KIVLENIECE; LAZZARINI, 2017). Essa é a lógica dos CIS (FONSECA; VASCONCELLOS; ARAÚJO, 2018), tema que ganhou a atenção do Poder Legislativo, mais especificamente do Senado Federal, onde se originou o projeto de lei objeto deste estudo. Nos CIS, os financiadores de resultados comprometem-se a fazer pagamentos com base na obtenção de resultados predeterminados: assumindo o risco financeiro, os investidores de impacto fornecem financiamento antecipado aos prestadores de serviços, e os pagamentos aos investidores são definidos com base nos resultados alcançados pelos prestadores de serviços.

Por serem modelos novos, os NIS pressupõem a criação de mecanismos, inclusive no âmbito das políticas públicas, que lhes possibilitem o desenvolvimento e a operação, porquanto operam em ambientes legais e de financiamento originalmente estabelecidos para lógicas apartadas – a de mercado e a social (BATTILANA;

LEE; WALKER; DORSEY, 2012). Ademais, o envolvimento de organizações híbridas na esfera pública tem sido considerado importante fonte de inovação para os serviços públicos (VICKERS; LYON; SEPULVEDA; MCMULLIN, 2017), pois a interação criativa de lógicas distintas, ainda que possa criar tensões, também contribui para a construção de formas alternativas que mobilizem recursos para fins sociais.

Define-se um CIS¹ como uma avença com o setor público ou autoridade governamental a fim de alcançar melhores resultados sociais em determinadas áreas e entregar aos respectivos investidores parte das economias obtidas (HARRIS, 2019). Gustafsson-Wright, Gardiner e Putcha (2015) descrevem os CIS como mecanismos que utilizam o capital privado para serviços sociais e incentivam a realização de resultados, tornando o reembolso dependente do sucesso. Os CIS configuram-se, pois, como um mecanismo de financiamento inovador no qual os governos e outras entidades responsáveis acordam com investidores e prestadores de serviços sociais (tais como empresas sociais ou organizações sem fins lucrativos) um pagamento pela entrega de resultados sociais predefinidos.

Para o Estado, esse instrumento tem vantagens específicas tanto por estimular a experimentação de soluções potencialmente mais eficientes na resolução de problemas sociais (ficando para o investidor social o risco dessa experimentação), quanto por promover uma cultura de inovação no âmbito da Administração Pública e ensaiar uma nova lógica de investimento público baseada no pagamento em função de resultados mensuráveis, e não no financiamento da capacidade instalada (HARRIS, 2019). Desse modo, a utilização de um CIS reduz a quantidade de investimento necessá-

rio para o governo implementar políticas públicas e oferecer serviços à comunidade.

O primeiro projeto-piloto, o programa denominado *Peterborough Social Impact Bond*, foi lançado no Reino Unido em 2010 como um empreendimento cooperativo entre o Ministério da Justiça daquele país e uma organização de investimentos de impacto, a Social Finance². Desde o lançamento, tinha o objetivo de, num prazo de 12 meses, reduzir em 7,5% a reincidência criminal de libertos do sistema penitenciário de Peterborough. O programa ajudou-os a encontrar empregos e residências permanentes, além de lhes ter oferecido serviços de apoio familiar, aconselhamento psicológico e terapias de abandono de álcool e outras drogas (principais causas da detenção). As partes acordaram que, se a meta estabelecida fosse atingida, o governo reembolsaria aos investidores o montante do investimento inicial, acrescido de uma percentagem de juros anuais. Os resultados foram positivos: o empreendimento reduziu em 9% a reincidência de infratores com sentença curta, superando a meta de 7,5% estabelecida pelo contrato com o Ministério da Justiça. Como resultado, os investidores receberam em pagamento único o valor do capital acrescido de cerca de 3% ao ano para o período de investimento (HARRIS, 2019).

Na América Latina, também se realizaram experiências com CIS em quatro países: Colômbia, Peru, Chile e Argentina. No Peru, implantou-se o primeiro projeto em janeiro de 2015; com ações voltadas para os indígenas *Asháninka*, seu objetivo era incrementar a qualidade do cultivo do café e do cacau a fim de aumentar a inserção do produto no mercado internacional, promover um aumento de vendas e, consequentemente,

¹ A denominação *Contrato de Impacto Social* (CIS) é oriunda do inglês *Social Impact Bond* (SIB). Outra tradução possível é *Título de Impacto Social*.

² A área de Finanças Sociais do programa arrecadou de 17 investidores cinco milhões de libras esterlinas para financiar um consórcio de várias organizações que durante seis anos trabalharam com três mil libertos da penitenciária de Peterborough, cidade do condado de Cambridgeshire situada a 121 quilômetros ao norte de Londres.

melhorar a qualidade da saúde, da educação e da infraestrutura na localidade onde vivem. No Chile, há uma iniciativa destinada a mulheres de baixa renda, desempregadas e reincidentes em questões de negligência infantil. Por sua vez, em março de 2017 a Colômbia abriu títulos com o objetivo de empregar 514 pessoas pobres e desabrigoadas em Bogotá. E na Argentina foi lançado um projeto em março de 2019, com duração prevista de 24 meses e um duplo objetivo: testar a eficiência do instrumento e, a longo prazo, impulsionar a empregabilidade de desfavorecidos entre 17 e 24 anos em cinco bairros do sul de Buenos Aires (IMPACT..., [2019?])³.

Segundo dados da Sitawi Finanças do Bem⁴ (CERQUEIRA; LETELIER, [202-]), com base nos CIS já foram lançados na América Latina 138 projetos que juntos mobilizaram mais de 441 milhões de dólares e geraram benefícios para um milhão de indivíduos; e outros 69 projetos estão em desenvolvimento, sobretudo nas áreas de trabalho e emprego, habitação, saúde e bem-estar infantil e familiar.

3 Contexto brasileiro: o movimento dos NIS e a Enimpecto

Por meio do Decreto nº 9.244, de 19/12/2017, o Governo Federal criou oficialmente uma es-

³ Segundo recente estudo (AGUSTI STRID; RONICLE, 2021) do Laboratório de Inovação Financeira do Banco Interamericano de Desenvolvimento – o BID Lab –, alguns países como a Colômbia avançaram de forma mais consistente. No entanto, para que o modelo amadureça e se dissemine, é crucial o apoio contínuo à construção de mercado e ao desenvolvimento de capacidades junto a governos e atores interessados. Com base em distintas experiências dos países, a publicação identificou algumas dimensões relevantes que podem contribuir para o êxito da implementação desses mecanismos: a demanda dos governos, o marco regulatório de apoio, o contexto econômico e político favorável, a disponibilidade de dados e a capacidade do mercado.

⁴ O vocábulo *sitawi* significa “desenvolver” e “florescer” em suaíli (ou *swahili*), idioma usado predominantemente na África Oriental.

tratégia nacional para estimular o campo de investimentos e negócios de impacto social – a Enimpecto. Seu advento e sua implementação resultaram da articulação e do envolvimento de diferentes atores do Poder Público, da iniciativa privada e do terceiro setor engajados em movimentos que, no Brasil e no mundo, têm proposto novos modelos de soluções de mercado com o objetivo declarado de resolver problemas sociais ou de ao menos contribuir para sua atenuação (BARKI; RODRIGUES; COMINI, 2020; MCMULLEN, 2018).

Assim, em 2017 o Brasil tornou-se um dos países pioneiros na estratégia de estímulo aos NIS, em cujo escopo se inclui o PLS nº 338/2018. A Enimpecto resultou da articulação da Aliança – à época chamada Força Tarefa de Finanças Sociais (FTFS) –⁵ com o então Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC)⁶ e um grupo de trabalho com outros atores da gestão pública federal. Por iniciativa do ICE⁷, uma articulação de 20 organizações voltada à mobilização de capital para NIS criou em maio de 2014 a Aliança⁸, com o propósito de construir, fomentar

⁵ As denominações *Força Tarefa de Finanças Sociais* e *Aliança pelos Investimentos e Negócios de Impacto* podem ser tomadas como sinônimas.

⁶ O MDIC foi extinto em 1^o/1/2019 e transformado na Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais (Secint), subordinada ao Ministério da Economia.

⁷ O ICE é uma organização social sem fins lucrativos criada em 1999 por empresários brasileiros com os objetivos de fortalecer o investimento social corporativo, buscar soluções inovadoras para os problemas sociais do País e promover a articulação entre empresários, governo e sociedade civil (QUEM..., [201-]).

⁸ A Aliança foi oficialmente lançada durante o primeiro Fórum Brasileiro de Finanças Sociais e Negócios de Impacto, evento realizado pelo ICE em parceria com a Vox Capital (investimento de impacto) e a Artemisia (aceleradora de negócios de impacto), que contou com 400 participantes. A Aliança – formada por representantes da oferta e da demanda de capital, facilitadores e governo – foi criada com foco no estudo das Finanças Sociais em nível internacional e na análise e proposição de temas que representem obstáculos ou oportunidades para a evolução do campo no País. A Diretoria Executiva, composta pelo ICE e pela Sitawi Finanças do Bem, tinha a consultoria Deloitte como parceira e o apoio técnico da Fundação Getúlio Vargas

e monitorar uma visão de futuro e recomendações comuns e de impulsionar esse campo de forma legítima, descentralizada e inovadora. Sua criação foi inspirada em experiências internacionais bem-sucedidas – como aquela do Reino Unido, a qual se tornou uma das principais referências nesse âmbito, com avanços

na criação de regulamentações, novas organizações intermediárias e novos negócios de impacto, no fortalecimento do ecossistema de Investimento de Impacto, e principalmente, na [...] captação de recursos privados para gerar impacto social combinado com retorno financeiro (HISTÓRICO, c2018)⁹.

O ano de 2015 representou um marco no delineamento da agenda de NIS. Nele foram lançados documentos que se tornaram referência: a Carta de Princípios – primeiro esforço de conceituação do que são NIS no Brasil e construída com base no olhar das organizações e profissionais no campo – e as 15 Recomendações para o fortalecimento dessa esfera de negócios no Brasil (FORÇA TAREFA DE FINANÇAS SOCIAIS, 2015). Notadamente, a Recomendação nº 13 tratava da integração do Governo Federal na agenda de Finanças Sociais¹⁰.

(FGV-SP). Desde o início já incluía o Poder Público, com estudo sobre a atuação de bancos de desenvolvimento em diferentes países; em reunião posterior, passou a contar também com o Banco Nacional para o Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

⁹ Países como Canadá, Austrália, Estados Unidos e Índia lançaram iniciativas semelhantes. A cena global ganhou força em 2015 com a constituição do Global Steering Group for Impact Investment (GSG), reunindo representantes de 15 países na época e 33 países em 2021. O ICE representa o Brasil no GSG.

¹⁰ Com base em documento da Força Tarefa de Finanças Sociais (2015, p. 32), pode-se sucintamente afirmar que a FTFS recomenda ao Governo a incorporação do tema *finanças sociais* na condução de políticas públicas, atuando com visão estratégica para impulsionar o campo, por meio da viabilização de mecanismos financeiros de impacto e o fortalecimento de organizações intermediárias. Também sugere que até 2016 o Governo Federal identifique uma secretaria vinculada a um destes ministérios – Fazenda, Planejamento ou Casa Civil – para ser responsável por atuar

Nos anos seguintes, os trabalhos e as articulações continuaram a ampliar a participação e o engajamento de atores nesse campo. Em 2016 a Aliança passou a contar com uma instância deliberativa formada por especialistas na área; e o Grupo de Apoio Contínuo, instância de consulta e decisão sobre os conteúdos produzidos, passou a congrega mais de 80 organizações de diferentes perfis, como academias, aceleradoras, organizações de avaliação, governo e grandes empresas (INSTITUTO DE CIDADANIA EMPRESARIAL, 2016). No mesmo ano, em parceria com a Aoka Labs, a Aliança realizou um Laboratório de Inovação reunindo lideranças de organizações de diferentes setores para identificar oportunidades no campo e cocriar protótipos de ação colaborativa para a implementação das Recomendações. Um dos protótipos foi a ampliação do InovAtiva Brasil, programa do MDIC que desde 2013 acelerava negócios inovadores para apoiar também *startups* de NIS¹¹.

Em agosto de 2016, durante o Fórum de Finanças Sociais e Negócios de Impacto (que naquela segunda edição reuniu 700 participantes), por meio do MDIC foi assinado com o Governo Federal o Acordo de Cooperação Técnica com o

como ponto focal no acompanhamento e articulação da agenda de Finanças Sociais, tanto para o contexto nacional quanto para o global.

¹¹ Em texto assinado pelo então representante do MDIC na Aliança, Marcos Vinícius Souza, a argumentação relativa a um dos problemas da integração da agenda de NIS pelo governo concentrava-se nos desafios da imagem e da prestação de serviços públicos, marcados por uma percepção de “burocracia, corrupção, ineficiência no atendimento ao cidadão, além de técnicas ultrapassadas de gestão e prestação de serviços” (FORÇA TAREFA DE FINANÇAS SOCIAIS, 2016, p. 41). E mais adiante: “Os Negócios de Impacto surgem como uma grande oportunidade para o próprio governo repensar sua atuação, já que abre uma nova possibilidade de contratação e parceria. O grande diferencial desses negócios é que reúnem o melhor das opções existentes hoje na esfera pública: atendem uma demanda social e ambiental típicas de governo, possuem a lógica empresarial sem buscar lucratividade máxima a qualquer custo e, finalmente, teriam a capilaridade de ONGs, mas com capacidade financeira e de gestão para expandir as operações em larga escala” (FORÇA TAREFA DE FINANÇAS SOCIAIS, 2016, p. 41).

objetivo de pactuar o desenvolvimento conjunto de ações para promover as Finanças Sociais no Brasil, a ampliação dos NIS e o fortalecimento do ecossistema. O acordo representava a formalização de uma interface com o Governo Federal para o avanço no campo dos NIS (INSTITUTO DE CIDADANIA EMPRESARIAL, 2016), criando as bases para que ao longo de 2017 o MDIC e a Aliança liderassem um grupo de trabalho interministerial responsável por elaborar as diretrizes que mediante o Decreto nº 9.244/2017 lançariam oficialmente a Enimpecto.

Ao longo de 2018, o Comitê da Enimpecto¹² reuniu-se bimestralmente e estruturou-se em quatro grupos de trabalho que mobilizaram outras 30 organizações para apoiar a implementação de 19 ações prioritárias num universo de 69 ações elaboradas com base na Consulta Pública empreendida em novembro de 2017 (COMITÊ DE INVESTIMENTOS E NEGÓCIOS DE IMPACTO, 2018)¹³. Entre as ações do Comitê está a ativa contribuição para a redação do PLS nº 338/2018¹⁴.

Contudo, embora tenha sido constituído para perdurar até 20/12/2027, o Comitê da Enimpecto foi extinto pelo Ato Normativo nº 9.759/2019 – que ficou conhecido como “revogação” –, expedido pelo presidente Jair Bolsonaro nos primeiros cem dias de seu mandato. O ato extinguiu em 28/6/2019 todos os conselhos e colegiados subordinados à Administração

¹² O Comitê da Enimpecto era composto por 26 instituições públicas e privadas, incluindo sete ministérios, três bancos públicos, outras seis organizações públicas e dez organizações da sociedade civil. Em 2018 seus membros eram: Casa Civil; ministérios do Planejamento, da Fazenda, do Desenvolvimento Social, das Relações Exteriores, da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, e da Indústria, Comércio Exterior e Serviços; Banco do Brasil; BNDES; Caixa Econômica Federal; Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae); Financiadora de Estudos e Projetos (Finep); Comissão de Valores Mobiliários (CVM); Apex Brasil; Escola Nacional de Administração Pública (Enap); Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq); Associação Brasileira de Private Equity e Venture Capital (ABVCAP); Anjos do Brasil; Associação Nacional de Entidades Promotoras de Empreendimentos Inovadores (Anprotec); Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID); Confederação Nacional da Indústria (CNI); Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (Gife); ICE; Pipe Social; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD); e Sistema B.

¹³ Em 2018 o aumento do interesse pelo tema é evidenciado pelo significativo crescimento do Fórum de Finanças Sociais e Negócios de Impacto, com mais de 1.050 participantes presenciais, além de outros 2.300 que acompanharam on-line as sessões com 170 palestrantes brasileiros e seis internacionais (INSTITUTO DE CIDADANIA EMPRESARIAL, 2018). Ao lado do Reino Unido, o Brasil foi escolhido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) como modelo para outros países que desejam fomentar o campo de investimentos e negócios de impacto (COMITÊ DE INVESTIMENTOS E NEGÓCIOS DE IMPACTO, 2018). A Enimpecto também recebeu destaque no artigo “Behind the scenes of impact investment policy-making” (“Nos bastidores da política de investimento de impacto”) – documento assinado conjuntamente pelo Fórum Econômico Mundial e pelo governo britânico.

¹⁴ “A atuação do Comitê de Investimentos e Negócios de Impacto gerou maior integração entre as diversas organizações públicas e privadas que dele participam e tem produzido maior complexidade econômica, seja por meio da proposição de normas em articulação com o Legislativo, seja por meio da criação de programas de aceleração de startups de impacto, seja por meio da estruturação de fundo de investimento para negócios de impacto” (MACIEL, 2020, p. 10).

Pública federal direta, autárquica e fundacional e com participação da sociedade civil (MELO, 2019). Com efeito, o Comitê rapidamente protocolou um pedido de avaliação para sua permanência na Secint (ver nota 6), assim como pedidos de outras instâncias. O Decreto nº 9.977, de 19/8/2019 (BRASIL, 2019a), recriou o Comitê da Enimpecto, com a inclusão de dois novos integrantes: a Diretoria-Geral do Senado Federal e a Diretoria-Geral da Câmara dos Deputados. Para muitos, isso conferia mais estabilidade institucional à Enimpecto, “ao conectá-la diretamente com as instituições formadas pelos representantes do povo e dos estados, ampliando sua capacidade de influência e de interação com importantes iniciativas e projetos no parlamento” (COMITÊ DE INVESTIMENTOS E NEGÓCIOS DE IMPACTO, 2019, p. 7). Após sua reconstituição, o Comitê realizou em 2/10/2019 uma primeira reunião para discutir a continuidade do plano iniciado no ano anterior.

4 O Projeto de Lei de Contratos de Impacto Social

Concebido pelo senador Tasso Jereissati, o PLS nº 338/2018 (BRASIL, 2018b) encontra-se em tramitação no Senado Federal, onde recebeu parecer favorável da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), sob a relatoria da senadora Lúcia Vânia; e em abril de 2021 estava sob análise terminativa da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), tendo como relator o senador Antonio Anastasia, que já tornara disponível seu relatório ao colegiado. Todavia, aprovou-se pedido de audiência pública, de autoria dos senadores Humberto Costa e Rogério Carvalho, o que sobrestou o curso da matéria até que se realize a sessão de discussão requisitada (BRASIL, 2019b). Além disso, em razão da pandemia do novo coronavírus, o Senado Federal entrou em regime especial de deliberação em março de 2020, e seu funcionamento ficou restrito às comissões temáticas¹⁵.

¹⁵ Quanto ao perfil dos parlamentares que desde o início se destacaram na tramitação do PLS nº 338/2018, registre-se que se alinham com a escola liberal do pensamento econômico. O autor do projeto, senador Tasso Jereissati, é membro do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB-CE). Da mesma agremiação fez parte até o início de 2020 o senador Antonio Anastasia, que hoje representa o estado de Minas Gerais pelo Partido Social Democrático (PSD-MG). A ex-senadora Lúcia Vânia também era filiada ao PSDB até fevereiro de 2015; depois de breve passagem pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB-GO) quando da relatoria do projeto na CAE, desde 2019 pertence aos quadros do partido Cidadania (Cidadania-GO). Ambos os senadores que solicitaram audiência pública são filiados ao Partido dos Trabalhadores: Humberto Costa (PT-PE) e Rogério Carvalho (PT-SE). Observe-se que o autor da matéria representa o estado do Ceará, uma das primeiras unidades da Federação a tentar implantar o modelo de CIS; porém, dada a ausência de um marco regulatório específico, o programa não foi exitoso, o que provavelmente contribuiu para o interesse do parlamentar em utilizar suas atribuições constitucionais com o fim de auxiliar na facilitação da utilização do instrumento.

Atinente à área de Direito Administrativo, a matéria foi classificada como complementar aos normativos de licitação e contratos. Nesse sentido, o texto do PLS nº 338/2018 define CIS como um

acordo de vontades por meio do qual uma entidade pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, se compromete a atingir determinadas metas de interesse social, mediante o pagamento de contraprestação do poder público, condicionada à verificação, por agente independente, do atingimento dos objetivos (BRASIL, 2018b, p. 1).

O texto inicial foi apresentado em 11/7/2018, data em que também foi distribuído para a CAE, no âmbito da qual imediatamente se abriu prazo para o recebimento de emendas¹⁶. A justificação do projeto informa que a iniciativa é inspirada nos *Social Impact Bonds*, que permitem o compartilhamento da implementação das políticas públicas por setores diversos da economia, alinhando-se ao conceito de capitalismo social, e sugerem sua utilização especialmente em projetos de gestão educacional. Segundo o autor do projeto, entre os principais impeditivos para o sucesso do mecanismo no Brasil estão,

[e]m primeiro lugar, a falta de um arcabouço legislativo que lhe dê segurança e estabilidade; em segundo plano, a falta de uma clara matriz de riscos inclusive para o investidor, que pode evitar realizar o investimento, quando da captação de recursos pela entidade contratada, por temer ser responsabilizado em esferas trabalhistas e tributárias (BRASIL, 2018b, p. 5).

Esses motivos explicariam o engajamento da iniciativa privada, preferencialmente por meio da filantropia, que, se por um lado não gera retorno financeiro direto nem permite reinvestimento do capital, por outro não cria a responsabilização do doador¹⁷. De acordo com o

¹⁶ Em sua versão original, a proposta compõe-se de quatro capítulos. O Capítulo I trata das disposições gerais e informa sobre o assunto do texto e a definição geral dos CIS. O Capítulo II refere-se à seleção do contratado e informa que a regra geral é a licitação pública nas modalidades pregão ou concorrência para a seleção de entidade pública ou privada; quando o caráter singular do objeto não permite a licitação, é possível efetivar a contratação por meio de edital de chamada pública. O Capítulo III apresenta especificações sobre o contrato e a matriz de riscos e responsabilidades, entre as quais se destacam: a vedação ao demandante de assumir, a qualquer título, obrigação financeira pelos riscos de não atingimento das metas; a duração máxima da ação; a inserção da obrigação financeira nas leis orçamentárias; a descrição do instrumento de formalização dos CIS; a garantia de liberdade de atuação para a entidade contratada, que inclui contratações, subcontratações e recebimento de investimento de parceiros de risco (os quais não poderão ser responsabilizados por obrigações cíveis, comerciais, trabalhistas, previdenciárias ou tributárias da entidade contratada); e as condições para a contratação de avaliador externo. Por fim, o Capítulo IV elenca as normas que se aplicam subsidiariamente aos CIS (BRASIL, 2018b).

¹⁷ Sobre o tema, Monteiro e Rosillo (2017, p. 1.173-1.174) explicam que “[o] CIS quer ampliar as possibilidades de engajamento da iniciativa privada em projetos sociais para além dos limites da benemerência. É atrair capital privado que busca retorno financeiro via

autor do PLS nº 338/2018, a formalização de um instrumento de NIS que estimule a parceria público-privada pode retirar os entraves que têm não só trazido questionamentos legais como também impedido que o Brasil se insira no rol das nações que já utilizam os CIS, além de permitir a implementação do art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2021]). Essa opção de apresentar lei autônoma para sua instituição justificar-se-ia por suas peculiaridades, as quais não permitem que os CIS se amoldem com precisão a nenhuma das formas previstas na atual legislação (BRASIL, 2018b).

Em 11/12/2019, o relatório apresentado pela senadora Lúcia Vânia foi aprovado na CAE, colegiado então presidido pelo autor da iniciativa. Destaque-se que não foram apresentadas emendas ao texto inicial e que o relatório se concentrou nas questões de mérito e impacto financeiro, uma vez que a proposta seria analisada também pela CCJ, à qual cabe verificar aspectos relativos a juridicidade, regimentalidade e técnica legislativa. Em seu voto, a relatora destacou o caráter inovador da proposta tanto por inserir uma nova modalidade de licitação no arcabouço legal quanto por não estipular valores mínimo ou máximo para os CIS. Ela considerou meritória a matéria e ressaltou que não há impacto financeiro a ser destacado, pois apenas disciplina uma nova modalidade de contratação¹⁸. Após essas observações iniciais, o relatório apresentou uma emenda substitutiva em consonância com a Enimpendo:

a) Inserção do novo art. 4º, com os elementos que devem integrar o edital de licitação: “descrição da população ou localidade [...] objeto do ajuste; análise das possibilidades de geração de impacto sobre os indicadores sociais ou ambientais”; “previsão dos recursos públicos economizados ou da eficiência gerada”; e “metodologia adotada para a definição do preço de referência da contratação”. Também se destaca

projeto público com potencial para gerar impacto social efetivo. Investimentos dessa natureza não se confundem com filantropia. Não envolvem doação pura e simples, mas a criação de estímulos econômicos para o mercado investir em atividades socialmente relevantes por sua conta e risco (por exemplo, educação e segurança pública). Investimentos de impacto social pressupõem a possibilidade de remuneração de capital privado alocado em projetos sociais, gerando, a um só tempo, valor social (a ser auferido pela coletividade como um todo) e valor pecuniário (a ser auferido pelo investidor privado). A premissa desse tipo de contrato é a de que as intervenções possam simultaneamente gerar: (1) impacto social positivo (isto é, aprimoramento de atividades e serviços sociais já prestados pelo Estado); (2) retorno financeiro ao investidor privado (que auferirá lucro apenas na hipótese de sucesso de intervenções sociais, o que justifica que o contrato autorize o investidor a ter governança sobre o contrato); (3) economia ao Poder Público (que poderá ter custos reduzidos em caso de sucesso de intervenções sociais)”.

¹⁸ Salientou também que o tema é de interesse do Poder Executivo federal, já que os CIS estão previstos no “Eixo I – Ampliação da Oferta de Capital, Macro Objetivo 3 – Estimular a Compra/Contratação de Negócios de Impacto pelo Estado e Ação 4 – Incentivar, Conectar e Apoiar a Estruturação de Contratos de Impacto Social (*Social Impact Bonds* – SIBs)” (BRASIL, 2018a, p. 5-6).

a necessidade de estudo técnico preliminar e simplificação do grau de detalhamento da proposta orçamentária (BRASIL, 2018a, p. 7).

b) Incorporação do novo art. 8º, que discrimina as cláusulas que devem constar dos CIS¹⁹.

c) Ainda no âmbito do art. 8º, autoriza-se “a entidade contratada a se valer do mercado de capitais para obter financiamento por meio da cessão dos eventuais direitos creditórios e recebíveis oriundos da contratação com o Estado por meio dos CIS”. Prevê-se “que a CVM possua competência para regular, infralegalmente, novas disposições atinentes à tipologia desses títulos ou valores, assim como suas formas de incentivo e distribuição” (BRASIL, 2018a, p. 8)²⁰.

d) Inserção do novo art. 9º, o qual estipula que

a parcela equivalente à redução ou baixa do valor do montante dos recursos do CIS em caso de não atingimento das metas não será computada na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e do Programa de Integração Social (PIS) (BRASIL, 2018a, p. 8-9).

e) O novo art. 10 determina

a incidência do imposto de renda à alíquota zero aos rendimentos auferidos pelos investidores por meio dos valores mobiliários relacionados ao CIS. [...] os rendimentos tributados exclusivamente na fonte poderão ser excluídos, quando for o caso, da apuração do lucro real, enquanto eventuais perdas não serão dedutíveis. Por fim, serão igualmente considerados rendimentos quaisquer valores que constituam remuneração do capital aplicado, inclusive ganho de capital auferido na alienação (BRASIL, 2018a, p. 9).

Além das questões de mérito, foram propostos ajustes redacionais²¹. Ajustou-se também a previsão de processo para eventual impugnação,

¹⁹ Também se passou “a reconhecer a possibilidade de o contrato prever a constituição de Sociedade de Propósito Específico (SPE) [...]. Tal dispositivo também permite ao poder público autorizar a substituição da contratada ou a assunção do controle da SPE em favor de seus financiadores. Como consequência, adequou-se o comando [...] que isentava os financiadores de qualquer responsabilidade quanto às obrigações tributárias e trabalhistas, entre outras, apenas para deixar claro que tal isenção se refere ao período anterior à eventual substituição da contratada ou transferência do controle da SPE” (BRASIL, 2018a, p. 7-8).

²⁰ Esse artigo também apresenta inovação ao determinar “(i) que o CIS permita rescisões não apenas na hipótese de ‘falta contratual’, como o não atingimento de metas parciais, ainda que a contratada se mostre diligente, e (ii) que o CIS possa prever sanções que não importem rescisão, como quando a contratada atinge as metas fixadas, mas descumpra alguma vedação legal ou contratual (ou seja, a obrigação de não fazer)” (BRASIL, 2018a, p. 8).

²¹ Frisou-se no art. 2º que o texto trata somente de contratos, com remuneração e previsão de margem de lucro, excluindo-se os convênios. De modo similar, como a expressão *metas de interesse social* é bastante imprecisa, propôs-se a sua substituição por *impactar*

o que é especialmente relevante, já que se vale de uma lei autônoma e disciplinada para a elaboração e a remuneração dos estudos de viabilidade.

O art. 5º original vedava a assunção, pelo poder público, de obrigação financeira pelo risco de não atingimento das metas. Tal redação poderia dificultar a remuneração do custo de financiamento, o qual naturalmente contempla o risco de crédito ou de inadimplimento. Assim, o novo art. 6º adota outra redação, mas deixa claro que o pagamento da contraprestação do poder público será integralmente vinculado ao atingimento das metas do CIS (BRASIL, 2018a, p. 11).

Por fim, foi inserida a possibilidade de recompensa para a entidade contratada em caso de atingimento ou superação das metas pactuadas.

As modificações efetivadas pela senadora Lúcia Vânia em grande medida resultam de diálogo com a Enimpecto²². O Comitê propôs a inclusão de aspectos referentes às questões de garantias, de ordem prática e de tributos (não geração de impostos adicionais no caso de não pagamentos pelo Estado). Boa parte das sugestões funda-se na experiência concreta de organizações da sociedade civil que compõem o

positivamente indicador social ou ambiental, redação que deixa claro que os CIS atuarão sobre um problema conhecido e mensurável, conforme o indicador escolhido. Em relação ao art. 3º, salientou-se a conveniência de as licitações serem julgadas com base no maior impacto social ou ambiental ofertado, dado um preço fixado no edital – daí o ajuste necessário. Um dos pressupostos dos CIS é a existência de problema social ou ambiental sobre o qual o Poder Público tem dificuldade de atuar e cuja superação requer uma abordagem inovadora. Nesse sentido, ao tratar da habilitação técnica, o art. 3º, II, veda exigências de aptidão em técnicas específicas ou de instalações, equipamentos ou qualificações profissionais, mas exige experiência prévia na área-objeto, à luz dos riscos presentes em esferas sensíveis como a saúde (BRASIL, 2018a, p. 10).

²² Isso pode ser comprovado no Ofício nº 8/2018 COEIN/DINPI/SIN, assinado pelo diretor Alessandro França Dantas, coordenador de empreendedorismo inovador do então DMIC.

Comitê e que tentaram implantar os CIS em São Paulo e no Ceará com base nas regras vigentes, em especial na Lei nº 8.666/1993.

A primeira iniciativa foi a do Governo do estado de São Paulo, cuja Secretaria da Educação lançou edital de contratação de serviços de gerenciamento e execução de ações pedagógicas voltadas para o aumento da aprovação dos alunos e para a diminuição da evasão escolar na rede estadual de ensino médio, mas sem prejuízo à aprendizagem; o objeto da licitação seria executado e concluído em 54 meses, abrangendo 61 unidades escolares. Por sua vez, o Governo do estado do Ceará assinou contrato com o BID, que pretendia destinar 123 milhões de dólares para financiar a segunda fase do Programa de Expansão e Melhoria da Assistência Especializada à Saúde – o Proexmaes II; o objetivo do programa era contribuir para a melhoria da saúde da população do estado por meio do incremento do acesso e da qualidade dos serviços e por meio da melhoria do desempenho do Sistema Único de Saúde, com foco nas Redes de Atenção à Saúde (MIRANDA, 2019).

Na primeira quinzena de dezembro de 2018 a proposição foi enviada para análise da CCJ. Seu relator, o senador Antonio Anastasia, apresentou em 30/10/2019 relatório em cuja introdução reforçou a experiência internacional do instrumento proposto, ressaltando “as diversas manifestações elogiosas à figura do CIS, tendo sido até mesmo constituída uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) com a finalidade específica de captar investimentos para esse campo”²³. No entanto, reconheceu a existência de um vazio normativo que poderia causar insegurança na utilização dos CIS. Se, por um lado, alguns entendem já existir arcabouço legal para a ce-

²³ Ver Letelier, Ribeiro e Pantojo (2016).

lebração de CIS, citando o exemplo do estado de São Paulo, outros argumentam que “não há certeza sobre a suficiência da legislação brasileira em vigor em relação à necessária segurança jurídica para que investidores, parceiros privados e parceiros públicos celebrem CIS” (BRASIL, 2019b, p. [4])²⁴.

O grande problema, ressaltou o relator,

é a falta de especificidade das previsões normativas, que podem gerar, inclusive, o engessamento da atuação do parceiro privado – quando o que se deseja é justamente deixá-lo livre para usar da criatividade e da inovação, para melhorar os indicadores sociais (BRASIL, 2019b, p. [5]).

De qualquer modo, ainda que a atual legislação seja suficiente, parece consensual o entendimento de que

a edição de legislação que institua um marco regulatório dos negócios de impacto, bem como preveja a formatação de garantias e a concessão de benefícios fiscais para seus investidores, aparenta ser um bom instrumento para disseminar a adoção de contratos de impacto social (FONSECA; VASCONCELLOS; ARAÚJO, 2018, p. 34).

Admitindo a proposta, o senador Antonio Anastasia opinou favoravelmente à consti-

²⁴“Há quem entenda serem suficientes os marcos normativos das parcerias – tais como as leis que tratam das OSCIPs, das Organizações Sociais (OSs) e das Organizações da Sociedade Civil (OSCs). O grande entrave, porém, à aplicação das leis sobre parcerias diz respeito à vedação à parceria com entidades com fins lucrativos (por exemplo, art. 2º da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014). Tal normatização, se não excluir completamente a celebração do CIS, certamente restringe de forma substancial sua aplicação. A utilização do mercado de capitais para financiar o CIS, por exemplo, poderia ser lida como uma fraude à vedação da finalidade lucrativa prevista em lei. Por outro lado, defende-se a aplicação das leis sobre contratos administrativos, especialmente por meio da Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) e da Lei de Parcerias Público-Privadas (PPPs, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004)” (BRASIL, 2019b, p. [4-5]).

tucionalidade, à regimentalidade e à técnica legislativa e acolheu o substitutivo aprovado na CAE com exceção dos arts. 9º e 10, por não observarem o estabelecido no art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB, o qual determina que “[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, 2019b, p. [9]).

5 Formação de agenda

Brasil e Jones (2020, p. 1.486) explicam que “os modelos de definição de agenda [...] propõem abordagens analíticas sobre os processos pré-decisórios para a análise e compreensão de aspectos mais amplos na construção de problemas e soluções em políticas públicas”. Por ser um processo em andamento, envolvendo diversos atores internos e externos à estrutura governamental, o caso torna-se uma rica oportunidade para analisar os aspectos pré-decisórios relativos à inclusão na agenda legislativa do PLS nº 338/2018, bem como compreender os aspectos visíveis e ocultos relativos à conquista de atenção parlamentar para o tema com base na análise da confluência entre os fluxos do problema, da política e da política pública. A identificação dos elementos teóricos de formação de agenda de políticas públicas aplicados a uma situação específica de caráter empírico contribui para um entendimento aprofundado dos processos decisórios no âmbito estatal (RIBEIRO, 2020).

Segundo Capella (2015), os estudos de formação de agenda (*agenda setting*) buscam entender como algumas ideias se tornam importantes num determinado momento, chegando à consideração efetiva dos formuladores de políticas. Dearing e Rogers (1996 apud CAPELLA;

BRASIL, 2018) realizaram um extenso trabalho de mapeamento dos estudos de *agenda setting* e identificaram a existência de três linhas de estudo fortemente desenvolvidas na área: (1) *media agenda setting* (agenda midiática); (2) *public agenda setting* (agenda pública); e (3) *policy agenda setting* (agenda das políticas públicas). O presente trabalho alinha-se com a terceira tradição, a qual se preocupa em estudar o processo de percepção e hierarquização de problemas que chamam a atenção dos formuladores de políticas e de grupos próximos a eles (CAPELLA; BRASIL, 2018, p. 124-125), em especial os processos pré-decisórios (RIBEIRO, 2020) e a forma como o tema ingressa na agenda legislativa.

As agendas institucional e governamental fazem parte dos processos pré-decisórios de seleção dos assuntos que concorrerão para atrair a atenção dos agentes políticos e governamentais. Dessa forma, interesses da esfera privada de grupos ou comunidades transformam-se em temas que chamam a atenção das esferas públicas estatais²⁵. Os estudos de formação de agenda também reconhecem maior complexidade e uma visão menos objetiva no processo pré-decisório da agenda pública, uma vez que entendem que elementos como instituições, atores, ideias, fatores socioeconômicos e políticos influenciam na tomada de decisão, adotando um pensamento pós-positivista de políticas públicas (FARAH, 2018). Entre eles, destacam-se a Teoria de Análise dos Múltiplos Fluxos

(KINGDON, 2006b) e o Modelo do Equilíbrio Pontuado (BAUMGARTNER; JONES, 1993).

5.1 A Teoria de Análise dos Múltiplos Fluxos de John Kingdon

Kingdon desenvolve seus estudos com o propósito de entender como algumas questões chegam à agenda governamental e por quais razões elas se sobrepõem a outras na atenção da esfera estatal. Para Kingdon (2006a), as ideias têm um papel que pode suplantar os elementos conhecidos no processo de relacionamento entre governo e sociedade, uma vez que elas auxiliam o “clima” ou “humor” em torno de uma questão em debate na dinâmica política.

Ao aprofundar suas pesquisas, Kingdon (2006b) identifica três fluxos que possibilitam o ingresso de uma questão na agenda de governo: (1) o fluxo dos problemas (a forma como um problema é percebido); (2) o fluxo das alternativas (o conjunto de alternativas disponíveis); e (3) o fluxo político (alterações na dinâmica política e da opinião pública). Em certo momento, esses três fluxos confluem e criam-se as condições para o ingresso de um assunto na agenda de decisões políticas. Como explicam Capella e Brasil (2018), Kingdon diferencia a agenda governamental e a agenda decisória argumentando que as mudanças nesta resultam da combinação dos três fluxos, ao passo que as mudanças naquela requerem apenas o fluxo dos problemas e o fluxo político. Uma política pública somente se inicia se a questão chega à agenda decisória, após ter passado pela agenda governamental.

O primeiro fluxo percebido por ele diz respeito às condições para que um assunto seja entendido como problema, o que fará com que seja reconhecido e facilitará sua entrada na agenda governamental. Isso ocorre quando valores sociais importantes são colocados em

²⁵ “O primeiro estágio é definido pela agenda sistêmica. Nela estão presentes todas as questões que recebem a atenção da sociedade e que são percebidas como sendo problemas ou assuntos que devem ser tratados pelo governo ou pelos tomadores de decisão. O segundo estágio é a agenda governamental, composta pela atenção dos próprios tomadores de decisão e governantes sobre os assuntos e temas que eles próprios consideram importantes. A formação da agenda ainda passa por uma nova atualização com os estudos de John Kingdon, em 1984, com a criação de uma nova dimensão chamada de agenda decisória” (BRASIL; JONES, 2020, p. 1.488).

xeque, por comparação com a realidade de outros países ou com outras unidades relevantes; ou também com a classificação de uma situação em determinada categoria em vez de outra, que pode defini-la como certo tipo de problema. Se é possível elevar uma questão à categoria de problema, também é factível fazer o inverso e torná-lo opaco do ponto de vista do interesse público. Segundo ele, “[a]s chances de uma dada proposta ou de um certo tema assumir lugar de destaque em uma agenda são decididamente maiores se elas estiverem associadas a um problema importante” (KINGDON, 2006b, p. 228).

No fluxo da política, Kingdon (2006b) frisa que, independentemente do reconhecimento de um problema ou do desenvolvimento de propostas de políticas, eventos políticos fluem consoante dinâmicas e regras próprias – participantes percebem mudanças na atmosfera política nacional, eleições trazem novos governos e configurações partidárias ou ideológicas ao Congresso, e grupos de interesse de vários tipos conseguem pressionar (ou não) o governo com suas demandas. Certos atores considerados “visíveis” são importantes no fluxo dos problemas e da política: são os representantes eleitos, os meios de comunicação e os partidos políticos, que contribuirão para definir o que estará na pauta de discussão tanto na agenda institucional como na agenda governamental. Dessa forma, as chances de um tema ganhar visibilidade aumentam quando levantado por participantes do grupo visível, mas também diminuem se menosprezado por eles (KINGDON, 2006b).

O fluxo das alternativas diz respeito ao processo de seleção das ideias mais adequadas para dar vazão aos problemas na estrutura política favorável. Com suporte num campo de muitas opções disponíveis, é feita uma seleção que pode tanto agrupar, organizar e integrar as possibilidades, formando novas propostas, quanto descartar as opções segundo padrões apontados

como aceitáveis. Os critérios nesse processo podem incluir viabilidade técnica, congruência com os valores dos membros da comunidade de especialistas da área e antecipação de possíveis limitações, incluindo restrições orçamentárias, aceitabilidade do público e receptividade dos políticos (KINGDON, 2006b, p. 232). Em contraposição ao papel dos “participantes visíveis”, ganham destaque no fluxo das alternativas os “participantes invisíveis”, caracterizados como um grupo técnico formado não só por especialistas e burocratas mas também por analistas que trabalham com os grupos de interesse dedicados ao tema. Esse grupo atestará as diversas viabilidades para a efetivação da ação pública estatal e a transformação dos assuntos em candidatos efetivos para políticas públicas.

Momentos específicos permitem a junção dos três fluxos direcionados para um mesmo tema, o que aumenta enormemente a possibilidade de ele ser pautado na agenda de decisões. Por conseguinte, para garantir que isso ocorra, passa a atuar um terceiro grupo – os *entrepreneurs* dispostos a investir recursos para promover políticas. Eles são motivados por combinações de diversos elementos: preocupação direta com certos problemas, busca de benefícios próprios, reconhecimento por suas realizações, promoções de seus valores, bem como o mero prazer de participar (KINGDON, 2006b, p. 238). Os *entrepreneurs* podem ser grupos de pressão que já atuaram em outros fluxos específicos e podem estar em consonância com participantes visíveis ou invisíveis. A figura do empreendedor de políticas públicas surge para alinhar os interesses, as informações e o relacionamento entre os agentes que participarão da efetivação do assunto debatido ou – como explicam Capella, Soares e Brasil (2014) – para conectar uma ideia do fluxo de soluções a uma questão do fluxo dos problemas de forma aceitável do ponto de vista do fluxo político.

5.2 O Modelo do Equilíbrio Pontuado de Baumgartner e Jones

O Modelo do Equilíbrio Pontuado é contemporâneo e complementar à Teoria dos Múltiplos Fluxos. Em suas análises, Baumgartner e Jones levam em consideração outros aspectos além dos racionais e técnicos e reconhecem o papel central das ideias na explicação sobre o ciclo de políticas públicas. Ambos partem do princípio de que há uma tendência à estabilidade e à melhoria incremental do sistema, ainda que em momentos específicos possam ocorrer movimentos de rápidas e profundas mudanças, explicados pelo conceito de imagem política – isto é, “o conjunto de entendimentos que os atores compartilham sobre uma questão, elemento considerado crucial na luta política” (CAPELLA; BRASIL, 2018, p. 132). As imagens de políticas são, portanto, as formas como uma política é compreendida e discutida (BAUMGARTNER; JONES, 1993), construídas com fundamento em informações, conceitos e apelos emocionais que facilitam o entendimento acerca da política e atraem grupos que compartilham a mesma imagem mental, dando sustentação a um “monopólio de políticas”. Por conseguinte, o processo inverso também ocorre quando grupos concorrentes reconhecem divergência no entendimento de uma política, concorrência em relação a seus conceitos e dissensos causados na situação que abalam a estabilidade política e acabam por provocar o colapso do que até então era monopólio.

Baumgartner e Jones (1993) lidam também com o conceito de subsistemas políticos, que possibilitam ao sistema político-decisório processar as questões de forma paralela. Os diversos temas que surgem na agenda são abordados em subsistemas “temáticos” nos quais se procura assegurar um entendimento comum sobre as questões e influenciar a macropolítica por meio

da estabilidade, restringindo o número de atores e de ideias ao processo decisório (CAPELLA; SOARES; BRASIL, 2014). No entanto, quando fatos imprevistos, pressão da mídia ou mudança dos agentes de decisão tornam impossível seguir isolando o subsistema de novos atores, a estabilidade é rompida e abre espaço para outras imagens e para a organização de um novo subsistema que, por sua vez, terá o monopólio da política durante algum tempo. Os períodos de estabilidade e mudança numa política pública podem ser compreendidos no plano das ideias, isto é, “na forma como uma questão é definida, considerando que esta definição se desenvolve dentro de um contexto institucional que pode favorecer determinadas visões políticas em detrimento de outras” (CAPELLA, 2015, p. 28).

6 Análise e discussão dos resultados

Nesta seção, serão aplicados ao PLS nº 338/2018 os principais conceitos da Teoria dos Múltiplos Fluxos e do Modelo do Equilíbrio Pontuado, com os dados que se puderam reunir até este momento de sua tramitação. Para isso, utilizou-se o texto inicial do PLS nº 338/2018, bem como os dois relatórios atinentes à matéria que são de conhecimento público: o da CAE e o da CCJ do Senado Federal. Também se fez um levantamento dos discursos sobre o tema proferidos no plenário da Casa e nas duas Comissões entre 1º/7/2018 e 20/3/2020, período que abrange a apresentação da proposta e a entrada em funcionamento do Sistema de Deliberação Remota (SDR), que interrompeu o funcionamento das comissões temáticas. Por fim, realizou-se uma busca na base de dados de veículos da mídia nacional no mesmo período. As categorias de análise utilizadas foram os fluxos apresentados por Kingdon (2006b):

fluxo dos problemas, fluxo da política e fluxo das alternativas, bem como uma análise dos atores visíveis e invisíveis que participaram do processo. Sob a óptica da teoria de Baumgartner e Jones (1993), destacaram-se os conceitos de imagem política e subsistema político.

O *fluxo dos problemas* permite que um assunto se torne suficientemente significativo para ser levado em consideração na agenda de decisão governamental. No caso dos CIS, as experiências internacionais de sucesso tiveram papel preponderante, visto que, como se mencionou, tal instrumento já está em funcionamento em 24 nações; em contraposição, algumas tentativas não obtiveram bons resultados dada a carência de um marco normativo próprio. Além disso, conforme a justificação do PLS nº 338/2018, o instrumento pode diminuir os riscos da prestação de serviços e transferi-los para o parceiro privado, em alinhamento com o problema de imagem e com a falta de confiabilidade do serviço público usado como elemento de interesse na agenda dos negócios de impacto. Nota-se também a narrativa de intenção de promover inovações no serviço público ao viabilizar a participação de outros atores, em especial os de mercado e de investimento privado. Dessa forma, a discussão a respeito do CIS insere-se no contexto de articulação para o fomento dos negócios de impacto como alternativa para apoiar a resolução de problemas sociais e, por consequência, como possibilidades de parceria com o Poder Público. Assim, a ferramenta de financiamento ganha destaque na agenda como um dos modos de fomentar esse tipo de negócio, com uma abordagem que valoriza parcerias com o mercado e a iniciativa privada na prestação do serviço público.

Por sua vez, o *fluxo da política* pode tanto acelerar quanto retroceder uma pauta, mesmo que ela seja reconhecida como um problema. Nesse caso, o início da tramitação do PLS

nº 338/2018 foi bastante acelerado, uma vez que a matéria foi lida em plenário e distribuída às comissões em 11/7/2018; e, exatamente cinco meses depois, já havia sido apreciada pela CAE – o que pode ser explicado, em parte, pelo fato de o presidente do colegiado ser também o autor da proposta. Também houve a aproximação entre a Enimpecto e o autor da matéria e sua assessoria, o que acabou por envolver o Poder Executivo na negociação do texto do relatório proveniente da CAE²⁶.

Por fim, no quadro traçado por Kingdon (2006b) figura o *fluxo das alternativas*, momento em que se consolidam as ideias formatadas numa proposta que inclua a viabilidade técnica, o apoio da comunidade de especialistas e a antecipação de possíveis entraves das diversas ordens. Na tramitação do PLS nº 338/2018, é possível destacar dois movimentos relevantes. Numa primeira análise técnica, pode-se comprovar a participação da Enimpecto, que agrega os principais segmentos e representantes dos interesses específicos sobre a temática. Propostas desse grupo de especialistas, constantes no Ofício nº 8/2018 (COEIN/DINPI/SIN), foram agregadas ao relatório por ocasião de sua apreciação pela Comissão de Assuntos Sociais. No relatório a ser analisado em futura votação terminativa na CCJ, há algumas observações,

²⁶ Como já se mencionou, o fomento das ações vinculadas aos negócios e investimentos de impacto tem recebido atenção não só na agenda institucional desde 2014 – graças à criação da Aliança e à articulação de diversos atores da iniciativa privada, sociedade civil e governo –, mas também na agenda governamental desde 2016, com a assinatura do acordo de cooperação entre a Aliança e o MDIC. Após a extinção desse ministério em 2019, a Enimpecto foi recriada com ampliação de assentos para viabilizar a participação do Poder Legislativo. Pode-se notar, pois, que a temática perpassa os mandatos de Dilma Rousseff, Michel Temer e Jair Bolsonaro. Ao criar em 2017 a Enimpecto e confirmá-la em 2019 como instância de diálogo interministerial com a participação de representantes das duas Casas do Congresso Nacional, o próprio Governo Federal demonstrou que era de interesse da agenda a promoção da temática alinhada com empreendedorismo, inovação e participação do mercado e organizações nos serviços sociais.

como a retirada dos arts. 9º e 10 para evitar os impactos relativos tanto à renúncia de receitas quanto à oposição de áreas do Governo da União responsáveis pela questão fiscal.

Os *participantes invisíveis* têm papel relevante para a viabilização das alternativas, incluindo acadêmicos, burocratas de carreira, funcionários do Congresso e analistas que trabalham para grupos de interesse. A atividade desses participantes consiste em planejar e avaliar, ou então em realizar formulações orçamentárias junto à burocracia e seus funcionários. Foi exatamente o que ocorreu quando especialistas da Enimpecto do grupo 4 (Promoção de um ambiente institucional e normativo favorável aos investimentos e aos negócios de impacto) participaram do desenho da norma no âmbito da CAE. Sob a coordenação dos representantes do Sistema B e também com a contribuição da Sitawi Finanças do Bem, o grupo de especialistas fez-se representar no trâmite legislativo. Quanto ao fomento do tema, ressalte-se o papel da Aliança, seja como membro da Enimpecto, seja como ator importante na articulação e crescimento.

As *imagens das políticas* são formadas pelo agregado de informações objetivas e por apelos emocionais. Uma das engrenagens que pode alavancá-lo é a mídia. Entre 1º/7/2018 e 20/3/2020, realizou-se um levantamento no banco de dados Senado na Mídia²⁷: foram localizadas 31 matérias, a maioria delas com viés bastante positivo, relacionando o tema à melhora do ambiente social e ambiental, à possibilidade de investimentos mais justos ou à melhor utilização de recursos financeiros privados em prol da construção de uma sociedade mais equânime.

²⁷ Mantido pela Biblioteca do Senado Federal, o banco de dados Senado na Mídia abrange 1.708 veículos de comunicação e monitora matérias de jornais diários, revistas semanais, blogues, emissoras de rádio e televisão relacionadas a termos afetos aos CIS (ver Apêndice).

Entre o final de outubro e início de novembro de 2019, houve uma concentração de matérias com o termo *Contrato de Impacto Social* em virtude do lançamento do projeto do Ministério da Economia que visava à reintrodução de jovens adultos no mercado de trabalho por meio de cursos de capacitação, com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)²⁸.

Por fim, em relação ao *subsistema das políticas*, a adoção dos CIS não chega a representar um rompimento com o que é concebido no Modelo do Equilíbrio Pontuado, uma vez que se caracteriza como um novo instrumento no subsistema de estímulo à participação de capital privado em iniciativas públicas. Desse subsistema fazem parte, por exemplo, as iniciativas de privatizações, as parcerias público-privadas, a recente lei dos fundos patrimoniais e os incentivos às organizações sociais como administradoras de serviços públicos. Desde a criação da Enimpecto em 2017 – e coincidindo com a tramitação do PLS nº 338/2018 –, foram aprovadas leis estaduais de criação de estratégias locais de investimentos e negócios de impacto em quatro unidades da Federação²⁹.

É possível constatar, em suma, que a temática dos investimentos e negócios de impacto progressivamente tem ganhado força e ocupado espaços nos governos com diferentes platafor-

²⁸ Quanto a esse tema, saliente-se que os CIS contêm valores caros a distintas agendas políticas nacionais: por um lado, a construção de instrumentos que facilitem a participação de recursos privados em investimentos públicos e a própria operacionalização por estes não estatais na implementação de políticas públicas alinha-se com o que é usualmente caracterizado como uma escola liberal sob o ponto de vista econômico; por outro lado, também granjeia a simpatia da esquerda e dos políticos mais progressistas ou desenvolvimentistas, uma vez que o instrumento tem atuação vocacionada para a busca de inovações em áreas sociais e valoriza a atuação integrada com organizações e movimentos da sociedade civil.

²⁹ No Rio Grande do Norte e no Rio de Janeiro as respectivas normas estão em vigor desde 2019; em Minas Gerais passariam a vigorar a partir de julho de 2020; e na Paraíba aguardavam a sanção do governador.

mas políticas, e que o envolvimento governamental, iniciado em 2016, conheceu uma breve interrupção em 2019 – quando a Enimpecto foi desarticulada –, mas depois fortaleceu o subsistema a que se vincula.

Quadro 1

PLS nº 338/2018 e as teorias dos Múltiplos Fluxos e do Equilíbrio Pontuado

| PLS nº 338/2018 | |
|-----------------------------|---|
| Teoria dos Múltiplos Fluxos | |
| Fluxo dos problemas | <ul style="list-style-type: none"> · Por comparação com outros países ou com outras unidades relevantes: 24 países, quatro dos quais na América Latina. · Transferência do risco do investimento de melhoria e resultados do serviço público para a iniciativa privada. · Mudança da imagem do serviço público, em busca de potenciais inovações. · A classificação de uma situação em dada categoria em vez de em outra pode defini-la como um certo tipo de problema – caso do insucesso na tentativa de implantação dos CIS nos estados de São Paulo e Ceará, o qual entre outros motivos é justificado pela falta de uma norma específica. · As agendas do Governo Federal não apenas definem os problemas mas também podem fazê-los desaparecer – caso da criação da Enimpecto em 2017 e de sua confirmação com colegiado ampliado em 2019. |
| Fluxo da política | <ul style="list-style-type: none"> · Desdobramentos na esfera política são poderosos formadores de agenda: <ol style="list-style-type: none"> a. O autor do PLS nº 338/2018 acumulava, na ocasião, a presidência da CAE, onde a matéria foi apreciada com celeridade. b. O autor do PLS nº 338/2018 é representante de um dos estados pioneiros na tentativa de utilização dos CIS. c. Os três senadores que participaram da tramitação e análise da matéria de forma destacada já se alinharam a uma mesma plataforma partidária. d. Pioneirismo brasileiro na criação da Enimpecto em 2017. e. Recriação da Enimpecto em 2019 com a inserção de representantes do Poder Legislativo. |
| Fluxo das alternativas | <ul style="list-style-type: none"> · Busca de critérios incluem viabilidade técnica, congruência com os valores dos membros da comunidade de especialistas na área e antecipação de possíveis limitações, incluindo restrições orçamentárias, aceitabilidade do público e receptividade dos políticos: <ol style="list-style-type: none"> a. Inserção no relatório da CAE das sugestões do grupo de especialistas da Enimpecto. b. Retirada – no relatório apresentado mas ainda não analisado na CCJ – dos artigos que propunham renúncia fiscal, evitando futura oposição das áreas que atuam na área fiscal no Governo Federal. |
| Atores visíveis | <ul style="list-style-type: none"> · São os que recebem considerável atenção da imprensa e do público e têm grande poder de definição da agenda: senadores Tasso Jereissati e Antonio Anastasia e ex-senadora Lúcia Vânia. |
| Atores invisíveis | <ul style="list-style-type: none"> · Alternativas, propostas e soluções são geradas por comunidades de especialistas. Esse grupo inclui acadêmicos, burocratas de carreira, funcionários do Congresso e analistas que trabalham para grupos de interesse: participação dos membros da Enimpecto, especialmente dos que fazem parte do grupo 4 (Promoção de um ambiente institucional e normativo favorável aos investimentos e aos negócios de impacto), coordenado pelos representantes do Sistema B. Neste caso específico, os membros da Sitawi Finanças do Bem também deram importante suporte. |

| Teoria do Equilíbrio Pontuado | |
|-------------------------------|--|
| Imagem política | <ul style="list-style-type: none"> · As <i>imagens das políticas</i> são formadas pelo agregado de informações objetivas e por apelos emocionais: 31 matérias sobre o tema dos CIS e termos semelhantes no período de 1º/7/2018 a 20/3/2020, com concentração de notícias no período de final de outubro e início de setembro de 2019, quando houve o lançamento dos CIS, que prevê a utilização de recursos do FAT para capacitação e reinserção de jovens adultos no mercado de trabalho. · Os CIS, por suas características, têm a capacidade de agregar valores e discursos de diferentes segmentos do espectro político-partidário. |
| Subsistema político | <ul style="list-style-type: none"> · Não há rompimento com o subsistema vigente; os CIS reforçarão a tendência de estímulo à utilização de recursos privados na consecução de objetivos públicos. · Criação de estratégias locais de investimentos e negócios de impacto em quatro unidades da Federação num período em que coincidem a criação da Enimpecto e a tramitação do PLS nº 338/2018. · Aumento da participação do tema dos negócios e investimentos de impacto na agenda nacional nos últimos anos. Desde 2016 o tema ganha espaço na agenda governamental: primeiro, com a assinatura de um termo de cooperação com o então MDIC; depois, com a criação e a posterior ampliação da Enimpecto e a tramitação do PLS nº 338/2018. |

Fonte: elaborado pelas autoras.

7 Considerações finais

Situado no campo da formação de agenda em políticas públicas, este trabalho fundamentou-se no arcabouço oferecido pela Teoria dos Múltiplos Fluxos e pelo Modelo do Equilíbrio Pontuado para embasar um estudo de caso sobre os CIS, instrumento que está em processo de inserção no arcabouço normativo brasileiro por meio do PLS nº 338/2018. Hoje presentes em 24 nações, quatro delas na América do Sul, e com 138 projetos em desenvolvimento, os NIS visam instituir os contratos por resultado como opção de inovação, com base na possibilidade de inserção de novos atores privados para custear e implementar serviços públicos. Além de ampliar o escopo de iniciativas do Poder Público, que poderá testar soluções sem a utilização imediata de seu orçamento e estimular a participação dos segundo e terceiro setores na agenda social, a regulamentação proposta no PLS nº 338/2018 busca trazer segurança para os investidores, que terão outra opção que não a filantropia para colaborarem para a resolução de complexos e aflitivos problemas – entre outros, a evasão escolar, a ressocialização de presos e a inserção de mulheres vítimas de violência no mercado de trabalho. Todavia, malsucedidas foram as duas primeiras tentativas de internalizar os CIS, muito provavelmente em virtude da falta de clareza na legislação e das incertezas que tal situação acarreta.

No caso analisado, foi possível identificar grande parte dos elementos propostos na Teoria dos Múltiplos Fluxos e no Modelo do Equilíbrio

Pontuado nas peças de tramitação do projeto – tanto aquelas a que se teve acesso quanto as que se detectaram nos levantamentos realizados –, reforçando o potencial alinhamento entre o pensamento de Kingdon e o de Baumgartner e Jones no que diz respeito aos trâmites pré-decisórios. O exercício de transposição dos elementos teóricos propostos por Kingdon ao caso estudado permite concluir que a convergência do fluxo dos problemas, da política e das alternativas é capaz de acelerar a tramitação nas Casas legislativas. Também propiciou a verificação de que determinadas temáticas se tornam mais próximas de parlamentares com um mesmo perfil ideológico-partidário. Com efeito, importa destacar a enorme influência dos atores invisíveis, como a Enimpecto, na assessoria para a construção de um texto normativo que torne possível a aproximação entre a problemática levantada e os agentes que lidam com ela rotineiramente. Em relação às ideias de Baumgartner e Jones, pode-se afirmar que o desenho político fundado nos CIS permite a convergência entre diversos discursos políticos, mesmo que provenientes de espaços ideológicos distintos ou até antagônicos. Na análise dos subsistemas a que pertence o tema, nota-se o crescimento do interesse relativo aos negócios de impacto social e à absorção do assunto pelo *statu quo*, não sendo possível identificar rompimentos no equilíbrio das políticas públicas até então formuladas e implementadas.

Saliente-se que as limitações deste estudo resultam sobretudo do fato de não se ter completado o trâmite do PLS nº 338/2018 na Casa originária. Desse modo, não foi possível analisar a questão da chamada “janela de oportunidade” e dos *entrepreneurs* que atuam nessa fase do processo, segundo o conceito de Kingdon. Para estudos futuros, a continuidade da tramitação da proposta enriquecerá o quadro já construído e provavelmente proporcionará novas possibilidades de aprofundamento da pesquisa de mídia e de pronunciamentos dos parlamentares a respeito dos CIS. Como principal contribuição, além do acompanhamento do debate sobre a implementação de mecanismos de remuneração por resultados, como os CIS, este artigo traz à luz não só elementos da agenda pré-decisória como também a proposição de políticas públicas concebidas nas Casas legislativas nacionais.

Sobre as autoras

Ilana Trombka é mestra em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; doutoranda em Administração na Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil; professora do programa de graduação em Comunicação Social do UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; professora do programa de pós-graduação (mestrado e

doutorado) em Direito Legislativo do Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil; diretora-geral do Senado Federal.

E-mail: trombka@senado.leg.br

Juliana Rodrigues é mestra em Administração pela Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo (FEA-USP), São Paulo, SP, Brasil; doutoranda em Administração Pública na Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil; pesquisadora colaboradora do Centro de Empreendedorismo Social e Administração em Terceiro Setor da FEA-USP, São Paulo, SP, Brasil; membra e consultora do Programa Academia do Instituto de Cidadania Empresarial, São Paulo, SP, Brasil; consultora e pesquisadora de temas relacionados a inovação social, empreendedorismo social e negócios de impacto.

E-mail: jurodrigues@usp.br

Como citar este artigo

(ABNT)

TROMBKA, Ilana; RODRIGUES, Juliana. Formação de agenda legislativa para os Contratos de Impacto Social: análise de um projeto de lei em tramitação. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 11-39, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p11

(APA)

Trombka, I., & Rodrigues, J. (2021). Formação de agenda legislativa para os Contratos de Impacto Social: análise de um projeto de lei em tramitação. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(231), 11-39. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p11

Referências

AGUSTI STRID, Alma; RONICLE, James. *Bonos de impacto social en América Latina: el trabajo pionero de BID Lab en la región: lecciones aprendidas*. Supervisora editorial Christine Ternent. [S. l.]: BID Lab, 2021. (Nota Técnica del BID, 2.087). Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Bonos-de-impacto-social-en-America-Latina-El-trabajo-pionero-de-BID-Lab-en-la-region-Lecciones-aprendidas.pdf>. Acesso em: 7 maio 2021.

ALMEIDA, Acir. Delegação, representação e atividade legislativa: explicando o novo protagonismo do Congresso. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 41., 2017, [s. l.]. [Anais]. [S. l.]: ANPOCS, 2017. p. 1-26. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro-2/gt-30/gt18-26/11029-delegacao-representacao-e-atividade-legislativa-explicando-o-novo-protagonismo-do-congresso/file>. Acesso em: 17 maio 2021.

BARKI, Edgard; RODRIGUES, Juliana; COMINI, Graziella Maria. Negócios de impacto: um conceito em construção. *Revista de Empreendedorismo e Gestão de Pequenas Empresas*, São Paulo, v. 9, n. 4, p. 477-504, set./dez. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.14211/regepe.v9i4.1980>. Disponível em: <https://www.regepe.org.br/regepe/article/view/1980/pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

BATTILANA, Julie; LEE, Matthew; WALKER, John; DORSEY, Cheryl. In search of the hybrid ideal. *Stanford Social Innovation Review*, [s. l.], v. 10, n. 3, p. 49-55, 2012. Disponível em: https://ssir.org/articles/entry/in_search_of_the_hybrid_ideal. Acesso em: 17 maio 2021.

BAUMGARTNER, Frank R.; JONES, Bryan D. *Agendas and instability in American politics*. Chicago: University of Chicago Press, 1993. (American Politics and Political Economy Series).

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 maio 2021.

_____. *Decreto nº 9.977, de 19 de agosto de 2019*. Dispõe sobre a Estratégia Nacional de Investimentos e Negócios de Impacto e o Comitê de Investimentos e Negócios de Impacto. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9977.htm. Acesso em: 17 maio 2021.

_____. Senado Federal. *Parecer (SF) nº 121, de 2018*. Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 338, de 2018, do senador Tasso Jereissati, que dispõe sobre o contrato de impacto social. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2018a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7893980&ts=1594017557999&disposition=inline>. Acesso em: 17 maio 2021.

_____. Senado Federal. *Parecer [sobre o PLS nº 338, de 2018], de 2019*. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 338, de 2018, do senador Tasso Jereissati, que dispõe sobre o contrato de impacto social. Brasília, DF: Senado Federal, 2019b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8004480&ts=1594017558196&disposition=inline>. Acesso em: 17 maio 2021.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 338, de 2018*. Dispõe sobre o contrato de impacto social. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2018b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7756759&ts=1594017558141&disposition=inline>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL, Felipe Gonçalves; JONES, Bryan D. *Agenda setting: mudanças e a dinâmica das políticas públicas: uma breve introdução*. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 6, p. 1.486-1.497, nov./dez. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-761220200780>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/82397>. Acesso em: 17 maio 2021.

CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt. Análise de políticas públicas: da técnica às ideias. *Idéias: Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas*, [Campinas], v. 6, n. 2, p. 13-34, jul./dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.20396/ideias.v6i2.8649461>. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ideias/article/view/8649461>. Acesso em: 17 maio 2021.

_____. Estudos sobre formação da agenda de políticas públicas: um panorama das pesquisas no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 6, p. 1.498-1.512, nov./dez. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-761220200689>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/82398>. Acesso em: 17 maio 2021.

CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt; BRASIL, Felipe Gonçalves. *Agenda-setting: mídia e opinião pública na dinâmica de políticas públicas*. *Revista Compolítica*, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 123-145, 2018. DOI: <https://doi.org/10.21878/compolitica.2018.8.1.236>. Disponível em: <http://compolitica.org/revista/index.php/revista/article/view/236>. Acesso em: 17 maio 2021.

CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt; SOARES, Alessandra Guimarães; BRASIL, Felipe Gonçalves. Pesquisa em políticas públicas no Brasil: um mapeamento da aplicação de modelos internacionais recentes na literatura nacional. *In: ENCONTRO DA ABCP*, 9., 2014, Brasília, DF. [Anais]. [S. l.]: ABCP, 2014. p. 1-22. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/03/pesquisa-politicas-publicas-brasil-mapeamento-aplicacao.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

CERQUEIRA, Raquel; LETELIER, Leonardo. Contratos de impacto social: estado atual e caminhos para inovação na contratação pública no Brasil. *In: CONTRATOS de Impacto Social SITAWI*. [São Paulo, 202-]. Disponível em: <https://www.sitawigov.org.br/blog/contratos-de-impacto-social-estado-atual-e-caminhos-para-inovacao-na>. Acesso em: 7 maio 2021.

COMITÊ DE INVESTIMENTOS E NEGÓCIOS DE IMPACTO. *Relatório anual de atividades do Comitê de Investimentos e Negócios de Impacto – 2018*. [Brasília, DF]: Estratégia Nacional de Investimentos e Negócios de Impacto, 2018. Disponível em: <https://>

www.gov.br/produktividade-e-comercio-exterior/pt-br/images/Relata_rioa_Anuala_dea_Atividadesa_17.12.2018a_-.pdf. Acesso em: 7 maio 2021.

_____. *Relatório anual de atividades do Comitê de Investimentos e Negócios de Impacto – 2019*. [Brasília, DF]: Estratégia Nacional de Investimentos e Negócios de Impacto, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/produktividade-e-comercio-exterior/pt-br/images/REPOSITORIO/si/relatorioanualdeatividadesa_enimpacktoa_2019.pdf. Acesso em: 7 maio 2021.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Abordagens teóricas no campo de política pública no Brasil e no exterior: do fato à complexidade. *Revista do Serviço Público*, Brasília, DF, v. 69, p. 53-83, dez. 2018. Edição especial. DOI: <https://doi.org/10.21874/rsp.v69i0.3583>. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/3583>. Acesso em: 7 maio 2021.

FONSECA, Gustavo Madureira; VASCONCELLOS, Juliana F. Barbeito de; ARAÚJO, Thiago Cardoso. O contrato de impacto social (CIS) e a modelagem jurídica para sua implementação: uma inovação na forma de financiamento de políticas públicas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 18, n. 203, p. 25-35, jan. 2018.

FORÇA TAREFA DE FINANÇAS SOCIAIS. *Avanço das recomendações e reflexões para o fortalecimento das finanças sociais e negócios de impacto no Brasil: relatório 2016*. [São Paulo]: FTFS, 2016. Disponível em: <https://aliancapeloimpacto.org.br/wp-content/uploads/2020/02/relatorio-resultados-vfinal.pdf>. Acesso em: 7 maio 2021.

_____. *Finanças sociais: soluções para desafios sociais e ambientais: uma nova mentalidade para gerenciar recursos e necessidades da sociedade*. [São Paulo]: FTFS, 2015. Disponível em: http://forcatarefafinancassociais.org.br/wp-content/uploads/2015/10/Finan%C3%A7as-Sociais_Solu%C3%A7%C3%B5es.pdf. Acesso em: 7 maio 2021.

GUSTAFSSON-WRIGHT, Emily; GARDINER, Sophie; PUTCHA, Vidya. *The potential and limitations of impact bonds: lessons from the first five years of experience worldwide*. Washington, DC: Brookings, 2015. Disponível em: <https://www.brookings.edu/research/the-potential-and-limitations-of-impact-bonds-lessons-from-the-first-five-years-of-experience-worldwide/>. Acesso em: 7 maio 2021.

HARRIS, Paula Adriana dos Reis Sá. *Títulos de impacto social*. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Econômicas e Empresariais) – Escola de Ciências Humanas e Sociais, Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, [s. l.], 2019.

HISTÓRICO. [S. l.]: Aliança pelos Investimentos e Negócios de Impacto, c2018. Disponível em: <https://forcatarefafinancassociais.org.br/historico/>. Acesso em: 7 maio 2021.

IMPACT bond global database. [S. l.]: Social Finance, [2019?]. Disponível em: <https://sibdatabase.socialfinance.org.uk/>. Acesso em: 7 maio 2021.

INSTITUTO DE CIDADANIA EMPRESARIAL. *Relatório anual 2013*. São Paulo: ICE, 2013. Disponível em: http://ice.org.br/wp-content/uploads/2018/08/relatorio_ICE_2013.pdf. Acesso em: 7 maio 2021.

_____. *Relatório anual 2016*. São Paulo: ICE, 2016. Disponível em: http://ice.org.br/wp-content/uploads/2018/08/16_12_20_Relatorio-Final.pdf. Acesso em: 7 maio 2021.

_____. *Relatório anual 2018*. São Paulo: ICE, 2018. Disponível em: <http://ice.org.br/relatorios/2018-relatorio-anual/>. Acesso em: 7 maio 2021.

KINGDON, John. Como chega a hora de uma ideia. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). *Políticas públicas: coletânea*. Brasília, DF: Enap, 2006a. v. 1, p. 219-224.

_____. Juntando as coisas. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). *Políticas públicas: coletânea*. Brasília, DF: Enap, 2006b. v. 1, p. 225-245.

LETELIER, Leonardo; RIBEIRO, Rafael; PANTOJO, Bruno. Dinheiro por resultado: a inovação dos contratos de impacto social no mundo. *Folha de S.Paulo*, [São Paulo], 24 out. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/emprededorsocial/colunas/2016/10/1825371-dinheiro-por-resultado-a-inovacao-dos-contratos-de-impacto-social-no-mundo.shtml>. Acesso em: 7 maio 2021.

MACIEL, Lucas Ramalho. Estratégia Nacional de Investimento e Negócios de Impacto: um grande impulso para o setor no Brasil. In: NAÇÕES UNIDAS. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. *Repositório de casos sobre o Big Push para a sustentabilidade no Brasil*. [S. l.]: Nações Unidas, Cepal, 2020. p. 1-13. Disponível em: <https://archivo.cepal.org/pdfs/bigpushambiental/Caso119-EstrategiaNacionaldeInvestimentoeNegociosdeImpacto.pdf>. Acesso em: 7 maio 2021.

MCMULLEN, Jeffery S. Organizational hybrids as biological hybrids: insights for research on the relationship between social enterprise and the entrepreneurial ecosystem. *Journal of Business Venturing*, [s. l.], v. 33, n. 5, p. 575-590, Sept. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jbusvent.2018.06.001>.

MELO, Vinicius Gomes. O “revogação” e seus efeitos nos negócios de impacto. *Aupa*, [s. l.], 4 jun. 2019. Disponível em: <https://aupa.com.br/o-revogaco-e-seus-efeitos-nos-negocios-de-impacto/>. Acesso em: 7 maio 2021.

MIRANDA, Mariano. A implementação de contratos de impacto social (*social impact bonds*) como inovação para melhoria nos resultados do Sistema Único de Saúde. In: BLOG do CLP. São Paulo, 18 dez. 2019. Disponível em: <https://www.clp.org.br/contratos-de-impacto-social-sus-mlg2/>. Acesso em: 7 maio 2021.

MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Como o Estado pode celebrar Contrato de Impacto Social/CIS? In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de direito*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 1.172-1.188.

MUSGROVE, Philip. *Financial and other rewards for good performance or results: a guided tour of concepts and terms and a short glossary*. [S. l.]: The World Bank, 2011. Disponível em: https://www.rbffhealth.org/sites/rbf/files/RBFglossarylongrevised_0.pdf. Acesso em: 7 maio 2021.

QUÉLIN, Bertrand V.; KIVLENIECE, Ilze; LAZZARINI, Sergio. Public-private collaboration, hybridity and social value: towards new theoretical perspectives. *Journal of Management Studies*, [s. l.], v. 54, n. 6, p. 763-792, Sept. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1111/joms.12274>.

QUEM somos. [São Paulo]: ICE, [201-]. Disponível em: <https://ice.org.br/quem-somos-2/>. Acesso em: 7 maio 2021.

RIBEIRO, Cristina Tauf. Agenda-setting in public policies: the strategy for financial education in Brazil through the lens of the multiple streams model. *Cadernos EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, p. 486-497, July/Sept. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/1679-395120190038x>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1679-3951202000300486&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em: 7 maio 2021.

ROSOLEN, Talita; TISCOSKI, Gabriela Pelegrini; COMINI, Graziella Maria. Empreendedorismo social e negócios sociais: um estudo bibliométrico da produção nacional e internacional. *RIGS: Revista Interdisciplinar de Gestão Social*, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 85-105, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.9771/23172428rigs.v3i1.8994>. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rigs/article/view/8994/0>. Acesso em: 7 maio 2021.

SELTZ, Claire; WRIGHTSMAN, Lawrence Samuel; COOK, Stuart Wellford. *Métodos de pesquisa nas relações sociais*. Tradução de Dante Moreira Leite. 2. ed. rev. São Paulo: Herder: Edusp, 1967. (Coleção Ciências do Comportamento).

SILVA, Rafael Silveira e; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Ainda vale a pena legislar: a atuação dos *agenda holders* no Congresso brasileiro. *Revista de Sociologia e Política*, [s. l.], v. 21, n. 48, p. 19-51, dez. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000400002>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782013000400002&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 7 maio 2021.

VICKERS, Ian; LYON, Fergus; SEPULVEDA, Leandro; MCMULLIN, Caitlin. Public service innovation and multiple institutional logics: the case of hybrid social enterprise providers of health and wellbeing. *Research Policy*, [s. l.], v. 46, n. 10, p. 1.755-1.768, Dec. 2017. DOI:

<https://doi.org/10.1016/j.respol.2017.08.003>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048733317301373>. Acesso em: 7 maio 2021.

VIEIRA, Bhreno; BATISTA, Mariana. Sobre o que os deputados legislam?: um estudo sobre a agenda política legislativa (1995-2014). *Revista Eletrônica de Ciência Política*, [Curitiba], v. 9, n. 2, p. 29-43, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/recp.v9i2.63718>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/politica/article/view/63718>. Acesso em: 7 maio 2021.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Tradução de Daniel Grassi. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

Apêndice

Mapeamento e análise de mídia relativa aos CIS e ao PLS nº 338/2018

Quadro 2

Período, palavras-chave e âmbito de pesquisa

| | |
|----------------|---|
| Período | 1º/7/2018 a 20/3/2020. |
| Palavras-chave | Contrato de Impacto Social (CIS), Contrato social, Contrato de impacto social, Impacto social, <i>Impact bonds</i> , <i>Social impact bonds</i> , Investimento social, Investimento Social Privado (ISP), Investimento(s) de impacto. |
| Âmbito | · Pronunciamentos de parlamentares (discursos e apartes com tais palavras-chave) nos plenários do Senado Federal, da CAE e da CCJ. · Veículos de comunicação: jornais e revistas. |

Fonte: elaborado pelas autoras.

Quadro 3

Resumo dos achados nos periódicos consultados

| | Veículo | Data | Viés | Sobre CIS |
|----|------------------------------|------------|----------|------------|
| 1 | <i>Valor Econômico</i> | 30/8/2019 | Positivo | Quase nada |
| 2 | <i>Valor Econômico</i> | 10/9/2018 | Positivo | Nada |
| 3 | <i>ISTOÉ Dinheiro</i> | 14/2/2020 | Positivo | Nada |
| 4 | <i>Valor Econômico</i> | 2/12/2019 | Positivo | Nada |
| 5 | <i>Valor Econômico</i> | 7/1/2020 | Positivo | Nada |
| 6 | <i>ISTOÉ Dinheiro</i> | 14/2/2020 | Positivo | Nada |
| 7 | <i>O Estado de S. Paulo*</i> | 25/10/2019 | Positivo | Bastante |
| 8 | <i>ISTOÉ*</i> | 26/10/2019 | Positivo | Bastante |
| 9 | <i>Valor Econômico</i> | 11/12/2019 | Positivo | Nada |
| 10 | <i>Veja</i> | 12/2/2020 | Positivo | Nada |
| 11 | <i>Valor Econômico</i> | 8/7/2018 | Positivo | Nada |
| 12 | <i>Correio Braziliense</i> | 14/9/2019 | Neutro | Nada |
| 13 | <i>Estado de Minas</i> | 14/11/2018 | Positivo | Nada |

| | Veículo | Data | Viés | Sobre CIS |
|----|---|------------|----------|-----------|
| 14 | <i>A Crítica</i> (Manaus)* | 1º/11/2019 | Positivo | Bastante |
| 15 | <i>Veja</i> | 25/12/2019 | Positivo | Nada |
| 16 | <i>Valor Econômico</i> | 6/3/2020 | Positivo | Nada |
| 17 | <i>Diário do Nordeste</i> (Fortaleza)** | 12/12/2018 | Positivo | Bastante |
| 18 | <i>Jornal do Commercio</i> (Recife)* | 10/10/2019 | Positivo | Bastante |
| 19 | <i>Estado de Minas</i> * | 10/10/2019 | Positivo | Bastante |
| 20 | <i>O Estado de S. Paulo</i> * | 25/10/2019 | Positivo | Bastante |
| 21 | <i>Valor Econômico</i> ** | 10/10/2019 | Positivo | Bastante |
| 22 | <i>O Estado de S. Paulo</i> ** | 25/10/2019 | Positivo | Bastante |
| 23 | <i>Diário do Nordeste</i> (Fortaleza)* | 27/8/2019 | Positivo | Bastante |
| 24 | <i>Valor Econômico</i> | 14/11/2019 | Neutro | Nada |
| 25 | <i>O Estado de S. Paulo</i> | 11/3/2019 | Positivo | Nada |
| 26 | <i>Valor Econômico</i> | 11/11/2019 | Positivo | Nada |
| 27 | <i>Valor Econômico</i> | 31/7/2018 | Positivo | Nada |
| 28 | <i>Valor Econômico</i> | 8/7/2018 | Positivo | Nada |
| 29 | <i>Valor Econômico</i> | 8/7/2018 | Positivo | Nada |
| 30 | <i>Valor Econômico</i> ** | 4/6/2019 | Positivo | Nada |
| 31 | <i>O Globo</i> ** | 26/10/2019 | Positivo | Bastante |

Fonte: elaborado pelas autoras com base em notícias buscadas no banco de dados Senado na Mídia^{30 31}.

Legenda:

Termos que aparecem: fundos patrimoniais, *endowments*, sistema B, investimento social privado, investimento de impacto, filantropia, ESG, negócios sociais.

* (com um asterisco): vinculado ao lançamento dos CIS pelo Ministério da Economia com recursos do FAT.

** (com dois asteriscos): aprovação do PLS nº 338/2018 na CAE.

1. ADACHI, Vanessa. O novo normal dos negócios é aliar lucro a critérios mais sustentáveis de aplicação. *Valor Econômico*, São Paulo, 30 ago. 2019. Seção Eu & fim de semana. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/08/30/copy_of_o-novo-normal-dos-negocios-e-aliar-lucro-a-criterios-mais-sustentaveis-de-aplicacao. Acesso em: 17 maio 2021.

2. BARROS, Bettina. Não falta dinheiro para agricultura de impacto. *Valor Econômico*, [São Paulo], 10 set. 2018. Seção Agronegócios, p. B10. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2018/09/10/nao-falta-dinheiro-para-agricultura-de-impacto>. Acesso em: 17 maio 2021.

3. BNDES anuncia foco na promoção de fundos patrimoniais filantrópicos. *Revista Istoé Online*, [s. l.], 14 fev. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2020/02/14/bndes-anuncia-foco-na-promocao-de-fundos-patrimoniais-filantropicos>. Acesso em: 17 maio 2021.

4. COLUCCI, Fernando; BACELLAR, Camila; MASCARENHAS, Carolina. “Endowment” e a cultura da filantropia. *Valor Econômico*, [São Paulo], 2 dez. 2019. Seção Legislação & Tributos. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/12/02/fernando-colucci-camila-bacellar-e-carolina-mascarenhas-2018endowment2019-e-a-cultura-da-filantropia>. Acesso em: 17 maio 2021.

5. COTIAS, Adriana; SCHINCARIOL, Juliana. Bancos começam a criar estruturas para “endowments”. *Valor Econômico*, São Paulo, 7 jan. 2020. Seção Finanças. Disponível em:

³⁰ SENADO na mídia. Brasília, DF: Senado Federal, [2015-2021]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia>. Acesso em: 17 maio 2021.

³¹ *Clipping* passa a ser feito pelo Serviço de Processamento de Jornais da Biblioteca – 28/4/2016.

<https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2020/01/07/bancos-comecam-a-criar-estruturas-para-2018>endowments. Acesso em: 17 maio 2021.

6. EMPRESÁRIOS querem menos desigualdade, oportunidades iguais e eficiência estatal. *Revista Istoé Online*, [s. l.], 14 fev. 2020. Seção Economia. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2020/02/14/empresarios-querem-menos-desigualdade-oportunidades-iguais-e-eficiencia-estatal>. Acesso em: 17 maio 2021.
7. GOVERNO estuda seguro-desemprego para bancar programa. *O Estado de S. Paulo*, [São Paulo], 25 out. 2019. Seção Economia, p. B4. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/10/25/governo-estuda-seguro-desemprego-para-bancar-programa>. Acesso em: 17 maio 2021.
8. GOVERNO lança edital para qualificar 800 desempregados de 18 a 29 anos. *Revista Istoé Online*, [s. l.], 26 out. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/10/26/governo-lanca-edital-para-qualificar-800-desempregados-de-18-a-29-anos>. Acesso em: 17 maio 2021.
9. GREGORIO, Rafael. Investimento de impacto e filantropia ganham força. *Valor Econômico*, São Paulo, 11 dez. 2019. Seção Finanças. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/12/11/investimento-de-impacto-e-filantropia-ganham-forca>. Acesso em: 17 maio 2021.
10. HORN, Elie. “Temos a obrigação moral de doar”. *Veja*, [s. l.], n. 2.673, 12 fev. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2020/02/10/pagina-aberta-elie-horn>. Acesso em: 17 maio 2021.
11. INVESTIMENTO de impacto começa a despertar atenção no Brasil. *Valor Econômico Online*, São Paulo, 8 jul. 2018. Seção Finanças. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2018/07/08/investimento-de-impacto-comeca-a-despertar-atencao-no-brasil>. Acesso em: 17 maio 2021.
12. INVESTIMENTOS na Amazônia. *Correio Braziliense*, [Brasília, DF], 14 set. 2019. Seção Brasil. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/09/14/investimentos-na-amazonia>. Acesso em: 17 maio 2021.
13. KARAM, Guilherme. Investir na natureza é um bom negócio. *Estado de Minas*, [Belo Horizonte], p. 8, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2018/11/14/guilherme-karam-investir-na-natureza-e-um-bom-negocio>. Acesso em: 17 maio 2021.
14. NITAHARA, Akemi; MÁXIMO, Wellton. 12,5 milhões de desempregados. *A Crítica*, [Manaus], 1^a nov. 2019. Seção Política, p. A7. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/11/01/12-5-milhoes-desempregados>. Acesso em: 17 maio 2021.
15. NÓBREGA, Mailson da. Privatização contra a pobreza. *Veja*, [s. l.], n. 2.666, 25 dez. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/12/23/mailson-da-nobrega>. Acesso em: 17 maio 2021.
16. NUNES, Malu. Investimentos que mudam a realidade. *Valor Econômico*, [São Paulo], 6 mar. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2020/03/06/malu-nunes-investimentos-que-mudam-a-realidade>. Acesso em: 17 maio 2021.
17. PARCERIA entre público e privado. *Diário do Nordeste*, [Fortaleza], 12 dez. 2018. Seção Política, p. 14. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2018/12/12/parceria-entre-publico-e-privado>. Acesso em: 17 maio 2021.
18. PRÊMIO a cursos que empregam. *Jornal do Commercio*, [Recife], 10 out. 2019. Seção Economia, p. 13. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/10/10/premio-a-cursos-que-empregam>. Acesso em: 17 maio 2021.
19. QUALIFICAÇÃO para o mercado de trabalho. *Estado de Minas*, [Belo Horizonte], 10 out. 2019. Seção Economia, p. 8. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/10/10/qualificacao-para-o-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 17 maio 2021.

20. QUALIFICAÇÃO profissional terá de garantir emprego. *O Estado de S. Paulo*, [São Paulo], p. 1, 25 out. 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/10/25/copy_of_qualificacao-profissional-tera-de-garantir-emprego. Acesso em: 17 maio 2021.
21. RITTNER, Daniel. Programa de qualificação profissional sai em 30 dias. *Valor Econômico*, [São Paulo], 10 out. 2019. Seção Brasil. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/10/10/programa-de-qualificacao-profissional-sai-em-30-dias>. Acesso em: 17 maio 2021.
22. RODRIGUES, Lorenna. Requalificação terá de garantir novo emprego. *O Estado de S. Paulo*, [São Paulo], 25 out. 2019. Seção Economia, p. B4. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/10/25/requalificacao-tera-de-garantir-novo-emprego>. Acesso em: 17 maio 2021.
23. SABER. *Diário do Nordeste*, [Fortaleza], 27 ago. 2019. Seção Negócios, p. 32. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/08/27/copy3_of_saber. Acesso em: 17 maio 2021.
24. SAFATLE, Amália. Sociedade em fragmentos. *Valor Econômico*, São Paulo, 14 nov. 2019. Seção Eu & fim de semana. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/11/14/sociedade-em-fragmentos>. Acesso em: 17 maio 2021.
25. SCHELLER, Fernando. Os jornais como investimento de impacto social. *O Estado de S. Paulo*, [São Paulo], 11 mar. 2019. Seção Economia, p. B10. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/03/11/os-jornais-como-investimento-de-impacto-social>. Acesso em: 17 maio 2021.
26. TAUHATA, Sérgio. AZ Quest e Artemisia criam aceleradora de startups da periferia. *Valor Econômico*, São Paulo, 11 nov. 2019a. Seção Finanças. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/11/11/az-quest-e-artemisia-criam-aceleradora-de-startups-da-periferia>. Acesso em: 17 maio 2021.
27. _____. Investidor de “impacto” encara falta de negócios. *Valor Econômico*, São Paulo, 31 jul. 2018a. Seção Finanças. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2018/07/31/investidor-de-impacto-encara-falta-de-negocios>. Acesso em: 17 maio 2021.
28. _____. Mercado de impacto no Brasil pode alcançar R\$ 50 bilhões. *Valor Econômico Online*, São Paulo, 8 jul. 2018b. Seção Finanças. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2018/07/08/08-07-2018-as-10h17-mercado-de-impacto-no-brasil-pode-alcancar-r-50-bilhoes>. Acesso em: 17 maio 2021.
29. _____. Neto de fundador das Casas Bahia usa ensinamentos do avô para investir. *Valor Econômico Online*, São Paulo, 8 jul. 2018c. Seção Finanças. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2018/07/08/neto-de-fundador-das-casas-bahia-usa-ensinamentos-do-avo-para-investir>. Acesso em: 17 maio 2021.
30. _____. Reguladores se unem para ativar mercado de capitais. *Valor Econômico*, São Paulo, 4 jun. 2019b. Seção Finanças. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/06/04/reguladores-se-unem-para-ativar-mercado-de-capitais>. Acesso em: 17 maio 2021.
31. VIEIRA, Renata. Governo vai qualificar 800 jovens desempregados. *O Globo*, [Rio de Janeiro], 26 out. 2019. Seção Economia, p. 22. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado-na-midia/clippings/2019/10/26/governo-vai-qualificar-800-jovens-desempregados>. Acesso em: 17 maio 2021.

A performatividade da linguagem computacional e seu impacto na advocacia

ALEJANDRO KNAESEL ARRABAL
MARCOS ANTÔNIO MATTEDI
WILSON ENGELMANN

Resumo: O artigo examina o impacto da performatividade da linguagem computacional na advocacia. Parte dos pressupostos desenvolvidos no campo da pragmática linguística, que reconhece o caráter performativo da linguagem em relação aos objetos e às práticas operadas no mundo. Com base na análise bibliográfica, sustenta que o conjunto de artefatos e processos que constituem o universo das Tecnologias da Informação e Comunicação, mais do que atuar como plataformas instrumentais para as atividades jurídicas, representa instâncias de conformação de práticas e valores. Por essa razão, conclui que a análise dos atores e processos que integram o desenvolvimento de plataformas voltadas à inovação sustentável das profissões jurídicas pressupõe abordagens transdisciplinares.

Palavras-chave: Linguagem Computacional. Performatividade. Advocacia. Transdisciplinaridade.

The performativity of computational language and its impact on advocacy

Abstract: The article examines the impact of computational language performance on advocacy. It starts from the assumptions developed in the field of linguistic pragmatics in which the language assumes a performative character in relation to objects and practices operated in the world. Based on the bibliographic analysis, it maintains that the set of artifacts and processes making up the universe of Information and Communication Technologies, rather than acting as instrumental platforms for legal activities, represents an instance of intellectual conformation of practices and values performed by computational language. Therefore, it comes to the conclusion that this process assumes transdisciplinary approaches in the articulation between the

Recebido em 8/12/20
Aprovado em 3/2/21

actors integrating the development of platforms aimed at the sustainable innovation of the legal professions.

Keywords: Computational Language. Performativity. Advocacy. Transdisciplinarity.

1 Introdução

O desenvolvimento tecnológico da modernidade é tradicionalmente descrito em termos dos fatores que revolucionaram os meios de produção. Das máquinas a vapor, indústria têxtil e metalurgia, seguidas pelo domínio da energia elétrica, motores a combustão e produtos químicos, o avanço tecnocientífico integrado ao desdobramento de inovações resultou na emergência da microeletrônica, “em contraste com as bases mecânica e eletromecânica anteriores” (SROUR, 1998, p. 5). Desde então, computadores, smartphones e artefatos congêneres passaram gradualmente a compor a vida cotidiana. Redes telemáticas encurtaram distâncias, romperam barreiras, tornaram o tempo e o espaço diferentes. A internet alcançou o *status* de serviço essencial¹ ao lado da assistência à saúde, da geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, entre outros.

No transcurso desse processo, por vezes passa despercebido o papel performativo que a linguagem computacional assume na produção de valores. A *performance* aqui referida como atributo das linguagens diz respeito ao protagonismo que elas assumem para além de instância codificada transmissora de sentidos. Afinal, mais do que um meio para operar máquinas, a estruturação algorítmica, sua consequente sintaxe e projeção semiótica modelam tudo quanto nela subjaz, tornando-se condição para a conformação de práticas nos mais diversos contextos sociais. Nesse sentido, não há como compreender a sociedade sem compreender seus códigos, incluindo as estruturas constituintes das redes computacionais que medeiam as relações contemporâneas.

O presente estudo procura avaliar o impacto da linguagem computacional na advocacia. Parte dos pressupostos desenvolvidos no campo da pragmática linguística, segundo a qual a linguagem assume um caráter

¹ Para efeito de regulamentação das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, integra o rol de serviços essenciais a “produção, distribuição, comercialização e entrega, realizadas presencialmente ou por meio do comércio eletrônico, de produtos de saúde, higiene, limpeza, alimentos, bebidas e materiais de construção” (BRASIL, 2020a, grifo nosso).

performativo em relação aos objetos e às práticas operadas no mundo, e busca contribuir com reflexões complementares aos resultados da pesquisa “O futuro das profissões jurídicas: você está preparad@?”, realizada pelo Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI) em 2018 (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2018a, 2018b). Além dessa pesquisa, a abordagem da temática fundamenta-se na pesquisa bibliográfica em livros e artigos de periódicos, especialmente os do Portal de Periódicos Capes. O percurso metodológico foi orientado pelas seguintes fontes: Booth, Colomb, Williams, Bizup e FitzGerald (2016); Epstein e Martin (2014); Machado (2017).

O texto se estrutura em duas partes principais: a primeira explora os fundamentos para a compreensão da linguagem como instância constitutiva da realidade; a segunda analisa alguns dos efeitos da performatividade da linguagem computacional no campo do Direito, com especial atenção às implicações para o exercício da advocacia.

2 Linguagem e realidade

A linguagem assume um papel fundamental na constituição de nossa humanidade. Gadamer (2011, p. 182) afirma que ela é “o centro do ser humano, quando considerada no âmbito que só ela consegue preencher: o âmbito da convivência humana, [...] tão indispensável à vida humana como o ar que respiramos”. Dentre as inúmeras criações da humanidade, “a linguagem deve ocupar um lugar de destaque. Outras invenções – a roda, a agricultura, o pão fatiado – podem ter transformado nossa existência material, mas foi o advento da linguagem que nos tornou humanos” (DEUTSCHER, 2014, p. 13). Todavia, muitos ainda reconhecem a linguagem apenas como um “meio” que torna possível a expressão de pensamentos e a comunicação. Trata-se de uma

concepção instrumental, que oculta o efetivo protagonismo da linguagem na conformação da realidade.

Com frequência tem-se a convicção de que os objetos disponíveis ao uso são dotados de existência autônoma. Mais precisamente, que independem do observador e dos processos descritivos por meio dos quais assumem contornos de valor. Contudo, é na linguagem que o mundo ganha forma, sentido e estabilidade.

O nome, ou a palavra, retém na nossa memória, enquanto ideia, aquilo que já não está ao alcance dos nossos sentidos [...]. O simples pronunciar de uma palavra representa, isto é, torna presente à nossa consciência o objeto a que ela se refere. Não precisamos mais da existência física das coisas: criamos, através da linguagem, um mundo estável de ideias que nos permite lembrar o que já foi e projetar o que será. Assim é instaurada a temporalidade no existir humano. Pela linguagem, o homem deixa de reagir somente ao presente, ao imediato; passa a poder pensar o passado e o futuro e, com isso, a construir o seu projeto de vida (ARANHA; MARTINS, 1986, p. 11-12).

Nesse mesmo sentido, Berger e Luckmann (2014, p. 60) afirmam que “a linguagem é capaz de ‘tornar presente’ uma grande variedade de objetos que estão espacial, temporal e socialmente ausentes no ‘aqui agora’. *Ipsa facto* uma vasta acumulação de experiências e significações podem ser objetivadas no ‘aqui e agora’”. Ocorre, contudo, que toda representação assume também o protagonismo criativo. Quando se considera a linguagem apenas como representação do mundo, os objetos, as pessoas, as formas são percebidas como entidades cujos atributos já estão naturalmente dados. É como se as palavras apenas iluminassem uma realidade previamente estabelecida.

Entretanto, usar a linguagem é mais do que representar; é agir no mundo criando signifi-

cados, sentidos que engendram modos de ver a realidade (BEZERRA JUNIOR, 2015). Echeverría (2003, p. 21, tradução nossa) observa como é possível reconhecer o papel da linguagem frente à realidade material:

Os seres humanos são seres linguísticos, seres que vivem na linguagem. [...] É claro que os seres humanos não são apenas seres linguísticos e que, portanto, a linguagem não esgota a multidimensionalidade do fenômeno humano. [...] A existência humana reconhece três domínios primários. [...] São eles: o domínio do corpo, o domínio das emoções e o domínio da linguagem. Cada um desses domínios integra fenômenos diferentes que não permitem ser reduzidos a outro, sem sacrificar com ele a especificidade dos fenômenos que têm lugar em cada um. A autonomia destes três domínios primários não impede estreitas relações de coerência entre eles. Isso significa que os fenômenos que têm lugar, por exemplo, no domínio emocional (emoções) são coerentes com os que podemos detectar no nível do corpo (posturas) e da linguagem (o que se diz e escuta). [...] Se reconhecemos três domínios primários, [...] por que então defendemos a prioridade da linguagem? [...] Porque é precisamente por meio da linguagem que conferimos sentido a nossa existência e é também com ela que nos é possível reconhecer a importância dos domínios existenciais não linguísticos. [...] Não há um lugar fora da linguagem a partir do qual possamos observar nossa existência.

No centro da concepção de linguagem das teorias pragmáticas está a noção de *performatividade*, segundo a qual as palavras não apenas representam ou servem para comunicar, mas criam realidades e moldam a percepção (BEZERRA JUNIOR, 2015). No que se refere a esses aspectos, Berger e Luckmann (2014, p. 61) assinalam:

A linguagem é capaz não somente de construir símbolos altamente abstraídos da experiência

diária mas também de “fazer retornar” estes símbolos, apresentando-os como elementos objetivamente reais na vida cotidiana. Desta maneira, o simbolismo e a linguagem simbólica tornam-se componentes essenciais da realidade da vida cotidiana e da apreensão pelo senso comum da realidade.

A título de exemplo, na língua inglesa a palavra *free* é empregada para designar não apenas liberdade mas também gratuidade. Assim, há de se supor que, do ponto de vista performativo, falantes de inglês tendem a reconhecer de forma mais imediata a liberdade como liberdade econômica, diversamente do que ocorre com falantes de língua portuguesa, em que não há uma associação léxica direta entre liberdade e gratuidade, palavra de origem latina que no pensamento cristão foi radicada ao sentido de graça, benesse ou bênção. O vínculo entre a realidade humana, seus signos e linguagens é destacado por Lévy (1999b, p. 22):

É impossível separar o humano de seu ambiente material, assim como dos signos e das imagens por meio dos quais ele atribui sentido à vida e ao mundo. Da mesma forma, não podemos separar o mundo material – e menos ainda sua parte artificial – das ideias por meio das quais os objetos técnicos são concebidos e utilizados, nem dos humanos que os inventam, produzem e utilizam. Acrescentamos, enfim, que as imagens, as palavras, as construções de linguagem entranham-se nas almas humanas, fornecem meios e razões de viver aos homens e suas instituições, são recicladas por grupos organizados e instrumentalizados, como também por circuitos de comunicação e memórias artificiais.

No campo do pragmatismo linguístico, Silva (1994, p. 19) destaca que “a linguagem transformou-se em modo de ‘compreensão’ do ser (Heidegger); modo de constituição do Outro e do mundo (Lacan, Lévi-Strauss, Merleau-Ponty); em agir comunicativo (Habermas); em ação (Austin, Wittgenstein)”. Austin (1975) destacou o caráter

performativo da linguagem ao considerar que, além de dizerem algo, certos enunciados correspondem a ações efetivas ao serem proferidos. Para o filósofo, ao serem ditas em determinadas circunstâncias, inúmeras expressões não descrevem o ato, mas participam da constituição do próprio ato. É o caso, exemplifica, do verbo “aceito” proferido pelos noivos em um casamento. Martino (2010, p. 98) considera que, nos rituais religiosos, quando “um indivíduo é batizado, as palavras de quem batiza são atos performativos que têm valor em si: eles representam uma ação da linguagem sobre a realidade”. Para Flusser (2007, p. 201), “a língua, isto é, o conjunto dos sistemas de símbolos, é igual à totalidade daquilo que é apreendido e compreendido, isto é, a totalidade da realidade”.

O pragmatismo linguístico “trabalha com as palavras e seu sentido inseridos em um meio de aplicação ou uso no qual produzirá efeitos quanto à mensagem emitida” (GONÇALVES, 2002, p. 41). Ao considerar essa perspectiva, observa-se que os idiomas são responsáveis por dividir o mundo em sujeitos e objetos, instruir sobre o tempo, o espaço e indicar quais eventos devem ser vistos como processos ou coisas, de modo que a realidade não é percebida como ela é, mas como as linguagens são (POSTMAN, 1993).

Ao afirmar que “o meio é a mensagem”, McLuhan (2013) alertou para o fato de que as estruturas simbólicas que oportunizam a comunicação atuam na produção do sentido das mensagens. Stein (1996, p. 16) considera que o acesso ao mundo “se dá via sentido, via significado, via conceitos, via palavras, via linguagem”. Portanto, da perspectiva hermenêutica não se considera viável retirar do texto um sentido, como se ele estivesse adormecido, aguardando o desvelamento. Pelo contrário, o processo é inverso: o intérprete atribui sentido, fazendo emergir as suas pré-compreensões. Esse movimento da linguagem e do processo (hermenêutico) promove

a emergência do nascimento cíclico e constante da produção do conhecimento. O processo todo é mediado pela linguagem, mas orientado pela inventividade e criatividade próprias do ser humano. Talvez seja esse o grande ponto de distinção em relação à produção da linguagem computacional. Entretanto, como destaca Araújo (2020), sempre existe o “risco” de surgirem meios sofisticados “para a emulação do raciocínio jurídico”, o que pode acarretar a substituição de juristas por outros profissionais vinculados à inteligência artificial e a simulação da objetividade sempre pretendida pelo Direito – notadamente aquele de vertente positivista-legalista – por meio da linguagem computacional.

3 Linguagem computacional e o exercício da advocacia

O progressivo desenvolvimento da computação – com o incremento dos semicondutores, da informática, da telemática e especialmente com a rede mundial de computadores – colocou em evidência inúmeros recursos e serviços on-line. A relevância técnica e econômica da computação possibilitou o surgimento de empresas e profissões dedicadas especificamente à oferta de serviços mediados por tecnologias. Computadores permeiam todos os espaços da vida contemporânea, o que confere à indústria da informática posição de destaque na cultura e na ordem econômica.

A popularização da rede mundial de computadores permitiu a expansão não só do acesso dos indivíduos a informações e conhecimentos como também sua participação ativa nesse processo. Emergiram novos e diversificados modos de interação colaborativa em rede, o que representa, na perspectiva de Lévy (1999a), o surgimento de uma *inteligência coletiva*, expressa no século XXI por uma “possibilidade de expressão pública,

de interconexão sem fronteiras e de acesso à informação sem precedentes na história humana” (LÉVY, 2017, p. 29). Esse fato exigirá “alfabetização na inteligência coletiva”, de modo a permitir a caminhada gradativa da “opinião pública à inteligência coletiva”. Segundo Lévy (2017, p. 30), haverá um novo bem comum: o conjunto de informações disponíveis on-line, que será “um patrimônio coletivo da humanidade do qual nem os indivíduos, nem as empresas privadas, nem mesmo os governantes (ainda que transnacionais) podem se apropriar de modo exclusivo”.

Analisando a perspectiva de Castells (2010, p. 70-73) e considerando esse panorama um verdadeiro dilema tecnológico-político (LÉVY, 2017), podem-se apontar cinco aspectos-chave relativos ao paradigma tecnológico da informação:

a) A instituição de uma *dinâmica circular* na relação entre tecnologia e informação. Isso significa que, antes, a informação era empregada para o desenvolvimento de artefatos; agora, *também são produzidos artefatos para lidar com a informação*. Existe um claro movimento reticular, que coloca os diferentes atores em contato, especialmente por meio das tecnologias digitais, promovendo a emergência de conhecimentos e riscos ainda à margem do Direito. O contexto gerado por ecossistemas informativos engendra uma complexidade sistêmica potencializada exponencialmente, em substituição ao crescimento linear (DI FELICE; TORRES; YANAZE, 2012). Tudo isso está desafiando o sistema jurídico, que muitas vezes ainda se encontra na pretensa segurança da linearidade objetiva, quando a dinâmica círculo-reticular projeta a provisoriedade e a necessidade de flexibilização e urgência em encaminhamentos gerados tecnologicamente.

b) A *penetrabilidade dos efeitos*. Não há atividade humana alheia à informação, ou melhor, a informação é um aspecto constitutivo de toda atividade humana, de modo que as tecnologias

informativas invadem todos os espaços de produção.

c) A *lógica das redes*, “para estruturar o não-estruturado [...], força motriz da inovação na atividade humana”. Castells (2010, p. 70-71, tradução nossa) considera que “a morfologia da rede parece estar bem adaptada à crescente complexidade de interação e aos modelos imprevisíveis do desenvolvimento derivado do poder criativo dessa interação. Esta configuração [...] pode ser implementada materialmente em todos os tipos de processos e organizações”.

d) A *flexibilidade organizacional*, que oportuniza a mudança das estruturas. Para o filósofo, “o que distingue a configuração do novo paradigma tecnológico é sua capacidade de reconfiguração, um aspecto decisivo em uma sociedade caracterizada por constante mudança e fluidez organizacional” (CASTELLS, 2010, p. 71, tradução nossa).

e) A *convergência de tecnologias específicas* para um sistema altamente integrado. A convergência tecnológica induz a interdependência crescente e a lógica compartilhada de geração de informação. Desse modo, “a revolução tecnológica da última geração tem florescido sobretudo nas instituições menos presas a formas centralizadas de controle” (SENNETT, 2006, p. 12).

A atuação integrada da *circularidade, penetrabilidade, imprevisibilidade, flexibilidade e convergência* tem um efeito profundo sobre a linguagem em geral e a linguagem jurídica em particular. Afinal, computadores e redes operam por meio de códigos articulados em linguagens que performam estruturas lógicas para realizar funções e prover resultados operacionais determinados. Produzidas e orientadas a propósitos estritamente funcionais, as linguagens de programação carregam na sua sintaxe os traços das possibilidades técnicas e das pretensões de seus idealizadores. O “código” que molda a arquitetura da rede global de computadores é reconhecido

por Lessig (2006) como dimensão regulatória que atua sobre as estruturas e os processos comunicativos subjacentes.

Para Lanier (2012), os profissionais da computação criam “extensões para o ser”, como olhos e ouvidos remotos e memória expandida. Nesse sentido, ele reconhece que o desenvolvimento de sistemas digitais é acompanhado por desafios de ordem moral, dados os efeitos que são capazes de gerar. Disso resulta que as linguagens computacionais não são neutras, elas “performam” reflexivamente a realidade. O sentido de liberdade que a internet oferece aos seus usuários é produto da performatividade da linguagem computacional, que alcança desde a modelagem dos protocolos primários que conectam os computadores até as funções, comandos e símbolos que integram a experiência dos internautas.

A popularização dos dispositivos móveis e a implementação da Web 2.0² ofereceram as condições básicas para que a Informática (suas linguagens e valores existenciais) permeasse grande parte da sociedade e permitisse o desenvolvimento de plataformas dedicadas à oferta de serviços (privados e públicos) baseados em informação. Disso resultou o reconhecimento legal da internet como infraestrutura indispensável ao exercício da cidadania, conforme estabelece o art. 7º do Marco Civil da Internet (BRASIL, [2018]).

Do cenário presente para o futuro, vislumbra-se uma realidade tecnológica ainda em franco desenvolvimento, e uma de suas características

²“Desde o início deste século, a internet ganhou novas expectativas com o anúncio do modismo da web 2.0 [...]. Ficava para trás aquela internet mais passiva, consumista, reprodutiva, marcada por *menus* fechados e copiados, e entrava em cena a ideia da interação colaborativa que supõe autoria individual/coletiva. [...] Na web 1.0, a regra era o consumo alinhado: a internet propõe conteúdos e os usuários apenas ‘os usam’, de modo alinhado. Na web 2.0, a internet monta plataformas que facultam autorias: para utilizá-las é indispensável criar textos próprios que são, ademais, provisórios e podem ser comentados/mudados. Na web 2.0, os textos obedecem à regra da interatividade” (DEMO, 2010, p. 13).

marcantes, afirma Schwab (2016, p. 13), consiste na combinação de várias tecnologias com base na revolução digital, o que leva “a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas o ‘o que’ e o ‘como’ fazemos as coisas, mas também ‘quem’ somos”. As tecnologias avançadas, com destaque para a computação cognitiva, prometem revolucionar o Direito, assumindo tarefas e atribuições até então realizadas por juristas. Produto da Ciência da Computação, a Inteligência Artificial compreende sistemas informatizados que exibem características semelhantes à inteligência comportamental humana, como a linguagem, o aprendizado, o raciocínio, a resolução de problemas, entre outros aspectos (FERNANDES, 2003).

Desdobram-se basicamente duas leituras em relação ao papel da Inteligência Artificial no Direito: uma, de ordem incremental, confere às máquinas funções operacionais cognitivas burocráticas e repetitivas; outra, de caráter disruptivo, defendida por entusiastas da computação³, reconhece que os algoritmos poderão lidar inclusive com questões complexas, o que representaria o fim da advocacia e demais ocupações jurídicas, pelo menos do modo como são conhecidas atualmente. Esses movimentos serão conduzidos, em grande parte, pela utilização de algoritmos, que agilizarão trabalhos jurídicos repetitivos, caminhando gradativamente até processos mais sofisticados de tomada de decisão (REIS, 2020).

Considerando todos esses fatores, é preciso avaliar a caracterização e o papel da advocacia no século XXI e sua relação com as tecnologias emergentes. Estudo realizado em 2018 pelo CEPI, vinculado ao curso de Direito da Fundação

³Florão (2017, p. 52) observa que a computação cognitiva diz respeito à capacidade de os computadores aprenderem e evoluírem com base em novas informações. Afirma também que, segundo pesquisas, “até 2045, teremos acesso barato a recursos computacionais equivalentes aos da capacidade cerebral de toda a raça humana reunida”.

Getulio Vargas de São Paulo, aponta o emprego ainda tímido de tecnologias de informação nos escritórios de advocacia com destaque para aplicações básicas de organização e cadastro de informações, o que revela a existência de um “amplo espaço para implementação de ferramentas tecnológicas avançadas” (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2018a, p. 11).

O estudo informa também que um fator de destaque na adoção de soluções tecnológicas consiste no contencioso de massa, caracterizado pelo “grande volume de processos, teses repetidas e baixo retorno financeiro por demanda”. Soma-se a esse fator um gradual “processo de substituição de tarefas” relacionadas aos cargos mais baixos das estruturas organizacionais dos escritórios (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2018b, p. 18). Tal cenário revela um perfil ainda conservador, dado que as linguagens computacionais oferecem possibilidades performativas que vão além do modelo servil produtivista.

Por outro lado, a pesquisa do CEPI atesta que “profissionais com formação na área de exatas e sem formação jurídica têm sido contratados para compor equipes em escritórios de advocacia”, assim como “há organizações que adotam arranjos organizacionais peculiares com o objetivo de obter maior integração tecnológica aos serviços jurídicos”, envolvendo *startups* jurídicas, incubação e acordos de cooperação (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2018b, p. 18). Nesse contexto, o estudo aponta a emergência de ecossistemas de inovação no campo jurídico cujos principais atores são escritórios e departamentos jurídicos, desenvolvedores de tecnologia, investidores, instituições de ensino superior e entidades de fomento (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2018b, p. 16).

Verifica-se uma evidente tendência desbravadora de integrar às atividades jurídicas o protagonismo tecnológico. Esse quadro resulta de um movimento ainda maior liderado espe-

cialmente por aqueles que atribuem à revolução digital legitimidade para transformar realidades opostas ao idealismo inovador. Importa observar, contudo, que a integração das profissões jurídicas com a tecnologia deve caminhar dialogicamente⁴.

Há desafios a serem enfrentados, inclusive em relação ao quadro regulatório que disciplina a advocacia. A norma de regência estabelece restrições ao seu exercício em comunhão com outras atividades⁵, assim como estabelece o caráter privativo da postulação judicial, das atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas (art. 1º, Lei nº 8.906/1994) (BRASIL, [2020b]). Tais restrições decorrem, entre outros fatores, do intuito de preservar o múnus público da profissão frente a valores e práticas incompatíveis, em particular as de ordem mercantil. Estabelece o art. 133 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que “o advogado é indispensável à administração da justiça” (BRASIL, [2021]). No mesmo sentido dispõem o art. 2º do Estatuto da Advocacia⁶ e o art. 2º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil⁷.

⁴ A dialógica, para Morin (2011), compreende uma postura cognitiva que possibilita a articulação de ideias aparentemente antagônicas, na medida em que são consideradas, ao mesmo tempo, complementares.

⁵ O art. 1º, § 3º, do Estatuto (BRASIL, [2020b]) veda a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade. Na constituição de sociedade profissional, não se admite participação societária de quem não seja advogado (art. 16), assim como nenhuma sociedade com propósitos diversos (civis ou comerciais) pode incluir o exercício da advocacia (art. 16, § 3º) entre as suas atividades.

⁶ “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. § 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público. § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei” (BRASIL, [2020b]).

⁷ “Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua eleva-

A indispensabilidade atribuída à advocacia decorre fundamentalmente do seu múnus público, o que implica outorgar ao profissional do Direito responsabilidades que condicionam sua atuação ao cumprimento de deveres equivalentes aos que se impõem aos agentes públicos. Por isso, Ramos (2003, p. 61-62) destaca as palavras de Calamandrei ao afirmar que o advogado atua como “um elemento integrante da organização judicial, como órgão intermediário entre o juiz e a parte, no qual o interesse privado de alcançar uma sentença favorável e o interesse público de obter uma sentença justa se encontram e se conciliam”.

A função pública da advocacia materializa-se como dialética mediadora, seja na pacificação de conflitos, seja na orientação preventiva no caminho da prudência. Soma-se à realidade da advocacia a qualidade de profissão liberal e independente, o que amplia ainda mais o escopo da responsabilidade pública, já que a atuação se imiscui nos desafios que dizem respeito a certas liberdades relacionadas à realidade econômica.

É notório que nas dinâmicas de mercado predominam aspirações pautadas em resultados, o que, não raras vezes, tende a compelir os atores econômicos ao emprego de quaisquer meios. Em certa medida, o reconhecimento equívoco da neutralidade tecnológica contribui para esse quadro. Impera a noção de que a legitimidade no uso de processos e artefatos tecnológicos reside nos fins pretendidos, como se em nenhum aspecto os meios fossem coadjuvantes na conformação dessas mesmas pretensões finalísticas. Assim, Fischer (1979, p. 21-22) considera que

[o] homem tornou-se homem através da utilização de ferramentas. Ele se fez, se pro-

da função pública e com os valores que lhe são inerentes” (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2015, p. 2).

duziu a si mesmo e produziu ferramentas. A indagação quanto ao que teria existido antes, se o homem ou a ferramenta, é, portanto, puramente acadêmica. Não há ferramenta sem o homem, nem o homem sem a ferramenta: os dois passaram a existir simultaneamente e sempre se acharam indissolúvelmente ligados um ao outro.

Assim, tanto a produção quanto o uso de artefatos tecnológicos constituem os modos de ser e existir da humanidade, assumindo sempre sentido, significado e valor. Apenas em um plano metafísico abstrato é que se pode imaginar um estado de neutralidade e, portanto, de indiferença em relação à realidade. De qualquer modo, existem estudos que apontam uma probabilidade de substituição de parcela do trabalho desenvolvido por profissionais do Direito, como os advogados e os juízes, por um trabalho estruturado pela máquina (ENGELMANN; WERNER, 2019).

Embora sob pressupostos distintos, advocacia e tecnologia apresentam identidades estruturais: *ambas são instâncias de ação mediadora; estão assentadas em linguagem, informação e normatividade; e são reconhecidamente indispensáveis*. Apesar disso, por se tratar de questões humanas, a inserção gradativa de elementos computacionais no cenário jurídico, especialmente na tomada de decisões, carrega desafios éticos que não poderão ser esquecidos, como os apontados por Nieva Fenoll (2018): a valoração da prova e da argumentação jurídica, que sempre deve ser permeada pela preocupação relativa aos direitos humanos; as questões relativas à imparcialidade do juiz e à presunção de inocência. Como assegurar a ampla auditabilidade dos algoritmos movimentados na decisão? Quem orienta a alimentação do algoritmo com os dados que serão fundamentais para a tomada de decisão? A essas e outras perguntas o Direito deverá responder garantindo prioridade às questões humanas envolvidas nas decisões.

No campo da ciência da computação, observa-se a tendência de atribuir às tecnologias computacionais a qualidade de instrumento para a autonomia e liberdade individual. Tal concepção evidencia-se, por exemplo, na literatura que enfatiza a autonomia das moedas digitais (*peer-to-peer*) frente à regulação estatal⁸. Contudo, é preciso destacar que isso corresponde à passagem da mediação regulatória do Estado para a mediação performativa da linguagem computacional. Esse trânsito da mediação baseada em instituições⁹ para a mediação tecnológica, embora seja difundido como um avanço, pode representar apenas a substituição incremental do *locus* de legitimidade das instâncias de ação.

Em regra, o exercício da advocacia é marcado pelo viés liberal, o que inicialmente favorece o desenvolvimento de inovações tecnológicas no setor. Contudo, além da produtividade e eficiência que a tecnologia pode oferecer como vantagens operacionais, importa promover o aperfeiçoamento do *múnus público* da profissão. Para tanto, impõe-se o esforço de diálogo entre especialidades a fim de transcender contornos sitiados e expandir as condições para a produção de raízes integradas. A complexidade social, em parte decorrente do próprio desenvolvimento tecnológico, produz desafios que não encontram solução por meio de ações e epistemes unidimensionais.

Reconhecer a complexidade social é admitir que todas as pessoas e instituições se encontram

⁸ Nesse sentido, Pinheiro (2016, p. 315, grifo nosso) afirma que “[o] *bitcoin* permite a propriedade e transferência anônima de valores, utilizando-se de um programa de código aberto para geração, uso e transferência de moeda, onde a rede é ponto a ponto (*peer-to-peer*), ou seja, diretamente entre computadores, sem a necessidade de entidades centralizando e gerenciando a moeda”.

⁹ Para efeito deste estudo, instituições representam “as restrições concebidas pelo homem que moldam a interação humana. [...] As restrições institucionais ditam aquilo que os indivíduos são proibidos de fazer e, por vezes, as condições sob as quais se permite que alguns indivíduos exerçam determinadas atividades” (NORTH, 2018, p. 13-15).

densamente integradas a uma trama (uma rede) constituída e constituinte de múltiplas comunicações. O desenvolvimento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) contribuiu significativamente para essa complexidade ao oportunizar bens e recursos que retroalimentam os meios de produção, gerando progressivamente quantidade, qualidade e diversidade de conhecimento e informação. A esse respeito, Morin (2011, p. 69) observa que a

consciência da multidimensionalidade nos conduz à ideia de que toda visão unidimensional, toda visão especializada, parcelada é pobre. É preciso que ela seja ligada a outras dimensões; daí a crença de que se pode identificar a complexidade com a completude.

Abordagens específicas ancoradas em marcos dogmáticos são insuficientes para lidar com a realidade contemporânea. Não cabe perceber a tecnologia apenas como plataforma instrumental, servil ao Direito, sob pena de o Direito tornar-se uma instância servil à tecnologia. Aqui se abrem desafios éticos para a pesquisa na área do Direito, a fim de ter bem claros os limites desse desenvolvimento científico-tecnológico (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2013). Urge caminhar para uma abordagem integrada que reconheça o Direito e a tecnologia como instâncias reciprocamente constituintes, o que demanda aproximações que qualifiquem a performatividade da linguagem computacional e garantam a inovação sustentável das profissões jurídicas.

4 Considerações finais

As ferramentas tecnológicas não estão dadas, elas são produzidas. Assim, considerando o caráter performativo das linguagens computacionais em relação à realidade, é preciso

aproximar os saberes da Ciência da Computação dos saberes do Direito. Aqui se terá um campo fértil de pesquisa, com destaque aos desafios éticos da utilização da linguagem computacional, que é lógica e objetiva, na condução de questões humanas sempre movidas por sentimentos, interesses, ou seja, por subjetividades, talvez de difícil mensuração e parametrização em algoritmos.

O desenvolvimento de plataformas tecnológicas aptas a prover condições para lidar com os desafios profissionais presentes e futuros não comporta abordagens fragmentadas, o que exige lidar com a tecnologia para além de sua conformação instrumental. É preciso caminhar para uma abordagem dialógica transdisciplinar, que ofereça ao Direito elementos das tecnologias de informação e que as tecnologias de informação incorporem elementos do Direito. Nesse sentido, os espaços universitários precisam prover condições para a constituição de redes e interfaces (linguagens) que oportunizem a comunicação e a integração de práticas e epistemologias.

Por certo o Direito e as especialidades no campo das TICs abarcam muitos interesses comuns que só poderão emergir qualitativamente com base em linguagens e ações transdisciplinares. Aqui se tem um duplo desafio para o Direito: primeiro, perceber claramente a emergência das questões computacionais e de inteligência artificial; segundo, avaliar e normatizar esses avanços tecnológicos, que já não são futuros, mas se materializam gradativamente no presente.

Sobre os autores

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

Marcos Antônio Mattedi é doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil; pós-doutor pelo Centre de Sociologie de l'Innovation, Paris, França; professor titular e pesquisador do programa de pós-graduação em Desenvolvimento Regional da Fundação Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, SC, Brasil. E-mail: mam@furb.br

Wilson Engelman é doutor em Direito Público pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; pós-doutor em Direito Público-Direitos Humanos pela Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Espanha; professor titular e pesquisador do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; bolsista de produtividade em pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). E-mail: wengelmann@unisinos.br

Como citar este artigo

(ABNT)

ARRABAL, Alejandro Knaesel; MATTEDI, Marcos Antônio; ENGELMANN, Wilson. A performatividade da linguagem computacional e seu impacto na advocacia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 41-54, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p41

(APA)

Arrabal, A. K., Mattedi, M. A., & Engelmann, W. (2021). A performatividade da linguagem computacional e seu impacto na advocacia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(231), 41-54. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p41

Referências

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Juan J. *Aproximación crítica a la inteligencia artificial: claves filosóficas y prospectivas de futuro*. Madrid: Universidad Francisco de Vitoria, 2013. (Colección Diálogos).

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. São Paulo: Moderna, 1986.

ARAÚJO, Fernando. Inteligência artificial e possibilidades de emulação do raciocínio jurídico. In: ROCHA, Manuel Lopes; PEREIRA, Rui Soares (coord.). *Inteligência artificial & direito*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 37-50. (Obras Coletivas).

AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. Edited by J. O. Urmson and Marina Sbisa. 2nd ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1975. (The William James Lectures, 1955).

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. Tradução de Floriano Souza Fernandes. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. (Coleção Antropologia, v. 5).

BEZERRA JUNIOR, Benilton. *O valor das diferenças em um mundo compartilhado, com Benilton Bezerra Jr. (íntegra)*. [S. l.]: Instituto CPFL, 11 ago. 2015. 1 vídeo (124 min). Disponível em: <https://vimeo.com/135981067>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M.; BIZUP, Joseph; FITZGERALD, William T. *The craft of research*. 4th ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2016. (Chicago Guides to Writing, Editing, and Publishing).

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. *Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020*. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282compilado.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. *Lei nº 8.906, de 4 de junho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, [2020b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society*. 2nd ed. Chichester, West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010. (The Information Age: Economy, Society, and Culture, v. 1).

DEMO, Pedro. *A força sem força do melhor argumento*: ensaio sobre “novas epistemologias virtuais”. Brasília, DF: Ibict, 2010. Disponível em: <https://livroaberto.ibict.br/bitstream/1/959/1/For%20sem%20for%20a%20for%20a%20a.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

DEUTSCHER, Guy. *O desenrolar da linguagem*. Tradução de Renato Basso e Guilherme Henrique May. Campinas: Mercado de Letras, 2014.

DI FELICE, Massimo; TORRES, Juliana Cutolo; YANAZE, Leandro Key Higuchi. *Redes digitais e sustentabilidade*: as interações com o meio ambiente na era da informação. São Paulo: Annablume, 2012. (Coleção ATOPOS. Série Ecosofia).

ECHEVERRÍA, Rafael. *Ontología del lenguaje*. 6. ed. Santiago, CL: J. C. Sáez, 2003.

ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. Inteligência artificial e direito. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência artificial e direito*: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 149-178.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. *An introduction to empirical legal research*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2014.

FERNANDES, Ana Maria da Rocha. *Inteligência artificial*: noções gerais. Florianópolis: VisualBooks, 2003.

FISCHER, Ernst. *A necessidade da arte*. Tradução de Leandro Konder. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

FLORÃO, Marcos. Como a computação cognitiva pode revolucionar a justiça brasileira. *Fonte*: Tecnologia da Informação na Gestão Pública, Belo Horizonte, v. 14, n. 17, p. 51-52, jul. 2017. Disponível em: https://www.prodemge.gov.br/images/com_arismartbook/download/19/revista_17.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Escola de Direito de São Paulo. Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação. *O futuro das profissões jurídicas*: você está preparad@?: sumário executivo da pesquisa quantitativa “Tecnologia, Profissões e Ensino Jurídico”. São Paulo: FGV Direito SP, CEPI, 2018a. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28628>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. Escola de Direito de São Paulo. Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação. *O futuro das profissões jurídicas*: você está preparad@?: sumário executivo da pesquisa qualitativa “Tecnologia, Profissões e Ensino Jurídico”. São Paulo: FGV Direito SP, CEPI, 2018b. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28628>. Acesso em: 22 mar. 2021.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Enio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. v. 2. (Coleção Pensamento Humano).

GONÇALVES, Wilson José. *Comunicação jurídica*: perspectiva da semiótica. Campo Grande: Ed. UCDB, 2002.

LANIER, Jaron. *Bem-vindo ao futuro*: uma visão humanista sobre o avanço da tecnologia. Tradução de Cristina Yamagami. São Paulo: Saraiva, 2012.

LESSIG, Lawrence. *Code*. Version 2.0. New York: Basic Books, 2006. Disponível em: <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

LÉVY, Pierre. A esfera pública do século XXI. In: DI FELICE, Massimo; PEREIRA, Eliete; ROZA, Erick (org.). *Net-ativismo*: redes digitais e novas práticas de participação. Campinas: Papirus, 2017. p. 29-38.

_____. *A inteligência coletiva*: por uma antropologia do ciberespaço. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1999a.

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

MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Pesquisa Empírica em Direito, 2017. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

MARTINO, Luís Mauro Sá. *Teoria da comunicação: ideias, conceitos e métodos*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

MCLUHAN, Marshall. *Understanding media: the extensions of man*. Berkeley: Gingko Press, 2013.

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

NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018. (Proceso y Derecho).

NORTH, Douglass C. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Resolução n. 02/2015*. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Brasília, DF: OAB, 2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito digital*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

POSTMAN, Neil. *Technopoly: the surrender of culture to technology*. New York: Vintage Books, 1993.

RAMOS, Gisela Gondin. *Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. 4. ed. Florianópolis: Ed. OAB/SC, 2003.

REIS, Paulo Victor Alfeo. *Algoritmos e o direito*. São Paulo: Almedina, 2020. (Coleção Monografias).

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SENNETT, Richard. *A cultura do novo capitalismo*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SILVA, Ursula Rosa da. *A linguagem muda e o pensamento falante: sobre a filosofia da linguagem em Maurice Merleau-Ponty*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 1994. (Filosofia, 19).

SROUR, Robert Henry. *Poder, cultura e ética nas organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 1996.

Direito financeiro da crise

A modulação da legislação orçamentário-financeira para o combate aos efeitos da Covid-19

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR
FABIANO DE FIGUEIRÊDO ARAUJO

Resumo: Este artigo objetiva investigar a modelagem da normatização financeira e orçamentária para o enfrentamento dos efeitos da Covid-19, configurada como um efetivo *Direito Financeiro da Crise*. Essa modelagem acarretou a suspensão do paradigma normativo ordinário de controle fiscal em favor de uma normatização extraordinária, evidenciada por três fatos: o reconhecimento da calamidade fiscal da União, a concessão de medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.357 e a Emenda Constitucional nº 106/2020. A construção de um *Direito Financeiro da Crise* é um mecanismo adequado para o enfrentamento da Covid-19, mas acaba demonstrando a tendência de preocupação mais conjuntural que estrutural da legislação orçamentária brasileira.

Palavras-chave: *Direito Financeiro da Crise*. Covid-19. ADI nº 6.357. Emenda Constitucional nº 106/2020.

Budgetary crisis law: a change of Brazilian budgetary law to face the effects of Covid-19

Abstract: This paper aims to produce an investigation in a budgetary regulation to face the effects of Covid-19 in Brazil, configured as an effective *Budgetary Crisis Law*. This model causes a suspension of the ordinary budgetary law, with the construction of extraordinary regulation, evidenced by three facts: the recognition of the Union's fiscal calamity, a provisional remedy in Direct Action of Unconstitutionality n. 6.357, and the Constitutional Amendment n. 106/2020. The construction of a *Budgetary Crisis Law* ended up being an adequate mechanism to face the effects of Covid-19, but it confirmed a tendency for Brazilian budgetary law to be more concerned with immediate issues.

Recebido em 5/10/20
Aprovado em 11/1/21

Keywords: *Budgetary Crisis Law. Covid-19. ADI n. 6.357. Constitutional Amendment n. 106/2020.*

1 Considerações iniciais: paradigma normativo e contexto do *Direito Financeiro da Crise*

A recente pandemia da Covid-19 enseja um cenário fático-jurídico desafiador. O contexto sem precedentes influencia diretamente o processo de execução orçamentário-financeira no Brasil.

Afinal, não há dúvidas de que o Estado é instrumento essencial e estratégico para o combate aos efeitos negativos da pandemia, como sustentáculo de medidas de enfrentamento do grave problema sanitário e das suas muito sensíveis consequências econômicas. É natural, pois, o aumento de dispêndios públicos para dar a cobertura orçamentário-fiscal necessária à confrontação dos efeitos da Covid-19. Isso é verificado à saciedade nos últimos meses, em face da abertura de inúmeras ações orçamentárias com o intuito de atender à ampliação da estrutura de assistência pública à saúde e às políticas públicas de enfrentamento das consequências econômicas da pandemia. Como rápidos exemplos, podem-se citar:

(i) as Medidas Provisórias (MPs) n^{os} 924, de 13/3/2020, 940, de 2/4/2020, e 969, de 20/5/2020 (BRASIL, 2020f, 2020h, 2020i), que abriram créditos extraordinários na casa de dezenas de bilhões de reais para atender a políticas de assistência à saúde e enfrentar a emergência decorrente da Covid-19;

(ii) a MP n^o 937, de 2/4/2020 (BRASIL, 2020g), que abriu crédito extraordinário no importe de 98 bilhões de reais para dar cobertura ao pagamento do Auxílio Emergencial de Proteção Social a Pessoas em Situação de Vulnerabilidade, Devido à Pandemia da Covid-19, instituído pela Lei n^o 13.982, de 2/4/2020 (BRASIL, 2020e).

Tais exemplos estão longe de ser singulares no esforço fiscal empreendido no atual contexto. Há notícias de que o secretário do Tesouro Nacional da Secretaria Especial da Fazenda do Ministério da Economia explicitou que a previsão de déficit primário em 2020 ficaria na casa de 700 bilhões de reais, decorrente do alargado incremento de dispêndios públicos relacionados, de forma direta ou indireta, ao combate à Covid-19 (COM DEFICIT..., 2020).

Muitas condutas estatais no primeiro semestre de 2020 consubstanciaram empreendimento à margem de qualquer prognose recente, tais

como a criação de linhas de crédito emergencial (MP nº 944/2020 e Lei nº 13.999/2020), a concessão de subvenções sociais, aquisições imediatas e urgentes de medicamentos e até despesas relacionadas com o resgate de brasileiros no exterior.

Não há dúvidas de que todos os mecanismos de engendramento orçamentários têm sido empregados, inclusive ferramentas que não costumam ser utilizadas ordinariamente no âmbito orçamentário. Com efeito, a própria institucionalidade jurídica tradicional ampara alguns mecanismos de flexibilidade do orçamento necessários ao atendimento de questões emergenciais e urgentes.

A título de ilustração, cita-se o próprio crédito extraordinário, que, conforme o art. 167, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2021a]), é utilizado para atender a despesas imprevisíveis e urgentes – única norma de caráter orçamentário que pode ser formalizada por meio de medida provisória, inclusive. Além disso, o Novo Regime Fiscal (NRF), instituído pela Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016 (BRASIL, 2016), também logrou ter instrumentos de maleabilidade fiscal quando acentuou que créditos extraordinários não estariam incluídos no limite de despesa tratado no regime (art. 107, § 6º, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL, [2021a])). Com efeito, o modelo do NRF ampara condutas governamentais assertivas em situações de fragilidade econômica, porquanto sua característica basilar é a de instrumentalizar um mecanismo de autorização de dispêndio público sem a necessária correlação com o total de receitas públicas. Goza, pois, de caráter contracíclico uma política fiscal fomentada pelo Banco Mundial para toda a América Latina (VÉGH; VULETIN; RIERA-CRICHTON; FRIEDHEIM; MORANO; CAMARENA, 2018), visto que autoriza, de forma clara, estável e prévia, um teto de gastos públicos, independente do importe da arrecadação estatal, possibilitando que o Estado atue de forma mais expansiva em situações de baixa receita estatal, com o intuito de tentar diminuir os efeitos negativos de uma crise econômica.

Todavia, essas medidas por si sós não seriam suficientes para enfrentar uma crise econômica e sanitária sem precedentes. Afinal, num cenário de decréscimo sensível no âmbito das receitas da União e dos entes subnacionais, não haveria dúvidas de que o grande lastro de recursos para salvaguardar esse incremento de dispêndios seria o endividamento público, utilizado para custear, em grande parte, despesas de caráter corrente (nos termos da Lei nº 4.320, de 1964 (BRASIL, [1982])), potencializando mais ainda o descumprimento da conhecida *regra de ouro* entabulada pelo art. 167, III, da CRFB.

Ademais, a eventual concessão emergencial de benefícios tributários fatalmente só teria higidez normativa (art. 14 da Lei Complementar (LC)

nº 101/2000 (BRASIL, [2021c])) caso houvesse medidas de compensação por aumento ou criação de tributos, cenário evidentemente proibitivo, uma vez que a emergência derivada da Covid-19, sem que tivesse nenhuma prognose, inviabilizaria atestar que a renúncia tributária teria sido considerada na estimativa de receita da Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2020 – Lei nº 13.978/2020 (BRASIL, 2020d).

Dessa forma, verifica-se que a ordem normativa financeira teria de ser conformada a um novo paradigma, de efetivo *Direito Financeiro da Crise*. Afinal, como rememora Mendes (2020), Konrad Hesse registrava que “necessidade não conhece [limites]” e que, por isso, é importante a criação de mecanismos normativos expressos para o tratamento da situação extraordinária de necessidade, sob pena de “antecipada capitulação do Direito Constitucional diante do poder dos fatos” (HESSE, 1991, p. 32).¹

A estruturação de um *Direito de Necessidade*² ou *Estado de Crise*³ tem como escopo modelar uma liberdade de condutas e movimentos, por meio de disciplinamento extraordinário com o intuito de superar uma crise mediante a suspensão dos ordinários controles institucionais sobre a temática.

Há nesse paradigma uma clara supremacia de um polo de poder estatal em face de outro (LOEWENSTEIN, 1979, p. 285), como se vê, por exemplo, na formatação do Estado de Sítio, o qual outorga ao Poder Executivo um rol de poderes temporários não existentes em contexto normal, mediante prévia autorização congressual (arts. 138 e 139 da CRFB).

Em geral, situações de crise não logram obter a necessária previsibilidade constitucional e, por isso, podem ensejar soluções à margem do parâmetro normativo, tendo como consequências eventuais a perversão e a arbitrariedade após o deslinde da querela geradora (LOEWENSTEIN, 1979, p. 286). Doutrinadores de renome acentuam inclusive a inviabilidade de tratamento expresso da questão, por essencialmente não consubstanciar matéria que possa ser disciplinada (HESSE, 1991, p. 32).⁴

Contudo, sabe-se que Estados modernos tendem a estruturar, em suas respectivas Constituições, mecanismos que tratem de situações de crises, com o fito de empreender uma juridicidade extraordinária para reger a situação excepcional (SILVA, 2008, p. 618). A lógica por

¹ Hesse (1991), nesse ponto, esclarece que a Lei Fundamental de Bonn de 1949 não apresentou mecanismos para tratamento de situações conflituosas institucionais (a exemplo do Estado de Sítio no paradigma brasileiro), mercê dos abusos cometidos sob a égide do art. 48 da Constituição de Weimar, havendo uma clara lacuna normativa sobre o assunto.

² Denominação utilizada por Canotilho (2003, p. 1.083).

³ Denominação preferida por Loewenstein (1979, p. 285). Ressalte-se que o tratamento da excepcionalidade normativa em contextos de crise é também denominado *Estado de Exceção*; seu teórico mais conhecido é Carl Schmitt, famoso por declarar que “o Soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2009, p. 12, tradução nossa).

⁴ Por todos, Carl Schmitt (AGAMBEN, 2004, p. 22).

trás de tal cenário é a de expurgar o incentivo a voluntarismos políticos fomentados por um sentimento *extraconstitucional* de necessidade para a solvência de específica querela relevantíssima (CANOTILHO, 2003, p. 1.086).

Nessa perspectiva, engendra-se uma suspensão rigorosamente transitória e pontual da normatização ordinária para reestabelecer a regularidade institucional ou social existente antes da perturbação ensejadora da crise⁵. Como se vê, um pressuposto inerente à configuração institucional de superação de crise é a sua temporariedade, com o fito específico de solver aquela anormalidade, sob pena de efetiva inauguração de um modelo de arbitrariedade (SILVA, 2008, p. 618). Ademais, a excepcionalidade tende a ser elemento inerente ao instituto, visto que o uso constante de mecanismos permitidos no contexto de jurisprudência de crise levaria a uma inadmissível fragilização do regime democrático de governo (AGAMBEN, 2004, p. 19).

Loewenstein (1979, p. 286) registra que, em geral, há três caminhos distintos para a superação de situações de crises:

(i) um polo de poder assume, de maneira *extraconstitucional* e imediata, determinadas e excepcionais atribuições, muitas transferidas de outro polo de poder, havendo eventual amparo normativo futuro para convalidar condutas previamente empreendidas (*bill de indenidade*)⁶;

⁵ Registre-se que essa suspensão da normatização ordinária configura um cenário menos invasivo institucionalmente do que dispõe a teoria mais tradicional do *Estado de Exceção*. Com efeito, Schmitt (2009, p. 17-18) consignava que numa situação excepcional a necessidade de manutenção do Estado ostenta uma superioridade maior que a validade da norma jurídica, de modo que o Estado suspende a própria ordem jurídica em virtude do direito à sua própria conservação.

⁶ Canotilho (2003, p. 1.094) conta que esse é o mecanismo utilizado pelo Direito Constitucional inglês. De fato, “através do recurso ao *Act of Indemnity ou Indemnity Bill*, o Parlamento legaliza as actuações do governo consideradas ilícitas no momento da sua prática. O *Bill* de Indenidade serve, pois, para apagar a responsabilidade penal ou civil

(ii) a instituição de regramentos expressos no âmbito da ordem jurídica para o tratamento do *Direito de Necessidade*, cenário corriqueiro em Constituições do contexto europeu e latino-americano (CANOTILHO, 2003, p. 1.093); ou

(iii) o polo de poder logra obter poderes delegados do parlamento para a solução do problema subjacente à crise.

No atual cenário de crise, dada a dificuldade do emprego ordinário da legislação financeira para o enfrentamento da Covid-19, verifica-se que o mecanismo institucional acabou moldando um novo paradigma de ordem jurídico-financeira claramente excepcional e suspensiva do modelo ordinário de tratamento orçamentário-financeiro.

Essa ilação pode ser evidenciada mediante o exame de três fatos tematicamente pertinentes: (i) o reconhecimento da calamidade pública para fins do art. 65 da LC nº 101/2000 (BRASIL, [2021c]), com a desnecessidade de cumprimento da meta fiscal prevista ao exercício de 2020; (ii) a concessão de medida cautelar no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.357 (BRASIL, 2020l), na qual foi realizada a interpretação conforme de dispositivos da LC nº 101/2000 e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) de 2020, a fim de afastar a exigência de se demonstrar adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela Covid-19; e (iii) a edição da EC nº 106, de 7/5/2020 (BRASIL, 2020b), que institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para o enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente da Covid-19.

É importante aduzir que a solução da atual crise orçamentário-financeira não ocorreu à

dos membros do Executivo e seus subordinados quando, em casos de emergência, violem as constituições ou as leis”.

margem do espectro normativo: deu-se principalmente por força da muito elogiosa decisão exarada no âmbito da ADI nº 6.357, a qual permitiu, na prática, o adiantamento de medidas supervenientes e corretamente entabuladas pela EC nº 106/2020.

Firmadas essas considerações, passa-se ao exame desses três fatos inerentemente relacionados, que delinearão um modelo de *Direito Financeiro da Crise* para o País.

2 A crise orçamentário-financeira e as etapas de superação

O escopo deste tópico é evidenciar a superação da crise orçamentário-financeira no contexto do combate aos efeitos da Covid-19 mediante três fatos relacionados.

2.1 O reconhecimento da calamidade pública para fins do art. 65 da LC nº 101/2000

A LC nº 101/2000, comumente denominada “Lei de Responsabilidade Fiscal” (LRF), teve como finalidade disciplinar o disposto nos arts. 163 e 169 da CRFB, a fim de dar uniformidade federativa quanto a finanças públicas, regras de endividamento e concessão de garantias, limites para a celebração de operação de créditos, transparência contábil e limites à despesa de pessoal (SCAFF, 2013, p. 44).

A LRF adveio no contexto do Programa de Estabilidade Fiscal, lançado ao final do primeiro governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, objetivando, conforme previa a Exposição de Motivos que acompanhou o projeto de lei apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, “a drástica e veloz redução do déficit público e a estabilização do montante da dívida pública em relação ao Produto Interno Bruto da economia” (BRASIL, 1999, p. 10.145).

Entre as suas várias rígidas regras de cunho fiscal está a de que a LDO deverá prever anualmente metas de resultado fiscal (art. 4º, § 1º, da LRF), a fim de nortear o deslinde da execução de despesas confrontando-o com o desempenho de arrecadação fiscal para obter um equilíbrio fiscal.

A própria LRF previu que deveria ser estabelecida normativamente a metodologia de apuração dos resultados primário e nominal (art. 30, § 1º, IV (BRASIL, [2021c])), o que até o presente não ocorreu. Por isso, no âmbito da União, ordinariamente se prevê nas LDOs que a mensagem que encaminhar o projeto de lei orçamentária estabeleça a sistemática de avaliação do cumprimento das metas⁷.

O método tradicional de cálculo do resultado fiscal primário no âmbito da União é o *Abaixo da Linha*, o qual tem como norte aferir a variação do fluxo do endividamento público líquido ao promover a subtração entre os ativos do setor público não financeiro e o total de obrigações do setor público não financeiro, excluindo-se os componentes financeiros do resultado fiscal do setor público (SILVA, 2019, p. 229-230).

O resultado fiscal primário previsto na LDO tem vigência anual e, por isso, consoante exigência do art. 9º da LRF, caso verificado – ao final de um bimestre – que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal, os Poderes e o Ministério Público promoverão limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela própria LDO. Como se vê pela literalidade do preceito, em tal hipótese os chefes das unidades autônomas orçamentárias devem realizar o referido controle de execução orçamentária e financeira, por consubstanciar uma conduta vinculada (e não discricionária).

⁷Essa é a regra estabelecida, por exemplo, pela LDO de 2020 (art. 10, IV, da Lei nº 13.898, de 11/11/2019 (BRASIL, [2020c])).

Firmada tal consideração, inexistiam dúvidas de que o cenário derivado da Covid-19 seria perverso na economia nacional, uma vez que as medidas de controle da enfermidade gerariam a necessidade de largo gasto público. Esse contexto inviabilizaria factualmente o cumprimento do resultado fiscal previsto no art. 2º da Lei nº 13.898/2019 (LDO 2020) (BRASIL, [2020c]), uma vez que a aplicação do contingenciamento exigido bimestralmente pelo art. 9º da LRF ocasionaria a suspensão das atividades da Administração Pública federal, impossibilitando inclusive a própria autorização de despesas públicas para o enfrentamento da pandemia.

Assim, com lastro no art. 65 da LRF (BRASIL, [2021c]) – o qual prevê que, em caso de reconhecimento de calamidade pública pelo Congresso Nacional, a União estaria dispensada de cumprir os resultados fiscais previstos na LDO e de realizar limitações de empenho previstas pelo art. 9º da LRF enquanto perdurar a situação geradora da calamidade –, a Presidência da República solicitou, por meio da Mensagem Presidencial nº 93/2020, o aludido reconhecimento.

Em linhas gerais, a declaração de calamidade tem como foco não ser um fim em si, mas ser a qualificação de um estado que, quando reconhecido, deflagre consequências previstas em um determinado regime jurídico⁸.

Na espécie, a expressão *calamidade pública*, de semântica alargada, abarca não necessariamente catástrofe espacial momentânea decorrente de desastres naturais, mas também dificuldades das mais diversas ordens, na qual se enquadra, sem nenhuma dúvida, a pandemia em comento⁹.

⁸ Havendo o reconhecimento de calamidade pública, por exemplo, soa possível a contratação direta por emergência (art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, [2017])).

⁹ Sob a égide da EC nº 1/1969 (BRASIL, [1988]), havia a interpretação de que o enfrentamento de calamidade pública abarca o combate às “secas e inundações, a luta contra

Por sua vez, o Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 20/3/2020 (BRASIL, 2020a), reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública com efeitos até 31/12/2020, exclusivamente para os fins do art. 65 da LRF, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da LDO 2020 e para a limitação de empenho de que trata o art. 9º da LRF.

Observe-se que o Congresso Nacional foi atento ao fato de que os efeitos do art. 65 da LRF deveriam adstringir-se até o final do exercício, independentemente de as medidas de gestão, ou eventuais efeitos econômicos negativos da calamidade decorrente do surto da Covid-19, serem limitadas a específicos períodos de 2020.

Afinal, o resultado fiscal entabulado pela LC nº 101/2000, e tratado especialmente em seu art. 9º, é construído normativamente como anual (ou seja, o exercício financeiro coincide com o inteiro ano civil), de sorte que as revisões bimestrais (com consequentes contingenciamentos ou recomposições, conforme o caso) configuram apenas marcos temporais de controle para balancear a execução orçamentária e financeira a fim de alcançar o resultado fiscal do exercício.

Caso se compreendesse que a dispensa de atingimento dos resultados fiscais, com a consequente desnecessidade de contingenciamento, fosse apenas adstrita a determinados períodos de um ano, o escopo do art. 65 da LRF seria fatalmente infirmado, uma vez que a União teria de fazer supervenientes limitações de empenho bastante superiores, com o fito de compensar contingenciamentos não realizados, ensejando factualmente o efeito que pretensamente se deseja afastar pelo reconhecimento da calamidade pública, que é o da paralisação do funcionamento do Estado.

as endemias rurais e os desastres ‘fim preciso’ do Estado” (MIRANDA, 1973, p. 36).

2.2 A concessão da Medida Cautelar na ADI nº 6.357

O reconhecimento da calamidade pública pelo Congresso Nacional outorgou ao Poder Executivo federal a flexibilidade de não mais fazer limitações de execução às ações orçamentárias já previamente autorizadas pelo Poder Legislativo.

Sem embargo, o art. 65 da LRF, em sua redação original, a despeito de permitir a desnecessidade de cumprimento do resultado fiscal primário entabulado pela LDO 2020, para fins de deslinde da execução orçamentária e financeira, não autorizava o afastamento de outras regras estruturadas pela própria LRF com o objetivo de indicar medidas de compensação para a construção legal de benefícios tributários ou subvenções geradoras de despesas públicas.

Em face desse contexto, a LC nº 173, de 27/5/2020 (BRASIL, [2021d]), modificou o art. 65 da LRF exatamente para alargar as medidas de cunho orçamentário-financeiro que podem ser empregadas no contexto de calamidade. Por outro lado, a maioria das medidas de salvaguarda em face da Covid-19 necessitou ser colocada em prática antes da nova redação do art. 65 da LRF.

Segundo o art. 14 da LRF (BRASIL, [2021c]), para a concessão ou a ampliação de um benefício de caráter tributário, deverá haver estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência, e nos dois subsequentes será necessário seguir o disposto na LOA e atender a uma destas condições: (i) demonstrar na proposta normativa que a renúncia tributária foi considerada na estimativa de receita da LOA e que não afetará as metas de resultados fiscais da LDO; ou (ii) estar acompanhada de medidas de compensação, no período objeto da estimativa do impacto orçamentário, por aumento ou criação de tributos.

Tal preceito configura uma condicionante para a higidez da constituição do benefício tributário. Por sua vez, a estimativa de impacto orçamentário-financeiro tem como escopo aferir o montante de renúncia tributária derivada da benesse normativa, de modo a ser recomposta por uma das formas articuladas acima. No atual contexto, todavia, fica evidente que a hipótese (i) soaria inaplicável, porquanto inexistia qualquer prognose sobre o contexto da Covid-19 quando da elaboração da LOA, de sorte que a única forma de outorgar um benefício fiscal seria mediante compensação.

Por outro lado, o art. 16 da LRF (BRASIL, [2021c]) estabelece que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa serão acompanhados, entre outros requisitos, de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes. Por sua vez, o § 2º do preceito registra que essa estimativa será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

Essas regras inclusive foram mais incisivas no âmbito da LDO 2020. Seu art. 114 determina que qualquer propositura legislativa que, direta ou indiretamente, gere aumento de despesa da União esteja acompanhada da estimativa financeira no exercício que vier a entrar em vigor e nos dois seguintes, bem como indique a correspondente compensação para efeito de adequação orçamentária e financeira. Outrossim, o § 14 do preceito prevê que as medidas de compensação devem ser implementadas mediante aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição (BRASIL, [2020c])¹⁰.

¹⁰ Consoante a literalidade do art. 165, § 2º, da CRFB (BRASIL, [2021a]), a LDO tem como mister estabelecer as metas e prioridades da Administração Pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro.

A prévia necessidade de indicação de medidas compensatórias para a realização de despesas públicas inviabilizaria a estruturação legal célere de políticas públicas de enfrentamento das consequências econômicas e sanitárias da pandemia, cenário que não seria condizente com o contexto da calamidade vivida.

Coincidentemente, os preceitos em destaque na LRF foram julgados constitucionais poucos meses antes da emergência da Covid-19, quando, em continuação do julgamento da ADI nº 2.238 (BRASIL, 2020k), proposta em face da LRF, dez ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) declararam a constitucionalidade dos arts. 14, II, 17 e 24 da LRF.

Por outro lado, em cenário de crise e emergência excepcional, a aplicabilidade estrita desses preceitos poderia inviabilizar a construção de medidas tendentes a salvaguardar valores constitucionais de evidente importância, a exemplo da tutela à saúde (art. 6º) e ao trabalho (arts. 1º, IV, 7º e 193) (BRASIL, [2021a]). Diante desse dilema, a Advocacia-Geral da União (AGU) propôs ADI, registrada sob o nº 6.357, pleiteando provimento liminar a fim “de conferir interpretação conforme à Constituição aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), e ao artigo 114, *caput*, *in fine*, e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020 (LDO/2020)”;

ro subsequente, orientar a elaboração da lei orçamentária anual, dispor sobre as alterações na legislação tributária e estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento, de modo a servir como um parâmetro de exame de validade da superveniente LOA. Sem embargo, há uma tendência de construção de regras dentro da LDO à margem desta estrita previsão constitucional, tais como regras sobre pagamento de subvenções ou auxílio, procedimentos de publicidade orçamentária e, inclusive, metodologia de construções de normas legais materiais geradoras de despesas, a exemplo do preceito em comento. Sobre a possibilidade de utilização da matéria da LDO prevista estritamente na Constituição, como parâmetro de validade de leis, por intermédio da *Teoria das Leis Reformadas*, e discussão sobre o alargamento do uso da LDO e consequentes críticas, ver Oliveira (2017).

“de modo a afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação do Covid-19” (BRASIL, 2020l, p. [9-61]). A proposta da AGU, na espécie, é ponderar a literalidade da LRF e da LDO, estruturadora de uma rigidez fiscal relevante em um cenário ordinário, mas não em um contexto excepcional, no qual o desembaraço decisório é imprescindível para o enfrentamento da crise. Em linhas gerais, uma clara suspensão da normatização ordinária de cunho financeiro em face do contexto aqui debatido.

O relator da ADI nº 6.357, ministro Alexandre de Moraes, deferiu a liminar

para CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, *caput*, *in fine* e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, para, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19 (BRASIL, 2020l, p. [9]).

O ministro relator, após acentuar a juridicidade dos preceitos da LRF e da LDO, inclusive destacando as suas respectivas relevâncias no contexto da preservação do equilíbrio fiscal, corroborou a excepcionalidade do cenário e defendeu que a ponderação dos dispositivos seria necessária para salvaguardar a própria competência constitucional de proteção à vida e à saúde pública. Relevante é este excerto da decisão liminar:

O surgimento da pandemia de COVID-19 representa uma condição superveniente absolutamente imprevisível e de consequências gravíssimas, que, afetará, drasticamente, a execução orçamentária anteriormente planejada, exigindo atuação urgente, duradoura e coordenada de todas as autoridades federais, estaduais e municipais em defesa da vida, da saúde e da própria subsistência econômica de grande parcela da sociedade brasileira, tornando, por óbvio, lógica e juridicamente impossível o cumprimento de determinados requisitos legais compatíveis com momentos de normalidade (BRASIL, 2020, p. [19]).

A relevância do contexto fático como elemento norteador da exegese jurídica é matéria assaz acentuada na doutrina especializada¹¹. À presente discussão importa lembrar que o relator reconheceu que o esmorecimento dos requisitos legais em comento é compatível com “momentos de normalidade”, mas não com a situação excepcional decorrente da Covid-19.

O fundamento da decisão é coerente com a lição de Häberle (2003, p. 48) sobre a lógica do *pensamento de possibilidades* e sua necessária correlação com o *pensamento da realidade* e o *pensamento da necessidade*. Como acentua Mendes (2020), Häberle defende que, num contexto democrático, não se empreender alternativas para a solvência das querelas advindas no âmbito jurídico.

Häberle argumenta que o *pensamento das possibilidades* concebe a delimitação de várias alternativas, induzindo, pois, a uma maior magnitude de conformação jurídica. Essa ampliação ocorre quanto maior for o rol de institutos fundamentais num cenário constitucional, a exemplo de pluralismo, espaço público ou direitos fundamentais e sociais (HÄBERLE, 2003, p. 49). O

¹¹ Por todos, citam-se Müller (2011) e o próprio Hesse (1991), que, a despeito de estruturar em famosa obra a autonomia do Direito Constitucional, não autorizou o mesoscabo da realidade.

pensamento de possibilidades não é um fim em si, mas uma ferramenta para manter e reestruturar a liberdade dos indivíduos, promover o equilíbrio dos interesses em jogo e conservar a Constituição no deslinde temporal, sendo um meio para incrementar o caráter inovador das normas jurídicas (HÄBERLE, 2003, p. 52-54)¹². Todavia, importa que haja conjunção do *pensamento de possibilidades* com o *pensamento da realidade* e com o *pensamento da necessidade* como elementos de validade e conteúdo das normas jurídicas – e, principalmente, que tais pensamentos não estejam fora do horizonte normativo. A propósito:

De entrada, el pensamiento de las posibilidades, las necesidades y la realidad no puede ser aplicado de manera “independiente” frente la norma jurídica. Se trata de la “valoración” de lo real, de las posibilidades y de la incorporación de lo necesario; se trata de una tarea de delimitación a partir de lo normativo. ¡No es que la realidad, las posibilidades y las necesidades existan sin valoración y sin supuestos previos! Sería ilusorio suponer que una “buena” política constitucional podría ser la resultante de factores que no contuvieran ya el “input” normativo que determina el “buen” resultado. Las valoraciones ya están en juego, incluso cuando se trata de diagnosticar empíricamente la realidad, y aun tratándose de las posibilidades libres, “desencadenadas”, frente a toda norma (HÄBERLE, 2003, p. 56-57).

Na espécie, o ministro relator da ADI nº 6.357 empreendeu uma exegese dos dispositivos da LRF e da LDO 2020 com clara valo-

¹² Nesse ponto, fica claro que o efeito potencializador do pensamento de possibilidades não é o de apenas estruturar novos preceitos normativos, mas efetivamente o de “oxigenar” a exegese jurídica relacionada com específica norma jurídica, havendo, assim, bastante sintonia com a lição de Chemerinsky (1987, p. 57) de que o significado e o sentido da Constituição devem evoluir por interpretação.

ração da realidade e, em atenção ao processo de escolha de cenários de possibilidades, entendeu que a decisão mais consentânea com a solução da espécie seria afastar pontualmente as regras fiscais.

Essa conduta do ministro Alexandre de Moraes, além de evidenciar uma interpretação constitucional dos preceitos legais já tanto referidos, objetivou trazer solução a uma crise verificada dentro do Direito Financeiro positivo: a então inexistência de amparo objetivo-normativo expresso para tratar da construção de disposições legais concessivas de benefícios em âmbito emergencial. Além disso, aspecto relevante desse provimento jurisdicional é objetivar a solução de uma querela – de resposta não clara e óbvia no ordenamento jurídico, com base no próprio Direito – com clara preservação da institucionalidade, evitando-se a lembrança de Loewenstein (1979) de superação de crise por via extraconstitucional.

Finalmente, saliente-se que em 13/5/2020 o STF referendou a medida cautelar deferida, mas extinguiu a ação por perda superveniente de objeto, em face da promulgação da EC nº 106, de 7/5/2020, que instituiu regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para o enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia.

2.3 A EC nº 106/2020

Como terceiro alicerce da sistemática do *Direito Financeiro da Crise*, aponta-se a promulgação da EC nº 106/2020, conhecida como “Emenda do Orçamento de Guerra”, que estruturou um regime extraordinário fiscal com o intuito de implementar uma maior flexibilização para o combate aos efeitos econômicos e sanitários oriundos da Covid-19.

É evidente que antes mesmo da pandemia havia dificuldade de cumprimento pela União da

denominada *regra de ouro*, prevista pelo art. 167, III, da CRFB, a qual estabelece a vedação de se realizarem operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta (BRASIL, [2021a]). O enfrentamento da pandemia geraria decerto um amplo incremento de despesas correntes, oriundas principalmente de endividamento público, ensejando ainda mais o desequilíbrio cujo preceito tenta evitar. Como se vê, tal mandamento é constitucional e, por isso mesmo, não foi afastado pelas duas medidas anteriormente tratadas por este artigo.

Assim, como houve consenso político em se afastar a avaliação da *regra de ouro* no presente exercício, somado à necessidade de modelar uma maleabilidade orçamentária contextual, adveio a aludida EC. Ela não prevê expressamente a alteração de dispositivo do corpo principal da CRFB; dispõe apenas sobre regras transitórias, modelando um sistema jurídico-orçamentário específico para tratar do cenário.

Entre as suas regras, encontram-se: (i) a dispensa de observância do § 1º do art. 169 da CRFB (autorização prévia em LDO e disponibilidade orçamentária) para a contratação por tempo determinado a fim de atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, para fins de enfrentamento do contexto da calamidade e de seus efeitos sociais e econômicos (art. 2º, *caput*, da EC); (ii) as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza

tributária da qual decorra renúncia de receita (art. 3º, *caput*, da EC), constitucionalizando expressamente o entendimento sufragado pelo ministro Alexandre de Moraes na ADI nº 6.357; (iii) a dispensa, durante o exercício financeiro de 2020, da necessidade de cumprimento da *regra de ouro* (art. 4º da EC); (iv) os recursos decorrentes de operações de crédito realizadas para o refinanciamento da dívida mobiliária, os quais são legalmente vinculados à amortização do principal da dívida pública (art. 29, V, da LRF), poderão ser utilizados também para o pagamento de seus juros e encargos (art. 6º da EC); e (v) a convalidação dos atos de gestão praticados a partir de 20/3/2020, desde que compatíveis com o teor da EC (BRASIL, 2020b).

A tramitação da EC, de iniciativa parlamentar, foi bastante expedita no âmbito do Congresso Nacional. O relator da propositura no Senado Federal foi o senador Antonio Anastasia. Em seu relatório, houve a explicitação de que a forma adequada de tratamento da matéria no aspecto legístico deveria ser uma normatização autônoma, e não uma alteração no corpo principal da Constituição, uma vez que, “[e]m uma situação normal, nenhum parlamentar defenderia a flexibilização de regras administrativas, fiscais, financeiras e monetárias presentes na Constituição”. Sem embargo, registou o senador que o momento estava sob a égide de uma “situação excepcional sobre a qual – mesmo não tendo sido prevista pela Constituição – temos o dever de dar uma resposta concreta” (BRASIL, 2020j, p. [8-9]).

Verifica-se, pois, que mais uma vez o *background* subjacente à propositura foi a emergência de uma crise na qual a normatização jurídica positiva ordinária não bastava para o seu deslinde. Assim, o poder constituinte derivado modelou um paradigma normativo reputado adequado para infirmar a rigidez fiscal-orçamentária, procurando consolidar a inter-

pretação sufragada pelo STF no âmbito daquela ADI. Ademais, trouxe um preceito expresso em convalidar condutas administrativas praticadas antes mesmo da promulgação da EC.

3 Considerações finais

Sem dúvidas, no primeiro semestre de 2020 confrontaram-se os limites da estrutura jurídico-orçamentária brasileira que motivaram soluções dentro da institucionalidade.

A proposta de solução de uma crise acaba ensejando a natural ampliação dos poderes da função executiva de governo (LOEWENSTEIN, 1979, p. 284-285). Isso foi o que se extraiu do contexto examinado, em que se ponderou a função de controle do Congresso Nacional em relação à modelagem orçamentária brasileira, não se podendo olvidar que o próprio controle político foi a razão primordial da instituição da lei orçamentária, mormente sob a concepção do Estado liberal (GIACOMONI, 2012, p. 55).

A formatação de respostas ao deslinde do *Direito Financeiro da Crise* foi subordinada ao rito da institucionalidade, como se demonstrou, o que não deixa de evidenciar uma elevada maturidade das funções de poder no País, que não autorizaram um enfrentamento da crise à margem da modelagem constitucional.

De qualquer forma, a estruturação de mecanismos jurídico-orçamentários suficientes para a solução da atual crise evidencia mais uma vez que a preocupação, no âmbito do *Direito Financeiro*, é muito mais conjuntural que propriamente a formatação de um regime jurídico-financeiro consentâneo com os objetivos originários da Constituição¹³.

Essa ilação pode levantar a discussão sobre a própria necessidade de aprofundamento das

¹³ Esse processo é bem explicitado em Silveira (2019).

reformas da modelagem jurídico-orçamentária no País, agora com viés efetivamente estrutural, dado que as recentes modificações operadas pela LC nº 173/2020 na LRF são apenas um primeiro exercício – muito válido, diga-se – com vistas a esse empreendimento. Nesse sentido, a também muito oportuna EC nº 109, de 15/3/2021 (BRASIL, 2021b), aponta desejáveis elementos estruturais que, em breve, certamente serão objeto de devida regulamentação.

Sobre os autores

José Levi Mello do Amaral Júnior é doutor pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; livre-docente da USP, São Paulo, SP, Brasil; professor associado de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: jose.levi@usp.br

Fabiano de Figueirêdo Araujo é mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; doutorando em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Brasília, DF, Brasil; professor do programa de graduação em Direito do IDP, Brasília, DF, Brasil; procurador da Fazenda Nacional, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: fabiano_cg@bol.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. Direito financeiro da crise: a modulação da legislação orçamentário-financeira para o combate aos efeitos da Covid-19. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 55-70, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p55

(APA)

Amaral, J. L. M. do, Jr., & Araujo, F. de F. (2021). Direito financeiro da crise: a modulação da legislação orçamentário-financeira para o combate aos efeitos da Covid-19. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(231), 55-70. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p55

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. (Estado de Sítio).

BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto Legislativo nº 6, de 2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por

meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília, DF: [Presidência da República], 2020a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020*. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Brasília, DF: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *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; acrescenta à Constituição Federal os arts. 164-A, 167-A, 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2021b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc109.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. EM Interministerial nº 106/MOG/MF/MPAS, de 1999. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 54, n. 47, p. 10.145-10.146, 18 mar. 1999. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD18MAR1999.pdf#page=110>. Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. *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, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020*. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle [sic] dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1982]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019*. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2020 e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13898.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Lei nº 13.978, de 17 de janeiro de 2020*. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 2020d. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13978.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020*. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 924, de 13 de março de 2020*. Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Educação e da Saúde, no valor de R\$ 5.099.795.979,00, para os fins que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 2020f. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv924.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 937, de 2 de abril de 2020*. Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Cidadania, no valor de R\$ 98.200.000.000,00, para os fins que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 2020g. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv937.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 940, de 2 de abril de 2020*. Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Saúde, no valor de R\$ 9.444.373.172,00, para os fins que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 2020h. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv940.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 969, de 20 de maio de 2020*. Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Saúde, no valor de R\$ 10.000.000.000,00, para os fins que especifica, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020i. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv969.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. Senado Federal. *Parecer nº 22, de 2020*. De Plenário, em substituição à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2020, do Deputado Rodrigo Maia e outros, que institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente de pandemia internacional; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2020j. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8095932&ts=1590410176314&disposition=inline>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.238/DF*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar 101/2000. Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Impugnação principal com base no princípio federativo (artigos 4º, § 2º, II, parte final, e § 4º, 11, parágrafo único; 14, inciso II; 17, §§ 1º a 7º; 24; 35, 51 e 60 da LRF) [...]. Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B; Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Socialista Brasileiro – PSB. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 24 de junho de 2020k. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753826907>. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.357/DF*. Referendo de medida cautelar. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Arts. 14, 16, 17 e 24. Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO/2020). Art. 114, *caput*, e parágrafo 14. Interpretação conforme à Constituição [...]. Requerente: Presidente da República. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de maio de 2020l. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754438956>. Acesso em: 23 mar. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHEMERINSKY, Erwin. *Interpreting the Constitution*. New York: Praeger, 1987.

COM DEFICIT de 9% em 2020, dívida pública pode chegar a 90% do PIB, alerta Mansueto. *Senado Notícias*, Brasília, DF, 14 maio 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/>

noticias/materias/2020/05/14/com-deficit-de-9-em-2020-divida-publica-pode-chegar-a-90-do-pib-alerta-mansueto. Acesso em: 22 mar. 2021.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 16. ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Traducción e índices de Héctor Fix-Fierro. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. (Serie Doctrina Jurídica, 47). Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/14-el-estado-constitucional-1a-reimp>. Acesso em: 22 mar. 2021.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* = Die normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979. (Publicaciones del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Barcelona. Biblioteca de Ciencia Política. Colección Demos).

MENDES, Gilmar. Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucionais. *Consultor Jurídico*, [São Paulo], 11 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em: 22 mar. 2021.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*: com Emenda n. 1, de 1969. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. t. 2.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito I*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Weder de. *Lei de diretrizes orçamentárias: gênese, funcionalidade e constitucionalidade: retomando as origens*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SCAFF, Fernando Facury. O que são normas gerais de direito financeiro? In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de direito financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 30-44.

SCHMITT, Carl. *Teología política*. Traducción de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta, 2009. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

SILVA, Amadeu Braga Batista. A regulação jurídica brasileira da apuração do saldo ou resultado fiscal pela necessidade de financiamento do setor público. In: CONTI, José Mauricio (coord.). *Dívida pública*. São Paulo: Blucher, 2019. p. 219-241. (Série Direito Financeiro). Disponível em: <https://openaccess.blucher.com.br/article-details/09-21498>. Acesso em: 22 mar. 2021.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. de acordo com a Emenda Constitucional 56, de 19/12/2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Francisco Secaf Alves. *O Estado econômico de emergência e as transformações do direito financeiro brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Coleção Direito Financeiro Atual).

VÉGH, Carlos A.; VULETIN, Guillermo; RIERA-CRICHTON, Daniel; FRIEDHEIM, Diego; MORANO, Luis; CAMARENA, José Andrée. *Fiscal adjustment in Latin America and the Caribbean: short-run pain, long-run gain?: semiannual report*. Washington, DC: World Bank, 2018. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29666>. Acesso em: 22 mar. 2021.

O caso *Abaporu* e as restrições à livre circulação de obras de arte no Direito brasileiro

FRANCISCO ANTÔNIO DE BARROS E SILVA NETO

Resumo: O ensaio aborda as restrições à circulação internacional de obras de arte portadoras de referência à ação, à identidade e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, com ênfase no Decreto-lei nº 25/1937 e nas Leis nºs 4.845/1965 e 5.471/1968, a partir do caso *Abaporu*, quadro de Tarsila do Amaral.

Palavras-chave: Patrimônio cultural. Obras de arte. Circulação internacional.

The *Abaporu* case and restrictions on the free movement of works of art under Brazilian law

Abstract: The essay addresses the restrictions on the international circulation of works of art bearing reference to the action, identity and memory of the groups that form Brazilian society, with emphasis on Laws 25/1937, 4.845/1965 and 5.471/1968, based on the case of the painting *Abaporu*, by Tarsila do Amaral.

Keywords: Cultural heritage. Works of art. International circulation.

1 Introdução: o caso *Abaporu*

Idos de 1928. Tarsila do Amaral pinta uma pequena tela, de 85 por 73 cm, e oferece-a como presente de aniversário ao marido, o poeta Oswald de Andrade. A tela tem o fundo azul; na parte superior, um disco amarelo, de feição solar, com núcleo mais escuro e halo mais claro; uma estrutura fitomórfica, que remete a um cacto; no primeiro plano, um ser humano sentado numa planície, visto sob uma perspectiva em que as suas

Recebido em 16/12/20
Aprovado em 6/5/21

extremidades (pé e mão) se apresentam com volumes desproporcionais, dominando a tela. A posição inclinada da cabeça (como se apoiada numa das mãos), a solução de luz e sombra utilizada na face e a ausência de lábios conferem-lhe um tom melancólico, que se acentua pela solidão desértica da paisagem em si.

A paleta de cores – tons de verde, amarelo e azul, como nos símbolos nacionais – não dista muito das suas obras anteriores, da fase chamada *Pau-Brasil*, em que também se podem ver estruturas vegetais e solares semelhantes. O traço marcante dessa tela, porém, é a distorção da figura humana, de volumes surreais, aberta a várias interpretações¹.

Conforme a narrativa tradicional (AMARAL, 2015, p. 46), após aquele aniversário, Oswald de Andrade e o escritor Raul Bopp decidiram batizar a tela com o nome *Abaporu*, com base na junção de três palavras em tupi, significando “o homem que come gente”. Em torno dessa ideia, cria-se o movimento antropofágico, uma vertente do Modernismo, com a fundação do Clube de Antropofagia e a publicação, por Oswald de Andrade, do *Manifesto Antropófago*, metáfora desse processo criativo de “digerir” os elementos estrangeiros para a formação da arte nacional².

Nos anos seguintes, Tarsila participa desse projeto com uma sequência de obras, entre as quais a tela *Antropofagia*, de maior porte (126 por 142 cm), em que dá continuidade à criação desses elementos humanos e vegetais, previamente vertidos no *Abaporu*. Fala-se, então, da fase *antropofágica* da sua pintura, que se estenderia até a fase *social*, a partir da tela *Operários*, de 1933³. Conquanto não tenha participado da Semana de Arte Moderna de 1922 – por óbvia cronologia –, o *Abaporu* ficaria indelevelmente associado ao Modernismo paulista e, diante do histórico processo de sobreposição desse movimento aos modernismos regionais⁴, entronizado como peça-chave do Modernismo brasileiro.

Na sequência dos fatos, a pintora sofre um revés: descobre o envolvimento do marido com a escritora Patrícia Galvão, a Pagu, que os levaria ao divórcio em 1929. Como relata sua sobrinha-neta (AMARAL, 2015, p. 72), no processo de separação o escritor devolve-lhe o *Abaporu* em troca da obra *O enigma de um dia*, de Giorgio de Chirico, que hoje se encontra no Museu de Arte Contemporânea da Universidade de São Paulo.

¹ Por exemplo, um autorretrato da artista nua ou uma releitura de *O pensador*, de Rodin, deslocando-se a ênfase para os membros e as suas extremidades.

² “Só a Antropofagia nos une. Socialmente. Economicamente. Filosoficamente. Única lei do mundo. Expressão mascarada de todos os individualismos, de todos os coletivismos. De todas as religiões. De todos os tratados de paz. *Tupi, or not tupi, that is the question*” (ANDRADE, 2017, p. 45).

³ Há quem fale em uma fase intermediária, a *neo-Pau-Brasil*, mas os seus limites não nos parecem muito claros.

⁴ Mais amplamente sobre o tema, ver Azevedo (1996).

Décadas depois, Tarsila vende o *Abaporu* a Pietro Maria Bardi, um dos fundadores do Museu de Arte de São Paulo (Masp), que o repassa ao colecionador Érico Stickel. Deste, o quadro segue às mãos do galerista Raul Forbes, com quem permanece até ser levado em 1995 à casa de leilões Christie's, em que seria arrematado pelo empresário argentino Eduardo Constantini, fundador do Museu de Arte Latino-Americana de Buenos Aires (Malba) (AMARAL, 2015, p. 76).

Desde a arrematação e integração ao acervo do Malba, o *Abaporu* retornou algumas vezes ao Brasil, tendo sido exposto na Pinacoteca do Estado de São Paulo, no Masp e no Palácio do Planalto. Nessas idas e vindas, não raramente surge a pergunta: por que uma obra tão significativa para a cultura brasileira não permaneceu no País? É essa pergunta que se pretende responder no presente ensaio, mediante a análise da legislação vigente e de suas deficiências.

2 A plurivalência das obras de arte

As obras de arte possuem, obviamente, uma dimensão econômica⁵ e integram o universo de coisas submetidas ao comércio, inclusive o internacional. Diante do seu potencial de agregar significativos valores econômicos, prestam-se como instrumentos para a acumulação e a circulação de riquezas⁶. Entretanto, por integrarem

⁵O *Abaporu* foi arrematado em 1995 por cerca de US\$ 1,3 milhões, o que representou um recorde para obras brasileiras. Mais recentemente, em 2019, *A Lua*, também da fase antropofágica de Tarsila, foi adquirida pelo Museu de Arte Moderna de Nova Iorque (MoMA) por cerca de US\$ 20 milhões, alcançando um novo recorde para a categoria.

⁶Pelas mesmas razões, prestam-se também à evasão de divisas e à lavagem de dinheiro, o que justifica a imposição de algumas obrigações às pessoas físicas e jurídicas que comercializam objetos de arte, como a identificação de seus clientes, o registro e a comunicação de operações ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras, entre outras, nos termos da Lei nº 9.613/1998 (BRASIL, [2020]). Mais amplamente sobre o tema, ver Sanctis (2015).

o universo da cultura, outros valores lhes são atribuídos nos processos de troca simbólica na sociedade⁷.

A obra de arte, além dos efeitos produzidos por suas virtudes estéticas, pode ser lugar de memória de um povo; entronizar sentimentos religiosos, na relação entre o humano e o divino; funcionar como chave de acesso a determinado *status* social; servir como instrumento de exibição de poder, político, econômico e assim por diante⁸.

Fora, portanto, dos domínios econômico e estético, há uma série de outros valores que podem ser atribuídos às obras de arte, razão pela qual podemos falar – mais do que de sua ambivalência – de sua plurivalência⁹.

Não por acaso, durante a Revolução Francesa assistiu-se à vandalização de monumentos históricos e artísticos que simbolizavam valores e relações de poder associados ao Antigo Regime, como na célebre tomada da Bastilha. O mesmo espírito iconoclasta, que na Reforma Protestante se direcionara às imagens do culto católico, persistiu na supressão de objetos das culturas americanas durante o seu processo de catequização, na destruição de imagens de Buda pelo movimento

⁷ Conforme enfatiza Vilanova (2003, p. 284), “a cultura é, assim, um fato de três dimensões: aos objetos físicos se conferem significações, que partem de sujeitos (seus criadores ou receptores), que entre si, por causa ou consequência dessas significações, estendem uma teia de inter-relações sociais”.

⁸ Dessa forma, por exemplo, na Florença de Ferdinando de' Médici, “na virada do século XVII, [surgiu] uma lista de 18 pintores célebres cujas obras não podiam ser vendidas no exterior” (BENHAMOU, 2016, p. 28).

⁹ No plano das relações internacionais, essa plurivalência dos bens culturais se evidencia na inserção do tema tanto nos debates realizados no âmbito do GATT (General Agreement on Tariffs and Trade; em português, Acordo Geral de Tarifas e Comércio) e do GATS (General Agreement on Trade in Services; em português, Acordo Geral sobre Comércio e Serviços), ligados à WTO (World Trade Organization; em português, Organização Mundial do Comércio ou OMC), quanto nas conferências e convenções patrocinadas pela Unesco (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization; em português, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura). Sobre o tema, ver Amorim (2013).

Talibã e, numa versão laica e mais recente, na mutilação de estátuas de personagens associados ao escravagismo e ao colonialismo, em solo americano, africano e europeu. Esses movimentos têm como denominador comum o ataque ao suporte físico da obra com a finalidade de atingir algo que o transcende, algo que lhe foi atribuído nessa teia de relações humanas e que se pretende vilipendiar ou mesmo suprimir.

Em sentido inverso, a atribuição de valores que transcendem a sua substância física pode justificar a adoção de mecanismos excepcionais de proteção às obras de arte, repercutindo em sua circulação internacional. Historicamente, na experiência colhida a partir da Revolução Francesa, “o valor nacional é o primeiro, fundamental” (CHOAY, 2001, p. 116), a justificar esse tratamento conferido excepcionalmente a alguns objetos de caráter histórico ou artístico.

No contexto de criação e afirmação dos Estados nacionais, o culto a certa categoria de objetos culturais¹⁰ surge como elemento formador da identidade nacional: integram-se esses objetos a uma narrativa oficial destinada a reforçar o sentimento de nação, com base na construção de uma história comum.

Os objetos culturais, em razão dos sentidos que lhes são atribuídos nas relações sociais, contêm uma dimensão documental¹¹, ou seja, preservam sua capacidade de linguagem: são objetos que “falam”, que contam algo. Aproveitando-se dessa característica, que os delimita no confronto com os objetos naturais, o Estado nacional seleciona os objetos cujo depoimento se ajusta ao discurso oficial – de mártires, heróis e efemérides – e confere-lhes um regime de preservação e de fruição coletiva.

Mesmo com o declínio das identidades nacionais e o reconhecimento das diversidades (e de seus conflitos)¹², os objetos culturais permaneceram como ferramentas utilizadas para a construção de narrativas sociais. “Se as identidades se fazem mais flexíveis, obviamente os símbolos que as representam também. [...] Mas as identidades coletivas apresentam também um certo grau de persistência que consequentemente se dá também no campo dos bens culturais” (ARRIETA URTIZBEREA, 2018, p. 15, tradução nossa).

Essa pluralidade das obras de arte (como espécies do gênero dos objetos culturais) representa uma peculiaridade diante de outras mercadorias, submetidas às regras gerais do comércio, o que nos conduz

¹⁰ Tomados pelo gênero, do qual as obras de arte são espécie.

¹¹ Ver, por exemplo, Riegl (2014).

¹² Como resume Bauman (2013, p. 37), vivemos um “ponto de interrogação no vínculo incipiente e inquebrantável entre identidade e nacionalidade, o indivíduo e seu lugar de habitação, sua vizinhança física e sua identidade cultural (ou, de maneira mais simples, sua proximidade física e cultural)”.

ao tema das restrições à sua livre circulação no plano internacional.

3 A legislação brasileira: o tombamento

No Brasil, a importação de obras de arte foi objeto de preocupações antes mesmo dos debates sobre a sua exportação. Como lembra Miranda (2012, p. 199), no governo do marechal Deodoro da Fonseca, o Decreto nº 879, de 18/10/1890, isentou de tributos o ingresso de obras “de artistas nacionais fora do país”. O mesmo regime legal foi aplicado às obras de artistas estrangeiros, quando “introduzidas no país por estabelecimentos de instrução de belas artes, existentes na República”, e, no mais, àquelas que “pudessem servir de modelo e contribuir para o estudo, progresso e desenvolvimento da arte nacional”.

Quanto à restrição à circulação de obras de arte, percebe-se certo silêncio nas primeiras propostas legislativas destinadas à defesa do patrimônio histórico e artístico nacional. O anteprojeto de Alberto Childe, feito em 1920 a convite da Sociedade Brasileira de Belas Artes, enfatizou apenas a preservação dos bens arqueológicos e paleontológicos (CAMPOS, 2020, p. 1-4), ao passo que o projeto de lei apresentado ao Congresso Nacional em 1923 pelo deputado pernambucano Luiz Cedro se ateve ao patrimônio imobiliário (SERVIÇO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 1963, p. 63-64).

A primeira proposta concreta para obstar a evasão de obras de arte do Brasil veio por iniciativa do deputado (e poeta) mineiro Augusto de Lima, em 1924, em caráter complementar ao projeto de Luiz Cedro. Conforme o art. 1º da proposta, seria “expressamente proibida a saída, para o estrangeiro, de obras de arte retrospectiva

nacional, sem permissão especial do Governo Federal”, conforme regulamentação a ser feita, “ouvido o Conselho Superior de Belas Artes”. Segundo a justificativa apresentada pelo autor, “o patrimônio artístico retrospectivo não deve desaparecer do país, como vem acontecendo, mormente quando são raros e escassos os elementos de representação de épocas passadas” (CAMPOS, 2020, p. 9-10).

Outro antecedente significativo remonta ao anteprojeto elaborado em 1925 por Jair Lins, como relator da comissão designada pelo governo de Minas Gerais para tratar do tema, o qual se mostra mais abrangente que o de Augusto de Lima, embora não tenha chegado a ser submetido ao Poder Legislativo. O ponto de partida do anteprojeto de Jair Lins consistia na catalogação dos bens “móveis e imóveis [...] cuja conservação [pudesse] interessar à coletividade” (art. 1º), ressalvados os bens de estrangeiros e das pessoas jurídicas de direito público externo (art. 2º) (SERVIÇO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 1963, p. 65-68).

Uma vez catalogados esses bens, o anteprojeto atribuía à União ou ao estado (a depender da iniciativa da catalogação) o direito de preferência na sua aquisição (arts. 1º e 3º), condicionando-se a exportação à prévia notificação do ente público, oportunidade em que poderia exercer o direito de preferência ou mesmo desapropriar o objeto. Autorizava-se também o sequestro preventivo do bem (art. 9º), evitando-se a tentativa de evasão do território nacional (SERVIÇO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 1963, p. 65-68).

Um dado relevante nessas iniciativas históricas relaciona-se ao estado de origem dos autores do projeto e do anteprojeto, ambos nascidos em Minas Gerais, o que denota a particular preocupação com a evasão de artefatos históricos e artísticos, sobretudo a partir do desmonte de

capelas, igrejas e outros locais constituídos por influxo barroco.

A primeira Constituição republicana, porém, representou um óbice ao andamento dessas propostas legislativas¹³, pois garantia de forma ampla o direito de propriedade (e, assim, a livre circulação dos bens), reservando ao Estado apenas a prerrogativa da desapropriação, muitas vezes prejudicada pela respectiva demanda financeira.

O caminho para a institucionalização de novas formas de atuação do Estado nesse setor foi aberto pela Constituição de 1934, que restringiu o direito de propriedade quando exercido “contra o interesse social ou coletivo” (art. 113, nº 17) (BRASIL, [1937]), reportando-se expressamente à proteção ao patrimônio histórico e artístico do País, concepção mantida pela Carta de 1937.

Na sequência, o governo Vargas editou o Decreto-lei nº 25, de 30/11/1937 (BRASIL, [2015a]), ainda em vigor, nitidamente inspirado naquelas propostas anteriores. Como mecanismo central de proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional, criou a figura do tombamento¹⁴, em tudo similar à catalogação prevista no anteprojeto de Jair Lins.

O tombamento, ou seja, a inscrição do bem cultural em Livros do Tombo e o regime jurídico daí decorrente, recai sobre os “bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico” (art. 1º)

(BRASIL, [2015a]), ressalvados os que pertencem às representações diplomáticas e consulares, e outros em poucas situações.

Uma vez tombados provisória ou definitivamente, os bens móveis não podem sair do País, “senão por curto prazo, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional” (art. 14) (BRASIL, [2015a]). Não obstante a sua vetustez, o Decreto-lei nº 25/1937 foi recepcionado quase que integralmente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2021])¹⁵, sendo norma geral aplicável também aos estados e municípios.

Em tese, o regime legal do tombamento mostra-se adequado para obstar a evasão de obras de arte nacionais e estrangeiras consideradas significativas para a preservação e a difusão da memória dos vários grupos integrantes da sociedade brasileira. Embora o Decreto-lei nº 25/1937 seja conciso, disciplina as tarefas básicas de: 1) localizar os bens culturais; 2) selecionar aqueles que apresentam elevada importância para a cultura brasileira; 3) dar efetiva publicidade a essa escolha; 4) vedar, em regra, a exportação dessas obras; e 5) autorizar, excepcionalmente, a sua saída do território nacional para fins de intercâmbio cultural.

Considerando que pelo menos desde o advento da CRFB se aplica o princípio da participação popular aos mecanismos de triagem inerentes à seleção de bens culturais¹⁶, haveria um filtro suficientemente permeável às neces-

¹³ Também houve outras, como o projeto de lei apresentado pelo deputado baiano José Wanderley de Araújo Pinho em 1930 (SERVIÇO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 1963, p. 79-88).

¹⁴ A terminologia representa uma concessão ao anteprojeto elaborado pelo escritor Mário de Andrade em 1936, a convite do ministro Gustavo Capanema (SERVIÇO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 1963, p. 90-106). Desse anteprojeto, porém, pouco foi aproveitado na redação do Decreto-lei nº 25/1937.

¹⁵ O art. 216 da CRFB não reproduz expressões como *excepcional valor* ou *fatos memoráveis* ao qualificar os bens integrantes do patrimônio cultural, referindo-se a eles como “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (BRASIL, [2021]). Desse modo, hoje, “patrimonializar é selecionar um bem cultural (objetos e práticas) por meio de atribuição de valor de referência cultural para um grupo de identidade” (CHUVA, 2012, p. 73).

¹⁶ Sobre o tema, ver Miranda (2006, p. 39).

sidades dos vários grupos sociais a permitir a livre circulação internacional dos objetos não tombados, ou seja, do restante desse universo de artefatos e obras de arte.

Entretanto – parafraseando-se Fernando Pessoa, em verso musicado por Chico Buarque –, a história do instituto demonstra uma grande “distância entre intenção e gesto”: há enorme descompasso entre a previsão legal do art. 14 do Decreto-lei nº 25/1937 e o efetivo óbice à circulação não autorizada de obras de arte significativas para o País.

O enviesamento dos filtros adotados pelos órgãos de proteção contribuiu para o enfraquecimento desse mecanismo de controle, de que resultou uma ínfima gama de bens móveis sujeitos ao regime protetivo do tombamento. Conforme se pode observar da listagem dos bens tombados em nível nacional¹⁷, a grande maioria dos processos de qualificação foi aberta para a tutela do patrimônio imobiliário, inclusive aqueles em que, ao final, por uma razão ou outra qualquer, o tombamento não foi aprovado.

Várias hipóteses podem ser levantadas para explicar as causas desse fenômeno. Fenelon (1992, p. 30) sugere a possibilidade de um viés político, de modo a se enfatizarem simbolicamente as sedes de poder: “a predominância do patrimônio edificado é avassaladora: igrejas, capelas, quartéis, fortes, cadeias, palácios, casas de câmara, imponentes casarões”; assim, teriam sido “consagrados e definidos os elementos simbólicos dignos de preservação e de integrarem este patrimônio – as sedes do poder político, religioso, militar, da classe dominante com seus feitos e modos de vida”.

Dantas (2010, p. 151), por outro lado, sugere que a primazia atribuída pelos órgãos de

proteção aos bens imóveis, em detrimento dos móveis, coaduna-se “com a tradição que remonta ao Direito Romano de que os ‘bens de raiz’ são mais importantes”.

Outra conjectura gira em torno da própria seleção e formação do quadro de pessoal dos órgãos ligados à proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Conforme Chuva (2017, p. 209), “os anos iniciais de consolidação do SPHAN [(Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional)] foram também fundamentais para o reconhecimento ou mesmo para a naturalização da ideia de que seriam os arquitetos os profissionais mais ‘adequados’ ao trabalho de seleção de bens para tombamento”. Inclusive, um dos grandes responsáveis pela definição dos marcos teóricos aplicáveis ao processo de tombamento foi o arquiteto Lúcio Costa, por muitos anos diretor da Divisão de Estudos e Tombamentos da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Dphan)¹⁸. Como “Narciso acha feio o que não é espelho”, a própria formação profissional do grupo pode ter contribuído para o enviesamento de seus processos de escolha, deslocando o foco dos trabalhos para a defesa do patrimônio arquitetônico, edificado.

Outra hipótese plausível é a da intuitiva criação de uma ordem de prioridades para fins de atuação daqueles órgãos de proteção. Uma vez que o patrimônio imobiliário estava diretamente ameaçado pelo processo de urbanização com a abertura de ruas, a construção de estacionamentos e de edifícios de elevado gabarito, além de outros marcos da modernidade – o que ensejou o tombamento *in extremis* de vários imóveis sob o risco iminente de demolição –, os bens móveis em geral como pinturas, gravuras, esculturas, mobiliário etc. poderiam ser integrados diretamente ao acervo de instituições museu-

¹⁷ Ver Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) (2015) para a relação dos bens tombados pelo Iphan desde a criação do serviço.

¹⁸ Sobre a influência de Lúcio Costa na definição das diretrizes do tombamento em nível federal, ver Pessoa (2004).

lógicas, gozando de (alguma) proteção contra a destruição imediata, independentemente de seu tombamento.

Registre-se que o tombamento das edificações implicou acessoriamente o tombamento dos chamados *bens integrados*, assim entendidos aqueles aplicados à estrutura física do imóvel (painéis, esquadrias, talhas etc.), além de, por vezes, outros bens móveis que se encontravam vinculados ao seu uso tradicional (por exemplo, imagens, alfaias, turíbulos e objetos semelhantes nas igrejas), mesmo que nem sempre inventariados¹⁹. Essa possibilidade, porém, não trouxe qualquer proteção aos objetos previamente destacados do patrimônio imobiliário, nem obviamente aos que nunca guardaram referência ao seu acervo. Com a ressalva desses bens móveis e integrados, em dezenas de anos de atuação do Iphan (e dos órgãos que o antecederam), foram tombados em nível nacional apenas os acervos de algumas instituições e outros (poucos) objetos esparsos.

Em síntese, o tombamento, como prática administrativa, cobriu apenas pequena parte do universo de obras de arte que, diante de sua relevância para a cultura nacional, são dignas da proteção do Estado.

4 A legislação brasileira: as Leis nºs 4.845/1965 e 5.471/1968

Nos anos seguintes ao Golpe de 1964, o tema voltou ao cenário jurídico nacional²⁰ com a edição de dois diplomas normativos destinados a

¹⁹ Sobre o conceito de bens móveis e integrados, ver Costa (1987, p. 146).

²⁰ O art. 20 da Lei nº 3.924/1961 vedou a transferência ao exterior, sem autorização da Dphan, de objetos que apresentassem “interesse arqueológico ou pré-histórico, numismático ou artístico” (BRASIL, 1961). Entretanto, como a Lei se destinava a dispor sobre os “monumentos arqueológicos e pré-históricos”, tal vedação não se aplicava às obras de arte em geral, mas apenas àqueles gêneros.

restringir a circulação internacional de objetos históricos e artísticos relevantes para o Brasil: as Leis nºs 4.845/1965 e 5.471/1968.

A primeira delas proíbe a saída “de quaisquer obras de artes e ofícios tradicionais, produzidas no Brasil até o fim do período monárquico, abrangendo não só pinturas, desenhos, esculturas, gravuras e elementos de arquitetura, como também obra de talha, imaginária, ourivesaria, mobiliário e outras modalidades” (art. 1º) (BRASIL, 1965).

A vedação foi estendida às “obras da mesma espécie oriundas de Portugal e incorporadas ao meio nacional durante os regimes colonial e imperial” (art. 2º) e às “obras de pintura, escultura e artes gráficas que, embora produzidas no estrangeiro no decurso do período mencionado nos artigos antecedentes, representem personalidades brasileiras ou relacionadas com a História do Brasil, bem como paisagens e costumes do País” (art. 3º) (BRASIL, 1965).

A saída desses objetos apenas se permite “para fins de intercâmbio cultural”, de modo a participarem de “exposições temporárias”, mediante autorização do órgão competente e fixação do prazo máximo para retorno (art. 4º) (BRASIL, 1965)²¹. À semelhança do anteprojeto de Jair Lins, autorizou-se, em caso de tentativa de evasão, o sequestro das obras e a sua reversão “em proveito dos respectivos museus” (art. 5º) (BRASIL, 1965)²². Diante da possibilidade de

²¹ A Portaria nº 262/1992 do então Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural ([1994]) regulamentou o dispositivo e fixou o prazo máximo de seis meses para o retorno do bem cultural ao Brasil, salvo quanto às exposições itinerantes, nas quais o limite foi elevado para dois anos. Previu também a necessidade de avaliação das obras, de apólice de seguro “paredes e parede” e de acompanhamento por técnico habilitado.

²² Observe-se que o sequestro não se confunde com a medida preventiva prevista no art. 676, I, do Código Nacional de Processo de 1939, então em vigor, nem com a cautelar regulada pelos arts. 822 a 826 do Código de Processo Civil de 1973, embora utilizem a mesma terminologia. Cuida-se de providência administrativa, no âmbito do poder de polícia dos órgãos de controle, de modo a dispensar a atuação do Poder Judiciário.

dúvidas sobre a classificação dos bens, previu-se que “a respectiva autenticação será feita por peritos designados pelas chefias dos serviços competentes da União, ou dos Estados se faltarem no local da ocorrência representantes dos serviços federais” (art. 6º) (BRASIL, 1965).

O segundo diploma normativo proíbe especificamente “a exportação de bibliotecas e acervos documentais constituídos de obras brasileiras ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX” (art. 1º), estendendo-se a vedação às “coleções de periódicos que já tenham mais de dez anos de publicados, bem como quaisquer originais e cópias antigas de partituras musicais” (BRASIL, 1968).

Confrontando-se esses diplomas legais com o Decreto-lei nº 25/1937, percebe-se que adotaram técnica distinta: dispensaram o procedimento prévio de qualificação dos bens, baseado na análise de sua relevância, fazendo incidir a proibição de exportação sobre gêneros de objetos, identificados com base na sua tipologia, data e local de produção. Essa técnica torna prescindível a inscrição dos bens em cadastros públicos ou qualquer outro tipo de prévio registro. Embora à primeira vista, justamente por sua maior abrangência, a solução se mostre potencialmente mais eficaz que a sistemática do tombamento, na delimitação dos gêneros submetidos à restrição está o calcanhar de aquiles da redação desses diplomas.

Quanto à Lei nº 5.471/1968, não está claro se a vedação se reporta apenas aos bens tomados como universais (bibliotecas, acervos, coleções) ou também aos livros e periódicos individualmente considerados, sendo certo que a evasão de volumes importantes para a História nacional deve ser proibida *de per se*, independentemente de sua pertinência a determinado acervo.

Embora se utilize da cláusula “e outras modalidades” ao se referir a “obras de artes e ofícios tradicionais”, a tipologia descrita na Lei

nº 4.845/1965 não arrolou itens das chamadas *artes menores*, como o vestuário, a tapeçaria e a produção de objetos cotidianos, inclusive os dotados de funções decorativas (copos, pratos, talheres etc.), o que pode gerar ruídos na sua aplicação.

De modo ainda mais grave, o dispositivo legal não impôs restrições à exportação de obras de arte “não erudita”, como o acervo dos mestres populares, incidindo em eloquente silêncio, também, sobre objetos que não se inserem na tradição europeia, como os referentes às culturas de matriz indígena e africana, cujas características podem não se ajustar adequadamente à previsão legal.

Além da escolha das tipologias submetidas à restrição, outra chave de leitura problemática desses diplomas consiste em delimitar a proteção segundo a data de produção dos objetos. A proibição de circulação abrange apenas os fabricados até a Proclamação da República (1889), no caso da Lei nº 4.845/1965, e os editados até o final do século XIX (1900), segundo a Lei nº 5.471/1968²³.

À semelhança do projeto de Augusto de Lima, que se dedicava à “arte retrospectiva nacional”, entendida como “representação de épocas passadas”, predominou nesses diplomas o valor de antiguidade, que não se confunde necessariamente com o valor cultural, apto a justificar o regime protetivo.

A adoção de uma idade mínima para a proteção legal, quando não se encontra associada a outros critérios de seleção, presta-se a graves inconvenientes. De um lado, nem todo objeto “antigo” se mostra necessariamente digno de regime diferenciado de tratamento. Diante das peculiaridades da sua produção e do seu uso, é

²³ Ressalvadas as coleções de periódicos com mais de “dez anos de publicados” e os “originais e cópias antigas de partituras musicais”, conforme dantes mencionado.

possível, em abstrato, que tenham sobrevivido quantidades relevantes de objetos dotados de características semelhantes, o que recomenda a incidência da técnica da exemplaridade (ou seja, estender-se a proteção apenas a algumas amostras do respectivo grupo).

De outro lado, produzindo consequências ainda mais gravosas, a adoção isolada da idade mínima nega proteção às peças recentes, sem qualquer consideração sobre as trocas simbólicas de que participam, como se o valor histórico ou artístico pudesse habitar apenas no passado distante. Não há dúvidas de que a atribuição de valores e sentidos às obras de arte é fruto de um processo social, que demanda tempo e não se faz de imediato²⁴. Entretanto, qualquer intervalo temporal previamente estabelecido como condicionante dessa atribuição mostra-se artificial.

Registre-se o caso paradigmático de Brasília, erigida a Patrimônio Cultural da Humanidade quando a sua fundação ainda não havia sequer completado trinta anos. Não fosse o tombamento do seu conjunto urbano e dos bens integrados às suas edificações monumentais, seria lícita, por exemplo, a exportação das esculturas de Alfredo Ceschiatti ou dos vitrais de Marianne Perreti, uma vez que produzidos em data recente, segundo os parâmetros estabelecidos pela Lei nº 4.845/1965.

5 A legislação brasileira: o Estatuto dos Museus

Mais recentemente foi aprovada a Lei nº 11.904/2009, que instituiu o Estatuto dos Museus, assim entendidas as instituições sem

fins lucrativos, de natureza pública ou privada (art. 1º),

que conservam, investigam, comunicam, interpretam e expõem, para fins de preservação, estudo, pesquisa, educação, contemplação e turismo, conjuntos e coleções de valor histórico, artístico, científico, técnico ou de qualquer outra natureza cultural, abertas ao público, a serviço da sociedade e de seu desenvolvimento (BRASIL, [2015b]).

No que interessa ao tema deste ensaio, os bens culturais integrados aos museus podem ser “declarados como de interesse público, no todo ou em parte”, quando sua “proteção e valorização, pesquisa e acesso à sociedade representar um valor cultural de destacada importância para a Nação, respeitada a diversidade cultural, regional, étnica e linguística do País” (art. 5º, § 3º) (BRASIL, [2015b]).

A Lei não estabeleceu o regime jurídico desses bens de interesse público, o que foi feito apenas quando da regulamentação pelo Decreto nº 8.124, de 2013. Em síntese, cabe ao proprietário: 1) adotar medidas de proteção e preservação do bem, comunicando ao Instituto Brasileiro de Museus (Ibram) possíveis dificuldades de ordem econômica ou material; 2) informar anualmente ao Ibram sobre o seu estado de conservação; 3) informar de imediato os casos de danos, furto, extravio, entre outros sinistros; 4) solicitar prévia anuência ao Ibram antes de intervir no bem; 5) assegurar ao Ibram direito de preferência em caso de alienação onerosa do bem; 6) não proceder “à saída permanente do bem do país, exceto por curto período, para fins de intercâmbio cultural”, salvo mediante prévia autorização do Conselho Consultivo do Patrimônio Museológico ou, em caso de alienação, “comprovada a observância do direito de preferência do Ibram” (art. 40, VI) (BRASIL, 2013).

²⁴ Não se olvide, porém, que o serviço do patrimônio histórico já opinou favoravelmente ao tombamento “preventivo” de edificações ainda não concluídas, como no caso da Igreja de São Francisco da Pampulha, em Belo Horizonte/MG, e da Catedral de Brasília/DF (PESSOA, 2004, p. 67-212).

Percebe-se um nítido paralelo entre o regime instituído para esses bens, integrantes do acervo de instituições museológicas e declarados de interesse público, e o previsto para os bens tombados, na forma do Decreto-lei nº 25/1937. Entretanto, aos primeiros foi permitida a “saída permanente do país” (leia-se: em caráter não transitório nem eventual) quando forem alienados e o Ibram não exercer oportunamente o seu direito de preferência. Trata-se, portanto, de uma restrição menos rigorosa no que diz respeito à circulação internacional dessas peças.

De um modo ou de outro, é de se criticar a instituição desse regime jurídico mediante decreto regulamentar, quando a matéria se submete à reserva legal, nos termos do art. 5º, II, da CRFB. Considerando que a Lei nº 11.904/2009 não trouxe qualquer restrição à livre circulação das peças integrantes dos acervos museológicos, a norma regulamentar tende a ser alvo de controle jurisdicional, o que pode resultar em sua inépcia para atingir a finalidade proposta.

6 A legislação brasileira: últimas considerações

O tema da restrição à evasão de obras de arte significativas para a memória nacional não finda com o exame da estrutura do Direito brasileiro, sendo necessário refletir sobre o cenário de aplicação dessas normas.

Como visto, duas categorias são protegidas pela lei: as obras tombadas pelo Poder Público (ou declaradas de interesse público, se admitida a validade do Decreto nº 8.124/2013) e as inseridas nos gêneros delimitados pelas Leis nºs 4.845/1965 e 5.471/1968. A eficácia desses comandos legais está condicionada a pelo menos dois fatores: 1) a existência de controle em todos os níveis de acesso ao território *extramuros*, inclusive pela via postal; e 2) a disponibilidade dos recursos humanos e materiais necessários à identificação e ao sequestro das obras sujeitas à permanência obrigatória no território nacional.

É hora, enfim, do *lasciate ogni speranza*. Qualquer um que tenha passado pela Tríplice Fronteira, entre o Brasil, Paraguai e Argentina, sabe que o controle é praticamente inoperante. Pessoas entram e saem a pé do território nacional sem qualquer tipo de abordagem, normalmente limitada à movimentação de cargas ou de grupos. Um livro antigo, uma pequena escultura, várias telas sem a respectiva moldura, tudo isso pode circular livremente, digamos assim, naquele espaço fronteiriço.

Mesmo nos portos e aeroportos, onde se presume que o controle é exercido com maior rigor, o cenário é preocupante. Não existe no Brasil um inventário completo dos bens móveis sujeitos ao tombamento, inclusive no nível federal. A par das mudanças na forma de catalogação dos bens,

da década de 1930 ao presente, e dos esforços dos setores administrativos competentes, a inscrição nos Livros do Tombo muitas vezes se deu com o mero registro da universalidade (acervo de determinada instituição, por exemplo) ou da edificação (ainda que no escopo de abranger acessoriamente os seus bens integrados), sem a indicação individual de cada objeto digno de proteção. Quando se recorda que o tombamento também pode resultar da atividade de cada um dos estados e municípios, a insuficiência de registros avulta-se.

Um adequado sistema de controle pressupõe o acesso imediato e remoto, pela autoridade competente, ao cadastro eletrônico de todos os bens sujeitos à permanência obrigatória em território brasileiro, com registro fotográfico e descrição de suas características²⁵, auxiliado por ferramentas capazes de detectar similaridades e divergências com o objeto que se pretende deslocar para fora do território nacional. Sistemas similares existem em outros países, mas não há no Brasil algo equivalente.

Quanto à aplicação da Lei nº 4.845/1965, os problemas não são menores. Parte expressiva dos objetos indicados não costuma mencionar a data de produção. Isso vale para as pinturas e esculturas antigas, imagens religiosas, itens de ourivesaria, talha, mobiliário etc. Como dificilmente se encontrará o registro de data em algum desses objetos, ou o agente responsável pelo controle recebe treinamento adequado para identificar características que associem a peça ao período colonial ou imperial (fabricante, detalhes do acabamento, material empregado etc.), ou se confiará apenas na pátina, na aparência de antiguidade que o objeto vier a despertar em seus sentidos. Sem isso, não há sequer o sentimento de dúvida, que pode justificar o envio da peça ao quadro de peritos (se houver).

Fatos recentes demonstram que o treinamento desses agentes está longe do adequado. Tatiana Alves Torres, então chefe do Departamento de Repressão aos Crimes contra o Meio Ambiente e o Patrimônio Histórico, da Polícia Federal, narra o resultado de um teste aplicado junto aos agentes de proteção da aviação civil treinados pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) e supervisionados pela Polícia Federal:

chegamos ao aeroporto com o professor Luiz Souza, da Escola de Belas-Artes da UFMG, e alguns colegas da computação, juntamente com técnicos do IPHAN. O professor Luiz Souza levava uma maleta com alguns objetos e uma imagem. Passamos pelo aparelho de raios X e perguntamos à mocinha que estava na inspeção, o que ela via. Ela afirmou: “um broche!” Essa foi,

²⁵ Nesse sentido, “jamais se enfatizará o suficiente a importância e a utilidade de se estabelecer uma documentação completa e detalhada dos objetos que se consideram bens culturais. A existência desse tipo de documentação se relaciona diretamente com o êxito na proteção dos bens culturais de um país” (ASKERUD; CLÉMENT, 1999, p. 37, tradução nossa).

portanto, a percepção. Agora, imagine uma pessoa que passa com uma mala cheia, é tranquilo demais (TORRES, 2012, p. 108).

Enfim, ainda que se conclua pela irregularidade de sua saída do território nacional e se possam acionar os mecanismos jurídicos para a busca, apreensão e devolução, após a evasão da obra de arte não há qualquer garantia do seu retorno²⁶.

7 Conclusões

O *Abaporu* habitou um limbo, formado pelo espaço além dos limites dos diplomas legais e das práticas administrativas de restrição à circulação internacional de obras de arte: não era suficientemente antigo para ser amparado pelas leis da década de 1960, nem despertou a atenção dos órgãos encarregados do tombamento de bens culturais, quer no nível federal, quer nos níveis estadual e municipal. Assim como ele, outras obras significativas para a identidade das várias culturas brasileiras que hoje integram acervos e coleções particulares podem ser alienadas e livremente remetidas ao exterior.

A legislação brasileira parou no tempo, como se tivesse sido, ela mesma, alvo de tombamento e pretendesse, assim, tornar-se imune ao passar dos anos. As práticas administrativas também não foram além, bem como as estratégias de controle e os cenários de aplicação das normas em vigor.

O caso nos lembra aquele pássaro fantástico, o *Goofus Bird*, descrito por Borges (2008, p. 100), que “constrói seu ninho ao inverso” e “voa para trás”, porque não se importa em saber para onde vai, mas apenas onde esteve.

Sobre o autor

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; professor associado dos programas de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito do Recife da UFPE, Recife, PE, Brasil; juiz federal, Recife, PE, Brasil.
E-mail: francisco.barros@jfpe.jus.br

²⁶ É possível que, de mão em mão, o ordenamento jurídico do seu endereço atual atribua primazia à defesa dos interesses do adquirente de boa-fé, negando a apreensão e a devolução da obra de arte. Nesse sentido, ver Ody (2018, p. 223).

Como citar este artigo

(ABNT)

SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. O caso *Abaporu* e as restrições à livre circulação de obras de arte no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 71-86, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p71

(APA)

Silva, F. A. de B. e, Neto (2021). O caso *Abaporu* e as restrições à livre circulação de obras de arte no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(231), 71-86. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p71

Referências

AMARAL, Tarsila do (Tarsilinha). *Abaporu: uma obra de amor*. São Paulo: A&A Comunicação, 2015.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. *O direito internacional privado e os desafios do mercado global: a proteção da diversidade cultural no comércio eletrônico de bens e serviços culturais*. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Oswald de. *Manifesto antropófago e outros textos*. Organização e coordenação editorial de Jorge Schwartz e Gênese Andrade. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. (Grandes Ideias).

ARRIETA URTIZBEREA, Iñaki. Patrimonios semilíquidos. In: _____ (ed.). *El patrimonio cultural en las sociedades líquidas*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2018. p. 11-20. Disponível em: <https://web-argitalpena.adm.ehu.es/pdf/UHPDF189349.pdf>. Acesso em: 1^o jun. 2021.

ASKERUD, Pernille; CLÉMENT, Etienne. *La prevención del tráfico ilícito de bienes culturales: un manual de la Unesco para la implementación de la Convención de 1970*. Traducción de Víctor Valembos. México, DF: Unesco, 1999. Disponível em: http://www.lacult.unesco.org/docc/Manual_de_la_UNESCO.pdf. Acesso em: 1^o jun. 2021.

AZEVEDO, Neroaldo Pontes de. *Modernismo e regionalismo: os anos 20 em Pernambuco*. 2. ed. João Pessoa: Ed. UFPB; Recife: Ed. UFPE, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. *Cultura: da construção da nação ao mundo globalizado*. In: _____. *A cultura no mundo líquido moderno*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 34-50.

BENHAMOU, Françoise. *Economia do patrimônio cultural*. Tradução de Fernando Kolleritz. São Paulo: Edições Sesc, 2016.

BORGES, Jorge Luis. *O livro dos seres imaginários*. Com a colaboração de Margarita Guerrero. Tradução de Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 1^o jun. 2021.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1^o jun. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937*. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2015a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 1^o jun. 2021.

_____. *Decreto nº 8.124, de 17 de outubro de 2013*. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto de Museus, e da Lei nº 11.906, de 20 de janeiro de 2009, que cria o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8124.htm. Acesso em: 1º jun. 2021.

_____. *Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961*. Dispõe [sobre] os monumentos arqueológicos e pré-históricos. Brasília, DF: Presidência da República, 1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13924.htm. Acesso em: 1º jun. 2021.

_____. *Lei nº 4.845, de 19 de novembro de 1965*. Proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no país, até o fim do período monárquico. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14845.htm. Acesso em: 1º jun. 2021.

_____. *Lei nº 5.471, de 9 de julho de 1968*. Dispõe [sobre] a exportação de livros antigos e conjuntos bibliográficos brasileiros. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15471.htm. Acesso em: 1º jun. 2021.

_____. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 1º jun. 2021.

_____. *Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009*. Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11904.htm. Acesso em: 1º jun. 2021.

CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de (comp.). *Fontes documentais e a lei de tombamento*: (ante)projetos coligidos. Belo Horizonte: Arraes, 2020.

CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. Tradução de Luciano Vieira Machado. São Paulo: Ed. Unesp: Estação Liberdade, 2001.

CHUVA, Márcia Regina Romeiro. *Os arquitetos da memória: sociogênese das práticas de preservação do patrimônio cultural no Brasil (anos 1930-1940)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2017. (Risco Original).

_____. Preservação do patrimônio cultural no Brasil: uma perspectiva histórica, ética e política. In: CHUVA, Márcia Regina Romeiro; NOGUEIRA, Antonio Gilberto Ramos (org.). *Patrimônio cultural: políticas e perspectivas de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad X: Faperj, 2012. p. 67-78.

COSTA, Lygia Martins. A defesa do patrimônio cultural móvel. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, Rio de Janeiro, n. 22, p. 145-153, 1987. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/RevPat22_m.pdf. Acesso em: 1º jun. 2021.

DANTAS, Fabiana Santos. *Direito fundamental à memória*. Curitiba: Juruá, 2010.

FENELON, Déa Ribeiro. Políticas culturais e patrimônio histórico. In: CUNHA, Maria Clementina Pereira (org.). *O direito à memória: patrimônio histórico e cidadania*. São Paulo: Departamento do Patrimônio Histórico, 1992. p. 29-33.

INSTITUTO BRASILEIRO DO PATRIMÔNIO CULTURAL. *Portaria nº 262, de 14 de agosto de 1992*. [S. l.]: Iphan, [1994]. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Portaria_n_262_de_14_de_agosto_de_1992.pdf. Acesso em: 1º jun. 2021.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Bens tombados e processos de tombamento em andamento*. [S. l.]: Iphan, 2015. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Lista%20Bens%20Tombados%20por%20Estado.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2021.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Evolução histórica da legislação protetiva do patrimônio cultural no Brasil. In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Estudos de direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 195-216.

_____. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

PESSÔA, José (org.). *Lucio Costa: documentos de trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Iphan, 2004. (Edições do Patrimônio).

RIEGL, Alois. *O culto moderno dos monumentos: a sua essência e a sua origem*. Tradução de Werner Rothschild Davidsohn e Anat Falbel. São Paulo: Perspectiva, 2014.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Lavagem de dinheiro por meio de obras de arte: uma perspectiva judicial criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SERVIÇO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória*. Brasília, DF: MEC, 1963.

TORRES, Tatiana Alves. Atuação da Polícia Federal na repressão ao tráfico ilícito de bens culturais. In: FÓRUM NACIONAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL, 1., 2009, Ouro Preto. *Anais [...]*. Brasília, DF: Iphan, 2012. v. 2, p. 104-110. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/Anais2_vol2_ForumPatrimonio_m.pdf. Acesso em: 1^o jun. 2021.

VILANOVA, Lourival. Notas para um ensaio sobre a cultura. In: _____. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003. v. 2, p. 277-323.

Mobilizando a agenda dos direitos coletivos, assegurando espaço institucional

Ministério Público e Defensoria Pública na transição democrática

FLÁVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA

BRUNO LAMENHA

Resumo: Como a tutela coletiva se converteu numa plataforma para o fortalecimento institucional na transição institucional à democracia no Brasil? O presente artigo aborda a reformatação do Ministério Público e a criação da Defensoria Pública como frutos da mobilização na Assembleia Nacional Constituinte entre 1987 e 1988, considerada a proteção dos direitos transindividuais, com repercussões na ordem jurídica subsequente. Para tal fim, a pesquisa adota o método dedutivo: com base na teoria neoinstitucional, elege o institucionalismo histórico como marco teórico para a abordagem proposta. Como resultado, verificou-se uma trajetória comum partilhada entre as instituições a partir do longo processo de liberalização do regime civil-militar (1964-1985) e consolidação constitucional, em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se tornou ponto de chegada para o Ministério Público e de partida para as pretensões da Defensoria Pública, com o estabelecimento de competições em relação à titularidade da tutela coletiva.

Palavras-chave: Ministério Público. Defensoria Pública. Tutela coletiva. Transição democrática. Institucionalismo histórico.

Mobilizing the collective rights agenda, assuring institutional space: the Public Prosecutor's Office and the Public Defender's Office in the democratic transition

Abstract: How the protection of collective rights (collective redress) became an agenda for institutional strengthening in the transition to democracy in Brazil? This article addresses the normative reorganization of the Public Prosecutor's Office and the creation of the Public Defender's

Recebido em 9/12/20

Aprovado em 21/3/21

Office, as a result of the mobilization in the 1987-1988 National Constituent Assembly, considered the protection of collective rights, with repercussions in the coming legal order. In order to this goal, the research adopts the deductive method, starting from the neoinstitutional theory, choosing historical institutionalism as a theoretical framework for the proposed approach. As a result, there was a common trajectory shared between the institutions, based on the long process of liberalization of the civic-military regime from 1964-1985 and constitutional consolidation, in which 1988 Constitution proved to be the point of arrival for current normative configuration of the Public Prosecutor's Office and the point of departure for the claims of the Public Defender's Office, with the development of competitions between these institutions regarding the legal standing and the responsibility to act in collective redress themes.

Keywords: Public Prosecutor's Office. Public Defender's Office. Collective redress. Democratic transition. Historical institutionalism.

1 Introdução: o sistema de Justiça na nova ordem constitucional

O fortalecimento das instituições judiciais foi uma agenda comum aos países inseridos na chamada *terceira onda de democratização*¹ dos anos 1970 e 1980, em especial na América Latina (TATE; VALLINDER, 1995; VERONESE, 2009). A aposta na forma jurídica e nas instituições judiciais esteve associada, entre outros aspectos, à busca de um *locus* de estabilização da vida pública e de garantia de segurança e perenidade às relações econômicas após décadas de tensões políticas e sucessivos golpes militares. Tomando-se em conta sua expertise, a atribuição de maior poder de intervenção pública a juristas não eleitos teria o condão de controlar os riscos de eventuais arbitrariedades por meio de balizas objetivas e técnicas (KOERNER, 2018, p. 307).

Esse ideário encontrou terreno fértil em certas especificidades da formação do Estado e da cultura político-burocrática brasileira, caracterizadas pela associação histórica entre elites políticas, elites jurídicas e funcionalismo público (CARVALHO, 2010, p. 95-117), que permitem discutir uma “república dos bacharéis” (DA ROS; INGRAM, 2019, p. 339).

¹ Expressão cunhada por Huntington (1994) e amplamente difundida no estudo da transição e consolidação democrática nas últimas décadas.

Apesar de seu caráter paradigmático em relação às Cartas precedentes, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) não deixa de constituir expressão de um certo “arquétipo da conciliação”, característico de todos os processos transicionais brasileiros (PINHEIRO, 2001, p. 264). Nesse aspecto particular, à semelhança do que ocorrera no âmbito dos poderes tanto políticos (em sentido estrito) quanto militares, os atores do sistema de Justiça, mesmo aqueles dos órgãos de cúpula, como o Supremo Tribunal Federal (STF), mantiveram na democracia as posições ocupadas no período ditatorial, sem qualquer descontinuidade ou questionamentos pelo envolvimento com o regime de exceção.

Essa ambiência específica de transição democrática e de fortalecimento do sistema de Justiça como projeto de estabilização político-econômica permeou um processo de reacomodação das elites jurídicas pré-1988 que culminou – como resultado das atividades da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) entre 1987 e 1988 – não só na reconfiguração do Poder Judiciário e do Ministério Público mas também na criação da Defensoria Pública e da Advocacia-Geral da União, além da garantia de espaço privilegiado à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), entre outras instituições da sociedade civil.

No plano material, a CRFB inovou ao garantir expressamente os direitos transindividuais. No âmbito institucional, promoveu uma transformação do perfil do Ministério Público, atribuindo-lhe a tutela judicial e extrajudicial dos direitos de natureza coletiva, mas também constitucionizou a Defensoria Pública como função essencial à Justiça, cujo papel é promover a orientação jurídica e a defesa judicial dos necessitados, assegurando-lhes as condições materiais de acesso ao sistema de Justiça.

Nesse contexto, a presente pesquisa tem como objeto a identificação dos aspectos institucionais e *elitários* que podem oferecer explicações para a aposta, pelo Constituinte de 1987-1988, no papel das instituições do sistema de Justiça, em particular o Ministério Público e a Defensoria Pública, para implementar o robusto catálogo de direitos fundamentais previstos na CRFB, em especial os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos², posteriormente agregados sob a expressão *tutela coletiva (sic)*.

² Apesar de existir significativa discussão na literatura especializada a respeito, é suficiente para os propósitos deste texto diferenciar *direitos difusos*, *direitos coletivos* e *direitos individuais homogêneos* no marco do art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Assim: (i) *direitos difusos* são direitos transindividuais, “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; (ii) *direitos coletivos* são direitos “de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”; e (iii) *direitos individuais homogêneos* são direitos individuais equiparados à condição de direitos transindividuais em razão da “origem comum” que conecta todos os seus titulares (BRASIL, [2017]).

A pesquisa emprega o método dedutivo, adotando como marco teórico a abordagem neoinstitucionalista, que oferece uma perspectiva geral sobre as implicações entre ordem, continuidade e mudança política, assumindo que as transformações são um elemento presente nas instituições e que os arranjos repercutem no surgimento, na reprodução e na transformação institucional (MARCH; OLSEN, 2006, p. 11). Nesse sentido, regras, normas e identidades são não apenas instrumentos de estabilidade como também constituem as arenas de mudança³.

A análise da consolidação do Ministério Público e da criação da Defensoria Pública na transição à democracia representada pela ANC ampara-se na compreensão de que as instituições representam um legado dos processos históricos, em que elementos como *timing* e temporalidade dos processos políticos são importantes, como sugere a abordagem do institucionalismo histórico (THELEN, 1999, p. 382). Adotar esse marco teórico implica também a avaliação desse processo de reconformação normativa como processo político, considerando-se os seguintes elementos do institucionalismo histórico, na caracterização de Hall e Taylor (1996, p. 938): (i) conceituação mais ampla das relações entre instituições e comportamentos individuais; (ii) atenção às assimetrias de poder associadas ao funcionamento e desenvolvimento das instituições; (iii) ênfase nas noções de *path dependence* (trajetórias) e nas

consequências não intencionais nos processos de desenvolvimento institucional; e (iv) associação entre análise institucional e outros fatores que podem gerar resultados políticos.

Com base nesses elementos, seria possível construir explicações históricas fundadas em métodos de análise qualitativa e abordagens interpretativas dos fatos, empregando fontes secundárias, como documentos e jornais (ROWLINSON; HASSARD, 2013, p. 113). Desse modo, a presente pesquisa é bibliográfica, com amparo na revisão de literatura produzida no Direito e na Ciência Política sobre o tema. Documentos (legislação, atas e discursos) também servirão como base da investigação, sobretudo os referentes aos trâmites da ANC, em sua Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, de modo a visualizar a mobilização dos grupos durante os trabalhos constituintes.

Assim, o texto inicia-se com a descrição do processo de construção institucional do Ministério Público em 1988, situando a tutela coletiva como o elemento principal para compreender a reengenharia de atribuições e prerrogativas confiadas ao órgão. Posteriormente, aborda as dificuldades de viabilização da agenda dos defensores públicos para a constitucionalização da Defensoria Pública. Ao final, pretende-se articular os elementos que permitiram a reconformação dessas duas instituições e eventuais desdobramentos dessa interação na trajetória ulterior à promulgação do texto constitucional.

A hipótese geral é que a reformatação dessas instituições reflete a mobilização, pelas elites jurídicas, de importantes elementos da agenda democratizante, notadamente a expressão de várias dessas demandas mediante a afirmação de uma agenda de direitos num ambiente de franca ebulição com diferentes manifestações da sociedade civil nessa direção. Haveria, nesse sentido, um percurso compartilhado entre Ministério Público e Defensoria Pública – a

³ Embora seja possível identificar metodologias e estratégias de explicação compartilhadas entre os diversos enfoques analíticos para a observação das instituições (THELEN, 1999, p. 370-371), fala-se de três correntes ou três tipos de *neoinstitucionalismo*: institucionalismo sociológico, escolha racional (*rational choice*) e institucionalismo histórico (HALL; TAYLOR, 1996). Para Hall e Taylor (1996), institucionalismo sociológico corresponde às pesquisas voltadas às explicações da adoção, pelas organizações, de um específico conjunto de formas, procedimentos ou símbolos institucionais, além da difusão dessas práticas. De acordo com Thelen (1999), as teorias de escolha racional, por sua vez, abordam as “regras do jogo” e as “soluções” de equilíbrio que oferecem para os dilemas da ação coletiva.

partir do longo processo de liberalização do regime civil-militar de 1964-1985 –, que teve na CRFB seu marco inicial, mas que se consolidou na institucionalização do arranjo constitucional nas décadas seguintes, entre avanços pontuais, competições e reconformações normativas.

2 Redesenhando o novo *parquet*: a tutela coletiva como motor do desenho institucional do Ministério Público após 1988

Se há um ponto de convergência na crescente literatura nacional sobre o Ministério Público, ele consiste no perfil institucional absolutamente singular que a instituição assumiu a partir da promulgação da CRFB (SADEK, 2000; ARANTES, 2002; KERCHE, 2009; RIBEIRO, 2017). A gênese dessa ampla reengenharia de atribuições e prerrogativas legadas em 1988 ao Ministério Público estaria associada ao desenvolvimento gradual de um aparato normativo mais robusto no campo da tutela coletiva (ARANTES, 2002, p. 50). Do longo processo de conformação de um microsistema de proteção dos direitos transindividuais no ordenamento brasileiro, o Ministério Público surgiu como legitimado principal, arrogando-se como instituição promotora por excelência da defesa judicial e extrajudicial dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Apesar de algumas experiências precedentes, com destaque para a ação popular (Lei nº 4.717/1965), foi a partir de meados da década de 1970, em meio à ebulição da sociedade civil no contexto da gradual liberalização do regime ditatorial, que a demanda por reconhecimento de direitos de titularidade difusa ou coletiva, até então sem expressão jurídica no campo político, ganhou maior mobilização, especialmente em torno de agendas associadas

às relações de consumo e à questão ambiental (ALONSO; COSTA; MACIEL, 2007; MACIEL; KOERNER, 2014). Um dos primeiros frutos legislativos desse processo, a Lei nº 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), conferiu ao Ministério Público – e não a entes da sociedade civil, por exemplo – a legitimidade exclusiva para promover a responsabilização civil e criminal por danos ambientais (BRASIL, [2013b]; CARVALHO; LEITÃO, 2010).

Um antecedente legislativo importante, embora não exatamente associado à tutela coletiva, foi a previsão no art. 82, III, do Código de Processo Civil de 1973 da intervenção obrigatória do Ministério Público em questões relativas ao interesse público (BRASIL, [2015a]; CARVALHO; LEITÃO, 2010, p. 400). A despeito de a intenção original da proposta estar orientada à fiscalização judicial do interesse patrimonial das pessoas jurídicas de Direito Público (ARANTES, 2002, p. 32-33), o estabelecimento de uma categoria aberta e sem qualquer delimitação semântica, como “interesse público”, permitiu que setores reformistas da literatura jurídica e, sobretudo, a própria agenda corporativa dos órgãos do Ministério Público – que tinha a sua principal expressão, à época, na Associação Paulista do Ministério Público (APMP) – propusessem a categoria como relacionada à defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis (e não apenas do Poder Público), conferindo paulatinamente ao Ministério Público o seu papel de “fiscal da lei”.

Essa virada discursiva é considerada por Arantes (2002, p. 35) o “ponto de inflexão na virada histórica do Ministério Público” em direção ao atual perfil institucional e tornou possível que, nos anos seguintes, seus membros afirmassem a posição de instituição vocacionada à proteção dos nascentes direitos transindividuais. Esse posicionamento também impulsionou as pretensões políticas de maior independência e autonomia

para o órgão (ARANTES, 2002, p. 37), uma vez que a defesa desses interesses, para ser eficiente, exigiria maior blindagem da instituição e de seus membros. Ressalte-se que a construção de uma nova imagem do Ministério Público, para além da clássica função de persecução criminal, deu-se na articulação não apenas com as elites políticas e jurídicas da época mas também com a sociedade civil organizada em agendas mais específicas, como a ambiental, e mais amplas, caso dos movimentos pró-democracia (MACIEL; KOERNER, 2014, p. 107-110).

Nesse sentido, Maciel e Koerner (2014, p. 113-114) destacam que

[a]s estratégias e alianças adotadas pelo movimento associativo do MP, a partir de 1974, foram relevantes para a conquista da independência institucional e do novo papel da Constituição de 1988. Em primeiro lugar, a construção doutrinária da noção de interesse público, acompanhada do engajamento nas mobilizações ambientalistas, foi transformando o MP numa alternativa institucional viável e disponível, naquele momento, para canalizar os novos problemas e conflitos sociais. Em segundo lugar, a interação com as redes pró-democracia contribuiu para ampliar o padrão tradicional de alianças, bem como as estratégias de mobilização para além do *lobby*. Nesse processo, o MP atraiu para si visibilidade pública inédita que se converteu no apoio político de grupos, movimentos sociais, comunidade científica e meios de comunicação ao perfil potencialmente politizado de atuação profissional.

Paralelamente ao diálogo crescente com a sociedade civil organizada, a postura ambígua da ditadura civil-militar, tentando normalizar as medidas de exceção por meio da institucionalização do regime, acabou favorecendo a agenda corporativa do Ministério Público na direção do fortalecimento e estabelecimento de maiores atribuições ao órgão (ARANTES, 2002, p. 39-44). Não se pode perder de vista que

a essa altura o Ministério Público estava institucionalmente vinculado ao Poder Executivo; e, notadamente no âmbito federal, acumulava a função de advocacia de governo, o que à época implicava a estratégica prerrogativa de deter legitimidade ativa exclusiva para acionar o controle concentrado de constitucionalidade⁴. Traçado esse breve cenário, é compreensível que a Emenda Constitucional (EC) nº 7/1977, então chamada de *reforma do Judiciário*, tenha alterado a Constituição de 1967 (art. 96, parágrafo único) e estabelecido, entre outros pontos, a previsão de uma Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (BRASIL, [1985]).

Cerca de um ano antes, em agosto de 1976, a Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público (Caemp), antecessora da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), apresentou ao Ministério da Justiça um Projeto de Emenda Constitucional para a regulamentação do Ministério Público. Entre as quatro atribuições do órgão previstas no texto estava a “iniciativa para a ação civil pública”, refletindo a pretensão ministerial de assumir uma função do campo da defesa de interesses transindividuais (CABRAL NETTO, 2009, p. 40).

Embora o texto da Caemp não tenha sido aprovado nesse ponto, a Lei Complementar (LC) nº 40/1981, primeira Lei Orgânica do Ministério Público (BRASIL, 1981), incorporou uma série de atribuições e prerrogativas que seriam reproduzidas anos depois pelo Constituinte de 1987-1988. No caso específico da tutela coletiva, assegurou-se a defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade como uma das funções do Ministério Público (art. 1º, *caput*) e, entre as atribuições do órgão, foi inserida

⁴ Entre 1965 (EC nº 16/1965) e a promulgação da CRFB, o procurador-geral da República era o único ator capaz de provocar a jurisdição do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade (BRASIL, 1965, [2021]).

justamente a promoção da “ação civil pública, nos termos da lei” (art. 3º, III).

Posteriormente, a Lei nº 7.347/1985 disciplinou a ação civil pública (ACP). Apesar da previsão explícita no citado art. 3º, III, da LC nº 40/1981, houve intenso debate na comunidade jurídica nacional acerca do modelo adequado de legitimação ativa daquele que se tornaria o principal instrumento da tutela coletiva no Direito Processual Civil. Como descreve Grinover (1984, p. 290-291), à época eram três as soluções engendradas pela literatura jurídica quanto à questão da legitimidade ativa: (i) atribuição universal a todos os indivíduos, separadamente; (ii) atribuição a grupos e associações finalisticamente orientados à tutela de interesses supraindividuais; e (iii) atribuição ao Ministério Público. Sobre este último ponto, vocalizando a posição de importante parcela dos processualistas nacionais, Grinover (1984, p. 291) pontuava que seria reconhecida a inadequação do Ministério Público como titular de ações de caráter coletivo em razão da própria “índole” da sua função institucional principal (a atividade persecutória penal), da sua vinculação ao Poder Executivo e, conseqüentemente, da sua falta de especialização no campo dos direitos coletivos.

Na esteira do trabalho de Cappelletti e Garth (1988), esse grupo de processualistas sustentava que outras soluções seriam mais adequadas, como a criação de órgãos altamente especializados, a exemplo do “ombudsman do consumidor” sueco, para a atuação na tutela coletiva ou a extensão da legitimidade a pessoas privadas (indivíduos e pessoas jurídicas) ainda que não pessoalmente prejudicadas pela questão em concreto.

Apesar do contraponto doutrinário, o forte trabalho de articulação do Ministério Público desde meados da década de 1970 também esteve presente no texto final da Lei da ACP (BRASIL, [2014b]), num processo que, segundo Arantes

(2002, p. 54), demonstra “claramente como o Ministério Público estava disposto a se transformar no defensor desses novos direitos, nem que para isso tivesse que afastar a própria sociedade civil do seu caminho”. A própria exposição de motivos do projeto de lei apresentado ao Congresso Nacional consignou a “colaboração prestimosa” de membros do Ministério Público de São Paulo ao texto submetido ao Parlamento (ARANTES, 2002, p. 61).

Assim, apesar de a redação original da Lei nº 7.347/1985 ter previsto uma legitimação ativa concorrente – do Ministério Público com outros entes da Administração Pública direta e indireta e associações civis –, já era possível antever que a presença do Ministério Público no rol faria com que, em termos práticos, o órgão passasse a gozar de hegemonia no campo do manejo das ACPs, como efetivamente aconteceu nos anos seguintes.

Os motivos para isso são variados. Em relação ao Ministério Público, além da sua ampla capilaridade no território nacional, a Lei da ACP viabilizou a instauração do inquérito civil prévio à ação (art. 8º, § 1º), dotando o órgão de poder requisitório e permitindo uma instrução prévia ao ajuizamento da ação mais qualificada e que não estava à disposição dos outros legitimados ativos. Ademais, nas ACPs propostas por outro autor civil público, ao Ministério Público foi assegurada a obrigatória atuação como “fiscal da lei”; e, em caso de desistência por legitimado diverso, ele passou a ter a obrigação legal de assumir o feito (art. 5º, §§ 1º e 3º). Não fosse suficiente todo esse quadro normativo, deve-se reforçar que a ocupação do campo da tutela coletiva fazia parte do núcleo duro do projeto político da instituição nos anos 1970 e 1980 (BRASIL, [2014b]).

Quanto às associações civis, os requisitos formais exigidos pela lei – regularidade por no mínimo um ano e interesse institucional esta-

belecido para a proteção de certos interesses transindividuais – acabaram constituindo um desestímulo ao efetivo exercício da legitimidade ativa na ACP. Por fim, os demais entes legitimados da Administração Pública direta e indireta, além de frequentemente apontados como violadores dos interesses transindividuais nessas ações, têm suas atividades condicionadas pelas agendas governamentais, podendo valer-se das escolhas formuladas nas suas próprias políticas públicas para insular ou promover prioridades, o que desestimula a busca da tutela judicial de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Portanto, longe de ser o ponto de partida de um novo Ministério Público, a ANC foi o ponto de chegada de um longo processo de mudança institucional que teve como motor principal a tutela coletiva (ARANTES, 2002, p. 76). Até mesmo a então polêmica divisão das funções persecutórias entre o Ministério Público e a Advocacia Pública – um dos grandes temas relacionados ao órgão na ANC – foi mediada pela pauta da nova atribuição nos direitos de natureza coletiva. Em março de 1985, Sepúlveda Pertence – o primeiro procurador-geral da República no período posterior à ditadura civil-militar –, embora não se tivesse posicionado explicitamente acerca da controvérsia⁵, asseverou em seu discurso de posse que

as duas funções [advocacia de governo e tutela coletiva] possam trilhar uma rota tendente à harmonização porque na democracia, a defesa da sociedade e dos direitos humanos, dos interesses indisponíveis dos oprimidos, assim como a exigência de responsabilização flexível dos abusos, deixam de ser uma postura de necessário confronto com o Estado, mas, ao contrário, hão de constituir a inspiração maior da ação conjugada de todos os poderes (PERTENCE apud LAMENHA, 2019, p. [6]).

Assim, com influência significativa do lobby das associações do Ministério Público – especialmente a Carta de Curitiba, aprovada em junho de 1986 no 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações de Ministério Público⁶ –, o texto final da ANC sobre o Ministério Público consolidou a adoção definitiva de um modelo que transformou a instituição num órgão autônomo, independen-

⁵Contudo, em depoimento ao projeto História Oral do Supremo Tribunal Federal (FONTAINHA; SILVA; NUÑEZ, 2015, p. 67), Sepúlveda Pertence declarou que “era essencial” ao Ministério Público de 1988 libertar-se da função de advogado da União.

⁶A Carta de Curitiba de 1986 foi um documento corporativo produzido pela Conamp e que sintetizava as “linhas mestras do posicionamento do Ministério Público” para a ANC que logo seria instalada. Continha cerca de 70 disposições, entre as quais quinze artigos e vários parágrafos, incisos e alíneas, todos relacionados ao novo desenho institucional do Ministério Público (CABRAL NETTO, 2009, p. 75-76; SABELLA; DAL POZZO; BURLE FILHO, 2013, p. 31-32). Apesar de existirem divergências na literatura quanto ao nível de adesão dos constituintes ao texto da Carta (KERCHE, 2009, p. 19-21), sua influência no texto final da CRFB é inegável.

te em relação ao Executivo e com funções que ultrapassam a clássica atribuição persecutória no âmbito penal, com destaque justamente para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assegurou-se também uma identidade nacional consolidada à instituição (SAUWEN FILHO, 1999, p. 165-169).

Não há consenso na literatura em relação às razões do sucesso do projeto político do Ministério Público em capitanear seu fortalecimento institucional com base na atribuição de tutela coletiva (CARVALHO; LEITÃO, 2010, p. 404-408). Lamenha (2019) propõe o reconhecimento da complexidade e os múltiplos aspectos a serem considerados na questão, rejeitando modelos monológicos de explicação. Nessa perspectiva, a construção institucional do Ministério Público de 1988 parece combinar fatores como: (i) o lobby institucional bem organizado (ARANTES, 2002, p. 77); (ii) a conjuntura político-ideológica favorável a uma instituição distante do jogo partidário-eleitoral com independência e amplos poderes para promover os interesses da sociedade (KERCHE, 2009, p. 23); e (iii) a articulação extrainstitucional junto à sociedade civil organizada durante o longo processo de transição política, num esforço de reacomodação da carreira baseada na mobilização de elementos da agenda democratizante então em evidência (MACIEL; KOERNER, 2014, p. 113-114).

3 Disputas corporativas e competições institucionais: a construção da Defensoria Pública na ordem de 1988

Embora um marco normativo nacional para o Ministério Público só tenha advindo com a LC nº 40/1981, referências constitucionais ao órgão remontam à Constituição de 1934. No caso da Defensoria Pública e, mais propriamen-

te, da orientação jurídica e defesa judicial dos necessitados, a CRFB foi a primeira a instituir, em nível constitucional, um órgão público de abrangência nacional com essa atribuição específica (MARONA, 2013).

Até então, como prevista nas Constituições de 1934, 1946 e 1967-1969 (MARONA, 2013), a assistência judiciária aos necessitados era organizada como uma concessão do Poder Público. Cabia ao Estado, no plano infraconstitucional, estabelecer políticas públicas para tal finalidade, o que não necessariamente envolvia a criação de um órgão público específico. No âmbito dos estados da Federação, os modelos de assistência judiciária abrangiam três soluções: (i) a criação de um serviço público específico, caso do Rio de Janeiro, onde os primeiros cargos de defensor público foram criados em 1954; (ii) a disponibilização de um serviço público de assistência judiciária vinculado a outro órgão público já existente, notadamente as procuradorias estaduais, como ocorria em São Paulo⁷ e no Rio Grande do Sul, e também ao Ministério Público, caso do extinto estado da Guanabara; e (iii) a designação e o custeio de advogados dativos ou o estabelecimento de parcerias e convênios com a OAB (MOREIRA, 2016, p. 70-72).

Paralelamente a isso, a Lei nº 1.060/1950, ainda hoje em vigor no que toca à isenção de custas judiciais para pessoas hipossuficientes (a chamada *Justiça gratuita*), organizou, à época do início de sua vigência, a legislação dispersa sobre o tema da assistência judiciária aos necessitados, assegurando-lhes, entre outros direitos, o de ter constituído um advogado dativo custeado pelo Estado⁸. Embora relevante o serviço, deve-se

⁷ Segundo Marona (2013), o primeiro serviço público de assistência judiciária gratuita do Brasil foi organizado pelo governo paulista em 1935.

⁸ Curiosamente, o art. 18 dessa lei, nunca expressamente revogado, dispõe sobre a possibilidade de que, a partir do 4º ano, acadêmicos de Direito possam ser indicados para auxiliar o patrocínio das causas dos necessitados. O dispositivo,

ponderar que, na maior parte dos casos, o próprio usuário precisava identificar uma demanda judicial em potencial e procurar o auxílio estatal para a nomeação de um advogado dativo. A quase inexistência da atividade de orientação jurídica no contexto de uma população majoritariamente pobre e pouco informada sobre a legislação de regência comprometia a qualidade tanto do serviço de assistência judiciária oferecido pelo Estado quanto do próprio acesso à Justiça (MARONA, 2013).

Aliás, a trajetória da defensoria fluminense merece destaque não só por seu pioneirismo e por ter espelhado o futuro modelo de Defensoria Pública adotado em 1988 como também por indicar que a vida institucional do primeiro órgão específico de assistência judiciária ocorreu dentro da estrutura do Ministério Público. Assim, quando criado em 1954, o serviço de Assistência Judiciária do estado do Rio de Janeiro foi vinculado ao Ministério Público estadual, ainda que constituído por quadro próprio de funcionários.

Em 1975, com a fusão dos estados do Rio de Janeiro e da Guanabara – na qual a posição de defensor público era curiosamente o cargo inicial da carreira de membro do Ministério Público –, a Constituição do novo estado do Rio de Janeiro passou a prever a Assistência Judiciária como órgão específico, mas não sem um intenso debate sobre uma possível vantagem para a carreira no caso de permanência à sombra do Ministério Público. A autonomia administrativa só veio em 1987, mediante a criação do cargo de procurador-geral da Defensoria Pública, com seu titular escolhido pelo governador por meio de lista tríplex elaborada pela carreira, o que coincidiu com a alteração do nome de Assistência Judiciária para Defensoria Pública (MOREIRA, 2016, p. 71-74).

todavia, parece ter sido tacitamente revogado pelo art. 1º da Lei nº 8.906/1994 (BRASIL, 1950, [2020]).

Não surpreende, pois, que o desenvolvimento de uma agenda corporativa em torno da pauta da expansão de um modelo de instituição especificamente vocacionada à orientação jurídica e defesa judicial dos necessitados se tenha aglutinado em torno das associações corporativas do novo estado⁹: a Associação da Assistência Judiciária do Estado do Rio de Janeiro (Aaerj), criada em 1976, e a Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro (Adperj), criada em 1982 como uma dissidência da Aaerj¹⁰.

A experiência fluminense motivou a criação de outros serviços autônomos de assistência judiciária, como no caso do Mato Grosso do Sul. Em 1984, defensores oriundos de serviços autônomos e outros servidores públicos responsáveis pela atividade de assistência judiciária de diferentes locais do País fundaram uma entidade de caráter nacional, a Federação Nacional dos Defensores Públicos (Fenadep), antecessora da atual Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep). Foi a Fenadep a principal articuladora da agenda referente à criação nacional e em âmbito constitucional de um órgão público específico na ANC (MOREIRA, 2016, p. 75-76).

Embora o lobby dos defensores públicos e dos assistentes judiciários nos trabalhos na ANC não se tenha diferenciado significativamente, em termos de estratégia e nível de pressão, do desempenhado pelas associações do Ministério Público e de outras carreiras vinculadas ao sistema de Justiça (e apesar da efetiva constitucionalização da Defensoria Pública), a agenda corporativa da Defensoria Pública não logrou o êxito obtido por

⁹ Fenômeno semelhante também se deu com o Ministério Público antes de 1988, quando uma associação estadual, a APMP, teve grande protagonismo na agenda corporativa, sobretudo na década de 1970.

¹⁰ Segundo Moreira (2016, p. 73), a dissidência ocorreu em razão de uma decisão governamental que em 1981 restringiu a autonomia da Assistência Judiciária do estado do Rio de Janeiro, vinculando-a à Secretaria de Justiça. Aqueles que se insurgiram contra essa decisão saíram da Aaerj e formaram a Adperj.

outras corporações, notadamente o Ministério Público. O principal motivo para esse cenário parecem ter sido as disputas institucionais, sobretudo frente a outras corporações jurídicas que – localmente e com base em diferentes arranjos – já desempenhavam a função de assistência jurídica ao pobre. Apesar disso, o principal contraponto firmado pelo lobby da Defensoria Pública teve lugar no estabelecimento de fronteiras claras entre as suas funções e as atribuições do Ministério Público, instituição que orientou a agenda dos defensores e assistentes jurídicos.

Os debates iniciais sobre a Defensoria Pública na ANC ocorreram na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Na 5ª reunião ordinária da Subcomissão, a representação da Fenadep teve a oportunidade de expor sua proposta para a constitucionalização da Defensoria Pública. Em síntese, a agenda consistia nos seguintes pontos: (i) uma instituição com marco normativo nacional; (ii) estruturada por meio de concurso público; (iii) orientada por princípios institucionais que assegurassem autonomia financeira e administrativa, unidade e independência; e (iv) direitos, garantias e prerrogativas dos seus membros equiparadas às conferidas aos membros do Ministério Público (BRASIL, 1987, p. 110).

Moreira (2016, p. 81) destaca que, em diversas passagens do debate público na Subcomissão, os representantes da Fenadep procuraram persuadir os constituintes ao estabelecerem simultaneamente tanto um paralelo entre Ministério Público e Defensoria Pública relativamente à importância da função no âmbito do sistema de Justiça quanto uma diferenciação entre o escopo de suas respectivas atuações. O elemento distintivo está justamente no fato de que a tutela coletiva ficaria a cargo do Ministério Público, ao passo que a Defensoria Pública ficaria restrita à tutela de interesses individuais. Essa dicotomia fica explícita na fala de Roberto Vitagliano, então

defensor público do estado do Rio de Janeiro e representante da Fenadep perante a Subcomissão:

É importante, também, declinar aqui a condição da Defensoria Pública do ponto de vista da necessidade social. Temos, para nós, que a instituição só é legítima na medida em que nasce de uma necessidade social. Hoje, sem dúvida nenhuma, o homem do campo e as pessoas mais humildes da cidade necessitam urgentemente de advogados competentes, do mesmo nível, por exemplo, dos promotores de Justiça, dos procuradores de Estado, que ingressem na carreira após percorrer o curso normal de Direito, através de um concurso de provas e títulos. Cabe ao defensor público, essencialmente, a defesa desses interesses da grande maioria do povo brasileiro, tanto do campo quanto da cidade.

É importante procurar distinguir o Ministério Público e a atuação dos membros do Ministério Público, a atuação dos defensores públicos ou dos membros da Defensoria Pública. Enquanto o Ministério Público procura atuar como fiscal da lei – e atua como fiscal da lei – e em defesa dos direitos indisponíveis da sociedade, o defensor público atua em defesa dos interesses individuais, se bem que sempre do ponto de vista do interesse social (BRASIL, 1987, p. 100).

Embora no âmbito da Subcomissão todos os itens da agenda da Fenadep tenham sido contemplados pela Emenda nº 4, de autoria do constituinte Sílvio de Abreu, a proposta não resistiu às demais etapas do processo deliberativo. Após os debates e as votações na Comissão Temática de Organização dos Poderes e Sistema de Governo – à qual estava vinculada a Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público –, na Comissão de Sistematização e no Plenário a redação final do art. 134 e de seu parágrafo único da CRFB atribuíram à Defensoria Pública apenas: (i) o caráter de instituição essencial ao sistema de Justiça; (ii) a função de orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados, concretizan-

do o direito fundamental ao acesso à Justiça (CRFB, art. 5º, LXXIV); (iii) a previsão de LC que serviria de marco normativo nacional da Defensoria Pública no âmbito da União, Estados e Distrito Federal e Territórios, assegurado o ingresso por concurso público; e (iv) a garantia da inamovibilidade e a vedação do exercício da advocacia (MOREIRA, 2016, p. 79-97).

Segundo Moreira (2016, p. 78), a agenda dos defensores e assistentes judiciários encontrou resistência na ANC por três motivos fundamentais. Em primeiro lugar, o conflito entre a ideia de institucionalização da Defensoria Pública e outras corporações jurídicas, como as procuradorias estaduais e a OAB, que àquela altura desempenhavam a função de assistência judiciária aos necessitados e não queriam abrir mão dessa atividade. Em segundo lugar, os estados resistiam à criação de uma nova corporação jurídica, defendendo a autonomia de cada unidade federativa para encontrar o melhor arranjo a fim de assegurar o serviço de assistência judiciária aos necessitados e, em menor medida, buscando prestigiar os interesses corporativos das carreiras jurídicas neles já existentes. Por fim, o esforço de equiparação de prerrogativas em relação ao Ministério Público encontrou forte resistência dos promotores e procuradores desse órgão.

A trajetória da Defensoria Pública na ANC, mais até que a experiência do Ministério Público discutida no tópico anterior, é reveladora do ativismo político de agentes do sistema de Justiça com a finalidade de maximizar seu poder na ordem constitucional no contexto particular de fortalecimento das instituições judiciais, como o verificado a partir da promulgação da CRFB (LIMA, 2018, p. 158).

Assim, apesar do sucesso inicial da agenda da Defensoria Pública, a articulação de outros atores do sistema de Justiça – especialmente o Ministério Público, as procuradorias esta-

duais e a OAB – esvaziou significativamente o projeto institucional considerado adequado pelos defensores e assistentes judiciários. Nesse contexto, outro aspecto a ser considerado é o fato de que – diferentemente do Ministério Público, por exemplo – o lastro associativo dos defensores e assistentes judiciários ainda era muito incipiente, ao passo que a agenda política do Ministério Público coroada pela CRFB datava de meados da década de 1970 (MOREIRA, 2017, p. 675).

De mais a mais, essa resistência de outras corporações é um relevante aspecto explicativo das dificuldades para a instalação e a estruturação das Defensorias Públicas em alguns estados nos anos que se seguiram à promulgação da CRFB (MADEIRA, 2014, p. 58). Com efeito, em 2012 Santa Catarina foi o último estado da Federação a promulgar lei estadual criando a sua Defensoria Pública. Isso somente foi possível com a declaração de inconstitucionalidade do art. 104 da sua Constituição estadual e da LC estadual nº 155/1997, que regulavam um serviço de “defensoria pública dativa” mediante um convênio com a OAB local. Na prática, portanto – e Santa Catarina foi apenas o último exemplo desse tipo de “resistência” –, alegava-se a desnecessidade de criação de uma instituição da Defensoria Pública, uma vez que a assistência jurídica aos necessitados já era promovida por meio de um convênio entre aquele estado e a OAB e desempenhada pela advocacia privada. A impugnação daquele dispositivo da Constituição estadual e da própria LC estadual que o disciplinava foi objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 3.892 e 4.270, ajuizadas respectivamente pela então Associação Nacional dos Defensores Públicos da União (Andpu)¹¹ e pela Anadep (MOREIRA,

¹¹ Atualmente, a Andpu denomina-se Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (Anadep).

2016, p. 199), ambas julgadas procedentes (BRASIL, 2012b, 2012c).

4 Entre chegadas e partidas: as trajetórias espelhadas do Ministério Público e da Defensoria Pública na tutela coletiva

O marco normativo original da CRFB estabeleceu uma divisão de tarefas bem delimitada entre Ministério Público e Defensoria Pública. No âmbito penal, funcionariam em polos claramente opostos: o Ministério Público, o titular da ação penal pública; e a Defensoria Pública, na defesa dos que, por razões econômicas, não pudessem contratar os serviços de um advogado privado. No âmbito cível, a atuação do Ministério Público estaria majoritariamente associada à defesa de direitos transindividuais, ao passo que a Defensoria Pública atuaria na tutela individual dos necessitados. Parece correto, pois, afirmar que ambas as instituições foram eficientes em reivindicar para si um campo importante de um movimento mais amplo, de cariz internacional, de fortalecimento das instituições judiciais, de acesso à Justiça e de coletivização de direitos.

O caso do Ministério Público é particularmente bem-sucedido, uma vez que o campo da tutela coletiva foi central para que a instituição pudesse reivindicar, ainda nos anos anteriores à ANC, uma reengenharia completa de seu desenho institucional, com mais prerrogativas e garantias para o órgão e seus membros, notadamente a chamada *independência funcional*¹², colocando-se muito além da clássica função

¹² Em linhas gerais, a independência funcional, um dos três princípios institucionais do Ministério Público (CRFB, art. 127), assegura uma ampla margem de discricionariedade aos membros do Ministério Público no desempenho de suas atribuições, autorizando em certas situações a atuarem inclusive de ofício – o que distingue sensivelmente a insti-

persecutória no âmbito penal e acumulando múltiplas funções que permitiram ao órgão, nas décadas seguintes, ter a capacidade de interferir virtualmente em qualquer questão de relevo público. A temática associada aos direitos transindividuais abriu uma imensa frente de trabalho para o Ministério Público no âmbito da atuação extrajudicial, por meio do manejo de ferramentas procedimentais, como as recomendações e os termos de ajustamento de conduta, e de outras soluções não formatadas previamente e tendentes à resolução de conflitos e ao atendimento de demandas¹³. Foi esse quadro normativo que levou, nos anos que se seguiram à promulgação da CRFB, autores como Arantes (2002, p. 17) a relacionarem os promotores e procuradores a um papel de “agente político da lei”.

Essa reconfiguração institucional concluída na CRFB também tornou possível uma mudança significativa da imagem do Ministério Público perante a sociedade e, associado a isso, um acúmulo progressivo de capital político pela instituição. Nessa perspectiva, nos primeiros anos da década de 2010, o Ministério Público figurava como uma das instituições mais confiáveis aos olhos dos brasileiros, como o demonstraram os dados do último trimestre de 2014 do Índice de Confiança na Justiça, da Fundação Getúlio Vargas (CUNHA, 2014).

Segundo a pesquisa, o Ministério Público figurava à época como a terceira instituição mais confiável, com 50% de manifestações positivas

tuição, por exemplo, do Poder Judiciário, que é submetido ao chamado *princípio da inércia* (LAMENHA, 2019).

¹³ É paradigmático, nesse sentido, o art. 1º, § 2º, da Recomendação nº 54/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (2017, p. 3), órgão de controle externo do Ministério Público, que estabelece: “Sempre que possível e observadas as peculiaridades do caso concreto, será priorizada a resolução extrajudicial do conflito, controvérsia ou situação de lesão ou ameaça, especialmente quando essa via se mostrar capaz de viabilizar uma solução mais célere e econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade”.

dos cidadãos entrevistados, atrás apenas das Forças Armadas e da Igreja Católica (CUNHA, 2014). Em se tratando de um órgão formalmente integrado ao sistema de Justiça e formado por uma das elites do serviço público, esse alto índice de confiança em face a outras instituições da República é um dado intrigante e que tem mobilizado uma série de pesquisas acerca do Ministério Público nos últimos anos (RIBEIRO, 2017, p. 51-52).

Embora constitua uma agenda de pesquisa a desenvolver, pode-se propor, a título especulativo, que este tripé – amplas atribuições e prerrogativas, ampla margem de discricionariedade e amplo capital político – configure um quadro analítico importante para entender como se tornou possível que, a partir de meados da primeira década deste século, o Ministério Público iniciasse uma trajetória gradual de mudança na prioridade de atuação institucional da tutela coletiva para o controle da Administração Pública, sobretudo o “combate à corrupção” (ARANTES, 2011, p. 99; AVRITZER; MARONA, 2017, p. 366), inclusive mimetizando certo voluntarismo típico da atuação em tutela coletiva também no campo do Direito Penal anticorrupção (LAMENHA, 2017, p. 52-54).

Em relação à Defensoria Pública, ressalte-se que uma das premissas estabelecidas na perspectiva analítica do presente texto é comprovada nos anos que se seguiram à promulgação da CRFB: a de espelhamento da trajetória do Ministério Público na disputa e construção do seu perfil institucional. De início, quando da constitucionalização do órgão em 1988, o forte bloqueio exercido pelo lobby de outras corporações, entre as quais o próprio Ministério Público, atrasou significativamente a criação de unidades do órgão em todo o território nacional e a afirmação de sua autonomia administrativa e funcional. Esse bloqueio também se refletiu

no conteúdo da primeira lei de organização nacional da instituição, a LC nº 80/1994, na qual a primeira investida da agenda corporativa da Defensoria Pública em direção à tutela coletiva foi vetada¹⁴ (BRASIL, [2009a]).

Por fim, registre-se que, ao tratar de Ministério Público e Defensoria Pública numa perspectiva única ou nacional, deve-se ter a cautela de rememorar que na realidade existem dezenas de órgãos do Ministério Público e da Defensoria Pública, dada a sua estruturação específica em cada uma das unidades da Federação (LEMGRUBER; RIBEIRO; MUSUMECI; DUARTE, 2016, p. 9-14). No caso particular do Ministério Público, afora os 26 órgãos estaduais, o Ministério Público da União desdobra-se – além do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – em dois órgãos ministeriais de temática particular: o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Militar¹⁵. No caso da Defensoria Pública, são 28 órgãos ao todo: uma Defensoria Pública da União (DPU) e 27 Defensorias Públicas estaduais.

Embora esses distintos órgãos possam espelhar infraestruturas, regimentos de carreira e culturas institucionais variadas, a existência de um perfil normativo único nas respectivas legislações de regência, além de instâncias associativas de caráter nacional capazes de pro-

¹⁴ A LC nº 80/1994 foi promulgada para regulamentar o art. 134, parágrafo único, da CRFB e estabeleceu, por exemplo, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional como princípios institucionais da Defensoria Pública (art. 3º), reproduzindo o teor do art. 127 da CRFB sobre o Ministério Público. Vários vetos presidenciais, contudo, foram opostos a dispositivos da LC nº 80/1994, especialmente no campo da tutela coletiva (art. 4º, XII), por intervenção direta do então procurador-geral da República, Aristides Junqueira (BRASIL, [2009a], 1994).

¹⁵ Foram excluídos os chamados Ministérios Públicos de Contas, uma vez que se trata de órgãos inseridos na estrutura dos Tribunais de Contas, e não de instituições ministeriais autônomas.

mover a coordenação e a articulação de uma agenda institucional única¹⁶, permite que seja possível e útil mapear uma trajetória institucional comum tanto a um modelo nacional de Ministério Público quanto ao seu correspondente no campo da Defensoria Pública (MADEIRA, 2014, p. 56).

5 Considerações finais

A despeito da reformulação de todo o sistema de Justiça, a literatura especializada sobre o desenho e funcionamento dessas instituições – nos mais distintos campos (Ciência Política, Sociologia Política, Direito) – debruça-se prioritariamente sobre o Poder Judiciário, com especial atenção ao STF. À luz do princípio da inércia no qual se funda a atividade judicante, é curioso que haja uma lacuna de estudos sobre as instituições de Estado cuja função, entre outras, é justamente o acionamento dos tribunais (DA ROS, 2017, p. 58-59; DA ROS; INGRAM, 2019, p. 340). Além disso, tais instituições têm nos mecanismos extraprocessuais amplo espaço de interferência nas relações políticas e sociais, o que pode redundar em eventuais competições e superposição de atuações, viabilizadas por mecanismos institucionais formais e consolidação de práticas informais.

Nesse sentido, a pesquisa aqui apresentada confirma a relevância de se recorrer ao marco normativo original da CRFB como estratégia para compreender melhor as instituições do sistema de Justiça e algumas de suas interações

possíveis. Assim, o recurso à leitura na chave do novo institucionalismo demonstra ser um enfoque analítico útil para – diferentemente de uma tradição apenas descritiva do estudo das instituições judiciais no Brasil – promover uma discussão sobre os pontos de contato, os diálogos e as disputas entre diferentes órgãos do sistema de Justiça (DA ROS; INGRAM, 2019, p. 339-346).

Sob o prisma estritamente normativo, ao menos três evidências dão suporte às conclusões expostas nos dois últimos parágrafos: (i) a CRFB foi o primeiro texto constitucional a fazer expressa menção a direitos transindividuais; (ii) o perfil institucional do Ministério Público foi totalmente reformulado, com a retirada da sua função de advocacia de governo e o estabelecimento, ao lado da atribuição de persecução criminal, da tarefa de tutela judicial e extrajudicial dos direitos de natureza coletiva; e (iii) pela primeira vez foi constitucionalizada a Defensoria Pública como instituição à qual se atribui a tarefa de promover orientação jurídica e defesa judicial aos necessitados, isto é, a tutela individual dos que não têm condições materiais para acessar o sistema de Justiça.

A conjuntura comum compartilhada conduziu a uma interação do Ministério Público com a Defensoria Pública nas décadas que se seguiram à promulgação da CRFB: de um terreno com atribuições bem demarcadas no texto original da Constituição, verifica-se atualmente um espaço de superposição de funções e, até mesmo, certa competição institucional entre Ministério Público e Defensoria Pública numa tarefa então estratégica no contexto político e jurídico da ANC – a tutela coletiva. Um dos exemplos mais bem acabados dessa competição institucional presente é a ADI nº 3.943 – proposta pela Conamp –, que impugnou o texto da Lei nº 11.448/2007 e foi julgada improcedente pelo STF em 2015 (BRASIL, 2015b).

¹⁶ A título de exemplo, vejam-se a Conamp e a Anadep, associações civis de caráter nacional que agregam, respectivamente, membros de todas as carreiras do Ministério Público e da Defensoria Pública; e também o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais e o Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais, entidades associativas que reúnem os chefes de carreira dos diferentes órgãos do Ministério Público e da Defensoria Pública em todo o território nacional.

Consideradas essas disputas, importa pontuar que, desde a aprovação da EC nº 45/2004 – que assegurou a autonomia funcional e administrativa, além de iniciativa orçamentária, às Defensorias estaduais (CRFB, art. 134, § 2º) –, o sucesso dos bloqueios à agenda corporativa da Defensoria Pública parece ter arrefecido, sendo possível verificar diversas mudanças legislativas na direção justamente da reivindicação da tutela coletiva e da promoção dos direitos humanos. Nesse aspecto, o êxito do lobby corporativo da Defensoria é significativo: desde 2004, pelo menos três emendas constitucionais (EC nºs 69/2012¹⁷, 74/2013¹⁸ e 80/2014), uma lei complementar (LC nº 132/2009) e uma lei ordinária (Lei nº 11.448/2007) foram aprovadas com agendas totalmente relacionadas à expansão das atribuições e das prerrogativas do órgão.

Neste aspecto particular, destaque-se que a EC nº 80/2014 erigiu no próprio texto constitucional uma série de mudanças de perfil institucional da Defensoria Pública já explícitas nas LCs nºs 132/2009 e 174/2013 e na Lei nº 11.448/2007, estabelecendo o caráter permanente da instituição e ampliando sua função institucional para contemplar “a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” (novo *caput* do art. 134 da CRFB) (BRASIL, [2021]), além do reconhecimento da unidade, indivisibilidade e independência funcional como princípios institucionais (novo § 4º do art. 134). Além disso, foi incluído o art. 98,

§ 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevendo que até 2022 todas as comarcas e seções judiciárias do País deverão contar com defensores públicos (BRASIL, 2014a).

No campo da tutela coletiva, a Lei nº 11.448/2007 assegurou à Defensoria Pública legitimidade ativa para a propositura, autorizando-a, formalmente, a atuar nesse âmbito, com a inclusão do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985 (BRASIL, 2007). Em linhas gerais, a LC nº 132/2009 alterou radicalmente a LC nº 80/1994, consolidando um movimento que buscava descolar a Defensoria Pública do campo da tutela individual dos necessitados em direção a outras atribuições, notadamente no campo da tutela coletiva e da promoção de direitos humanos (BRASIL, [2009a], 2009b).

Embora a questão mereça ser desenvolvida com atenção em pesquisas posteriores, o espelhamento da trajetória institucional do Ministério Público pela Defensoria Pública parece revelar uma estratégia de consolidação do órgão no quadro institucional do sistema de Justiça, livre do risco de reversão incitado pelo lobby de outras corporações (como a OAB, por exemplo), especificamente em relação à função primeira de orientação e defesa judicial dos necessitados, questão objeto de disputa por quase 15 anos, até que Santa Catarina se tornasse o último estado da Federação a instituir sua própria Defensoria Pública por força de decisão do STF no julgamento das ADIs nºs 3.892 e 4.270 (BRASIL, 2012b, 2012c). Tal como aconteceu com o Ministério Público na ANC, a ampliação das atribuições da Defensoria Pública no âmbito da tutela coletiva, em virtude das várias alterações constitucionais e legislativas, caminhou em paralelo a um processo de reforço de prerrogativas e garantias institucionais.

Feito o paralelo entre os marcos normativos originais decorrentes de uma conjuntura político-ideológica comum e sinalizada a hipó-

¹⁷ A EC nº 69/2012 transferiu da União para o Distrito Federal a organização da Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF), tornando possível, finalmente, a sua instituição naquela unidade federativa por meio da Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal nº 61/2012 (BRASIL, 2012a).

¹⁸ A EC nº 74/2013 estendeu à DPU e à DPDF as prerrogativas de autonomia financeira e administrativa, além de iniciativa orçamentária, conforme estabelecido no art. 134, § 3º, da CRFB (BRASIL, 2013a).

tese de um espelhamento da trajetória da Defensoria Pública em relação ao Ministério Público, o texto aponta para a relevância de se debruçar, à luz do institucionalismo histórico, sobre a interação e a competição entre instituições do sistema de Justiça nacional para melhor compreender os processos de construção e de mudança institucional. Espera-se que pesquisas futuras sejam capazes de desenvolver as implicações decorrentes da superposição de funções no âmbito da tutela coletiva entre Ministério Público e Defensoria Pública.

Sobre os autores

Flávia Danielle Santiago Lima é doutora e mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professora permanente do programa de pós-graduação (mestrado) em Direito da Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil; professora da Faculdade de Direito da Universidade de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; advogada da União, Procuradoria Regional da União na 5ª Região, Recife, PE, Brasil.
E-mail: flavia-santiago@uol.com.br

Bruno Lamenha é mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil; doutorando em Direito na Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil.
E-mail: brunolamenha@uol.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

LIMA, Flávia Danielle Santiago; LAMENHA, Bruno. Mobilizando a agenda dos direitos coletivos, assegurando espaço institucional: Ministério Público e Defensoria Pública na transição democrática. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 87-108, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p87

(APA)

Lima, F. D. S., & Lamenha, B. (2021). Mobilizando a agenda dos direitos coletivos, assegurando espaço institucional: Ministério Público e Defensoria Pública na transição democrática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(231), 87-108. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p87

Referências

ALONSO, Angela; COSTA, Valeriano; MACIEL, Débora. Identidade e estratégia na formação do movimento ambientalista brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, [São Paulo], n. 79, p. 151-167, nov. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002007000300008>. Disponível em:

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000300008. Acesso em: 16 abr. 2021.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Educ: Sumaré, 2002.

_____. Polícia Federal e construção institucional. In: AVRITZER, Leonardo; FIGUEIRAS, Fernando (org.). *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 99-132.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 359-393, abr./jun. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/001152582017123>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582017000200359. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. Ata da 5ª Reunião Ordinária [da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público na Assembleia Nacional Constituinte], realizada em 23 de abril de 1987. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília, DF, ano 1, n. 78, p. 97-118, 17 jun. 1987. Supl. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup78anc17jun1987.pdf#page=97>. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965*. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc16-65.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 69, de 29 de março de 2012*. Altera os arts. 21, 22 e 48 da Constituição Federal, para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2012a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc69.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 74, de 6 de agosto de 2013*. Altera o art. 134 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2013a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc74.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014*. Altera o Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV – Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2014a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981*. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp40.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009*. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Brasília, DF:

Presidência da República, 2009b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp132.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Brasília, DF: Presidência da República, 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015a]. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869imprensa.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismo de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *Mensagem [Presidencial] nº 27, [de 12 de janeiro de 1994]*. [Razões de veto à Lei Complementar n. 80/94]. Brasília, DF: [Presidência da República], 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep-27-Lcp-80-94.pdf. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.892/SC*. Art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina. Lei Complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “defensoria pública dativa” [...]. Requerente: Associação Nacional dos Defensores Públicos da União – ANDPU. Interessados: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina; Governador do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 14 de março de 2012b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2822228>. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública (art. 5º, inc. II, da Lei n. 7.347/1985, alterado pelo art. 2º da Lei n. 11.448/2007). Tutela de interesses transindividuais (coletivos *strito sensu* e difusos) e individuais homogêneos. Defensoria Pública: instituição essencial à função jurisdicional [...]. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 7 de maio de 2015b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.270/SC*. Art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina. Lei Complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “Defensoria Pública dativa” [...]. Requerentes: Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP; Associação Nacional dos Defensores Públicos da União

– ANDPU. Interessada: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 14 de março de 2012c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2822197>. Acesso em: 16 abr. 2021.

CABRAL NETTO, Joaquim. *CONAMP-CAEMP: uma história sem fim*. Porto Alegre: Magister, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 399-421, jul./dez. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000200003>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000200003. Acesso em: 16 abr. 2021.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Teatro das sombras: a política imperial. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017*. Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Brasília, DF: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

CUNHA, Luciana Gross (coord.). *Relatório ICJ Brasil*, São Paulo, ano 6, n. 21, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/14089>. Acesso em: 16 abr. 2021.

DA ROS, Luciano. Em que ponto estamos?: agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. In: ENGELMANN, Fabiano (org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: Ed. UFRGS/CEGOV, 2017. p. 57-97. (Coleção CEGOV Transformando a Administração Pública). Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/213273>. Acesso em: 19 abr. 2021.

DA ROS, Luciano; INGRAM, Matthew C. Law, courts, and judicial politics. In: AMES, Barry (ed.). *Routledge handbook of Brazilian politics*. New York: Routledge, 2019. p. 339-357. DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315543871>.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger (org.). *História oral do Supremo (1988-2013)*: Sepúlveda Pertence. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2015. (História Oral do Supremo, v. 3). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13672>. Acesso em: 19 abr. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista da Faculdade de Direito*, [São Paulo], v. 79, p. 283-307, 1984. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>. Acesso em: 16 abr. 2021.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. Political science and the three new institutionalisms. *Political Studies*, [s. l.], v. 44, n. 5, p. 936-957, Dec. 1996. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.1996.tb00343.x>.

HUNTINGTON, Samuel P. *A terceira onda: a democratização no final do século XX*. Tradução de Sergio Goes de Paula. São Paulo: Ática, 1994. (Série Temas. Política e Sociedade, v. 39).

KERCHE, Fábio. *Virtude e limites: autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil*. São Paulo: Edusp, 2009. (Biblioteca Edusp de Direito, 9).

KOERNER, Andrei. Política, direito e judiciário: centralidade e ambivalências do jurídico na ordem constitucional de 1988. In: HOLLANDA, Cristina Buarque de; VEIGA, Luciana Fernandes; AMARAL, Oswaldo E. do (org.). *A Constituição de 88: trinta anos depois*. Curitiba: Ed. UFPR, 2018. p. 305-328. (Série Pesquisa, n. 340).

LAMENHA, Bruno. A tarefa de defesa do regime democrático confiada ao Ministério Público brasileiro na Nova República: perspectivas a partir da noção de “contrademocracia” de Pierre Rosanvallon. In: ENCONTRO INTERNACIONAL PARTICIPAÇÃO, DEMOCRACIA E POLÍTICAS PÚBLICAS, 4., 2019, Porto Alegre. [Anais]. [S. l.: s. n.], 2019. Disponível em:

https://pdpp2019.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=19. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Três tópicos sobre corrupção e democracia no Brasil contemporâneo: um pequeno ensaio. In: PIMENTEL, Elaine (org.). *Criminologia e política criminal: perspectivas*. Maceió: Edufal, 2017. p. 43-56.

LEMGRUBER, Julita; RIBEIRO, Ludmila; MUSUMECI, Leonarda; DUARTE, Thais. *Ministério Público: guardião da democracia brasileira?* Rio de Janeiro: CESeC, 2016. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/livro/ministerio-publico-guardiao-da-democracia-brasileira>. Acesso em: 16 abr. 2021.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Revisitando os pressupostos da juristocracia à brasileira: mobilização judicial na Assembleia Constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 63, n. 2, p. 145-167, ago. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i2.59168>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59168>. Acesso em: 16 abr. 2021.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. O processo de reconstrução do Ministério Público na transição política (1974-1985). *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 97-117, set./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.22456/1982-5269.49977>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/debates/article/view/49977>. Acesso em: 16 abr. 2021.

MADEIRA, Lígia Mori. Institutionalisation, reform and independence of the public defender's office in Brazil. Translated by Priscila Moura. *Brazilian Political Science Review*, [São Paulo], v. 8, n. 2, p. 48-69, June/Sept. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1981-38212014000100011>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-38212014000200048. Acesso em: 16 abr. 2021.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. Elaborating the “new institutionalism”. In: RHODES, R. A. W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. (ed.). *The Oxford handbook of political institutions*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2006. p. 3-20. (Oxford Handbooks of Political Science).

MARONA, Marjorie. Defensorias públicas. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa (org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 351-368.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. A constitucionalização da Defensoria Pública: disputas por espaço no sistema de justiça. *Opinião Pública*, Campinas, v. 23, n. 3, p. 647-681, set./dez. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1807-01912017233647>. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8651193>. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. *A criação da Defensoria Pública nos estados: conflitos institucionais e corporativos no processo de uniformização do acesso à justiça*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Políticas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-19122016-092047>. Acesso em: 16 abr. 2021.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Transição política e não-Estado de direito na República. In: SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge; PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.). *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 260-305.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. Ministério Público: velha instituição com novas funções? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, [Coimbra], n. 113, p. 51-81, set. 2017. DOI: <https://doi.org/10.4000/rccs.6654>. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/6654>. Acesso em: 16 abr. 2021.

ROWLINSON, Michael; HASSARD, John S. Historical neo-institutionalism or neo-institutionalist history?: historical research in management and organization studies. *Management & Organizational History*, [s. l.], v. 8, n. 2, p. 111-126, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1080/17449359.2013.780518>.

SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel. Memórias das lutas pela obtenção do texto do Ministério Público na

Constituição de 1988. In: _____ (coord.). *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 21-181.

SADEK, Maria Tereza. Cidadania e Ministério Público. In: _____ (org.). *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Idesp: Sumaré, 2000. p. 3-22.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *O Ministério Público brasileiro e o Estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. (Biblioteca de Teses Renovar).

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

THELEN, Kathleen. Historical institutionalism in comparative politics. *Annual Review of Political Science*, [s. l.], v. 2, p. 369-404, June 1999. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.2.1.369>. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.polisci.2.1.369>. Acesso em: 16 abr. 2021.

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. *Escritos: Revista da Fundação Casa de Rui Barbosa*, [s. l.], ano 3, n. 3, p. 249-281, 2009. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/escritos/numero03/artigo13.php>. Acesso em: 19 abr. 2021.

Sem sentir e sem querer

A era colonial do Brasil à luz do Direito Internacional

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS

Resumo: Este artigo visa estudar o Direito Internacional como instrumento de compreensão da formação do Brasil a partir da era colonial com foco em três elementos sobre os quais as regras jurídicas internacionais tiveram papel de relevo: o território, o povo e a soberania. O arco do tempo do presente artigo é a era colonial, na qual esses elementos formadores do futuro Estado brasileiro foram analisados sob a perspectiva dos interesses heterogêneos que resultaram nas potencialidades e limites do projeto de colonização e influenciaram a independência. A escolha do passado colonial brasileiro tem como objetivo dar visibilidade a um Direito Internacional assimétrico, pautado por uma regulação internacional desigual, como se vê na complexa relação de Portugal com as demais potências europeias e seus reflexos no Brasil.

Palavras-chave: Direito Internacional. Colônia. Brasil. Portugal. Formação do Estado.

Without feeling and without wanting: Brazil's colonial era under international law

Abstract: This article aims to study international law as an instrument for understanding the formation of Brazil from the colonial era with a focus on three elements on which international legal rules played an important role: territory, people and sovereignty. The arc of time of this article is the colonial era, in which these elements that formed the future Brazilian state were analyzed from the perspective of heterogeneous interests which resulted in the potentialities and limits of the colonization project and influenced independence. The choice of Brazil's colonial past aims to give visibility to an asymmetrical international law, guided by unequal international regulation, as seen in Portugal's complex relationship with the other European powers and their reflexes in Brazil.

Recebido em 10/8/20

Aprovado em 8/9/20

Keywords: International law. Colony. Brazil. Portugal. Creation of State.

Introdução

A formação do Brasil é retratada sob os mais diferentes ângulos, utilizando os saberes da história, da economia, da política, da diplomacia, da religião, da literatura, entre outros, desde a era colonial até os dias de hoje. Este artigo destaca o ângulo do Direito Internacional e como suas normas, na fase anterior à independência formal (1822), incidiram na formação dos principais elementos do futuro Estado brasileiro. Com o enfoque precípuo no Direito Internacional, evita-se eclipsar o papel que as normas internacionais desempenharam no intrincado jogo de interesses entre os diversos Estados da época e indivíduos da sociedade colonial, especialmente os colonizadores europeus (incluindo os não portugueses), povos originários e as vítimas do tráfico de escravos.

Esse olhar do Direito Internacional revela a articulação entre as normas internacionais e a evolução da sociedade colonial, em movimentos de (i) convergência (a norma internacional é cumprida) e (ii) dissonância (a norma internacional contraria determinados grupos e é descumprida). De toda forma, mesmo nos casos de dissonância, a norma internacional é tida como baliza que necessita ser contornada ou alterada.

Como esse ângulo de Direito Internacional permite um olhar vasto, foram necessários recortes de ordem temporal e material. Este artigo propõe-se ao estudo do Direito Internacional como instrumento de compreensão da formação do Brasil a partir da era colonial com foco em três elementos sobre os quais as regras jurídicas internacionais tiveram papel de relevo: o território, o povo e a soberania.

A divisão do artigo obedeceu a essa tríade, uma vez que o próprio Direito Internacional a entende como indispensável para o reconhecimento do Estado no plano internacional¹. Por sua vez, a escolha do passado colonial brasileiro tem como objetivo dar visibilidade a um Direito Internacional assimétrico, pautado por uma regulação internacional desigual, como se vê na complexa relação de Portugal com as demais potências europeias e seus reflexos no Brasil. A perspectiva aqui proposta não isola a norma internacional do mundo envolvente, em

¹ Conforme o art. 1º da Convenção sobre os Direitos e Deveres dos Estados, firmada em Montevideu, em 1933 (BRASIL, 1937). Segundo Dugard (2013, p. 10), apesar de ser uma convenção regional americana (ratificada por 17 Estados, incluindo o Brasil e os Estados Unidos), é tida como reflexo da prática dos Estados.

seus aspectos políticos, econômicos e sociais; ao contrário, expõe sua inserção na época em que foi produzida².

Essa interação do Direito Internacional na era colonial com a formação dos elementos básicos do futuro Estado brasileiro independente permite expor os seus impactos diretos sobre território, povo e soberania, mas também seus impactos indiretos no modo como o Direito Internacional foi percebido em meio a relações desiguais entre as potências europeias e, depois, com a vinda da Família Real para o Brasil, com a manutenção da subordinação do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves.

O presente artigo não visa encontrar raízes descontextualizadas do passado para justificar as práticas presentes (o que seria anacronismo), nem tem a ambição de ser um estudo historiográfico, pois seu foco é o Direito Internacional. A especificidade da análise da história para o Direito consiste em reconhecer que o passado não pode ser esquecido, uma vez que gera obrigações para o presente e futuro, conforme Orford (2012, p. 6-7).

Também não se trata de analisar, de modo reducionista, somente as opções normativas do Direito Internacional (soberania, igualdade formal entre os Estados, *pacta sunt servanda*) e seu uso como ferramentas de poder, mostrando as relações políticas entre Estados da época. Cumpre demonstrar de que modo tais opções normativas foram impostas em especial aos povos originários, à migração forçada dos escravizados e aos habitantes em geral das terras que formariam o Brasil, impactando na constituição da nacionalidade e território “brasileiros”.

² Para Craven (2007, p. 7), a concepção da relação da história com o Direito Internacional aqui defendida resume-se em termos de um Direito Internacional na história (“international law in history”), em vez da tradicional história do Direito Internacional (“history of international law”) ou mesmo de uma história no Direito Internacional (“history in international law”).

Tais impactos diretos e indiretos mostram a faceta ativa do Direito Internacional, afastando o risco da despolitização do estudo da disciplina apontado por Becker Lorca³. O Direito Internacional não é neutro⁴, não evolui linearmente e a análise da era colonial desnuda não só suas já conhecidas assimetrias, mas também como os Estados e indivíduos afetados forjaram modos de adaptação e mesmo de violação de seus dispositivos.

A abordagem do presente artigo é atual e busca preencher lacuna na formação do estudo brasileiro sobre o Direito Internacional, em complemento aos estudos já realizados sobre a importância da história do Direito Internacional, os quais foram centrados, não sem razão, na contribuição de juristas europeus desde o tempo medieval até épocas mais recentes⁵.

Como aponta Galindo (2015, p. 352), a análise histórica do Direito Internacional permite explorar diferentes alternativas de compreensão do Direito Internacional presente e futuro, por meio da “necessária prestação de contas devida para com as gerações passadas”.

1 O Direito Internacional imposto antes mesmo de Cabral

O Direito Internacional praticado na Europa impactou o atual território brasileiro antes mesmo da chegada dos portugueses em 1500. O catalisador dessa incidência precoce foi a viagem

³ Para Becker Lorca (2006, p. 305), “[t]he contemporary production of a narrative of professional appeasement at the cost of depoliticization makes the Latin American discipline of international law irrelevant”.

⁴ Para Veçoso (2017, p. 99), na América Latina (e no Brasil, foco do presente artigo), “o Direito Internacional parece ser visto como algo politicamente neutro, em que a América Latina poderia somente contribuir com teorias e doutrinas para o progressivo desenvolvimento do campo”.

⁵ Ver as obras de Casella (2012, 2014, 2015).

oceânica de Cristóvão Colombo, a serviço do reino de Castela, e seu desembarque na ilha de São Salvador, nas Bahamas, em 12/10/1492.

Tal evento estimulou disputa sobre tais terras entre dois Estados europeus em plena ascensão na navegação marítima: Portugal e Espanha (em vias de unificação). Para evitar conflito entre os reinos católicos, em 1493 o papa Alexandre VI adotou a bula *Inter Coetera* (“entre outros”, em latim), pela qual reconheceu o domínio português sobre as terras a leste de um meridiano traçado a 100 léguas a oeste do arquipélago de Cabo Verde, cabendo à Espanha as terras situadas para além daquele meridiano. Contudo, a bula não encerrou a polêmica, porque Portugal entendeu que essa divisão o prejudicava, em virtude da provável ausência de terras na hipotética faixa traçada.

Por isso, as negociações prosseguiram e foi celebrado em 1494 o Tratado de Tordesilhas (cidade da Espanha, próxima de Valladolid), cuja denominação oficial é “Capitulação da Partição do Mar Oceano”. Nesse tratado, o reino de Portugal (do rei João II) e os reinos de Castela e Aragão (por meio dos reis católicos Fernando de Aragão e Isabel de Castela) definiram um novo traçado divisor, pelo qual Portugal teria direito às novas terras até 370 léguas a oeste de Cabo Verde.

O impacto do Direito Internacional no Brasil é único, pois, conforme resumiu Corrêa (1994, p. 5), a América lusitana já tinha uma linha de demarcação de seus limites com a América castelhana antes mesmo da chegada das primeiras caravelas.

Mostrando os limites do Direito Internacional da época, o tratado é omissivo e ambíguo (qual ilha do arquipélago seria usada para dar início à medição? Qual tipo de légua seria utilizada?) e nunca foi reconhecido pelos demais Estados europeus com ambições coloniais, apesar de ter sido confirmado pela bula de 1506 do

papa Júlio II. De qualquer modo, o tratado foi essencial para evitar uma guerra precoce entre as duas potências ibéricas, abrindo um espaço mínimo de cooperação entre elas. Calógeras (1998, p. 48) conclui que o pacto de Tordesilhas não foi cumprido, já nos seus primeiros anos, tanto pelos espanhóis quanto pelos portugueses, abrindo-se um “longo período de atritos e de tensão diplomática”, resultando em guerras nas novas possessões.

Assim, ao aportar em Porto Seguro, na Bahia, em 22/4/1500, em aparente desvio da rota para as Índias, a frota de doze caravelas de Pedro Álvares Cabral envolveu definitivamente os povos originários e suas terras, que formaram o Brasil nos litígios, nas guerras e no Direito Internacional europeu.

2 O povo

2.1 Os europeus

A partir de 1500, os portugueses passaram a interagir com os povos originários, buscando a exploração dos recursos naturais das terras, com uso da escravidão e conversão ao cristianismo, não se descartando, eventualmente, a busca de apoio indígena contra outros europeus.

Na mesma época, as ambições francesas fizeram-se sentir nas terras brasileiras. Nas primeiras décadas do século XVI, navios franceses realizaram mercancia com os povos originários, buscando madeira (pau-brasil, usado na tintura de tecidos) e artigos considerados exóticos na Europa. Também foi frequente a vinda de navios de corsários ingleses, com invasões e saques. Os espanhóis, por seu turno, exploraram o rio Amazonas (o “mar dulce”) a partir da viagem de Francisco de Orellana, bem como o rio da Prata, mas seus esforços foram concentrados na produção mineira dos altiplanos dos Andes,

especialmente após a descoberta das reservas de prata de Potosí (na atual Bolívia) em 1545⁶.

Após a implantação das capitanias hereditárias em 1530 por ato de dom João III, criou-se o governo-geral em 1549, o que significou, na leitura de Vianna (1948), uma vontade de formar um único território na América lusitana, sob constante ameaça de rivais europeus. Quase em sequência, em 1555 franceses ocuparam a baía de Guanabara, na tentativa de criar uma colônia protestante⁷. Os franceses da região do Rio de Janeiro foram expulsos em 1567, fracassando a tentativa de formar na região a França Antártica⁸.

Após a morte do rei português Sebastião I na batalha de Alcácer-Quibir (em 1578⁹), houve uma crise sucessória, assumindo o trono de Portugal o rei espanhol Felipe II. Durante a União Ibérica (1580-1640), expandiram-se os movimentos de portugueses para além do fixado no Tratado de Tordesilhas, em especial pelas incursões dos bandeirantes paulistas¹⁰, o que contribui para a ampliação posterior do futuro território brasileiro por meio do Tratado de Madri.

Por outro lado, os diversos inimigos da Coroa espanhola passaram a atacar o território colonial português. Destaca-se a invasão do Maranhão por franceses em 1612, na tentativa de criação da França Equinocial, até sua expulsão definitiva em 1615. Por sua vez, os holandeses invadiram a região de Pernambuco, conquistaram Recife e Olinda em 1630, e avan-

çaram por outras partes do nordeste e norte da colônia, tendo sido expulsos somente em 1654¹¹.

Garcia (2018, p. 34) relata que um dos principais resultados do longo conflito com os Países Baixos pelo controle do nordeste luso-brasileiro foi o aumento da “feição atlântica” do império colonial, o que despertara o interesse das elites portuguesas pela manutenção do Brasil. De modo precoce, em 1735 foi proposta pelo diplomata português Luís da Cunha a mudança do rei de Portugal para o “imenso continente do Brasil”, sagrando-se “Imperador do Ocidente”. Essa proposta de transmigração, ainda que fracassada, demonstrava a fragilidade e decadência do Portugal metropolitano.

Essas disputas seriam o primeiro reflexo das guerras e embates europeus em terras que formariam o Brasil.

2.2 Os povos originários

Após a chegada dos portugueses, portugueses e povos indígenas interagiram por meio de trocas, recebendo os indígenas bens em troca do auxílio no extrativismo (em especial do pau-brasil). A relação do português com os povos indígenas foi essencial após a criação das capitanias hereditárias, cuja maioria fracassou; as duas que mais prosperaram contaram com estreitos laços de aliança com as lideranças indígenas de suas regiões. Com o aumento do contato, aumentou a incidência de doenças contagiosas e das guerras intertribais estimuladas pelos competidores europeus. O avanço da colonização com a criação do governo-geral resultou no aumento da necessidade de mão de obra pelo colonizador, gerando resistência e guerra.¹²

Nesse contexto, os povos originários resistiram aos portugueses, em cenário de guerra

⁶ Ver Varnhagen (1877, p. 93).

⁷ Ver Vianna (1948, p. 33).

⁸ Holanda (2007, p. 181) relata chacinas feitas pelos portugueses contra os indígenas (os “Touöpinambaults”) na expulsão dos franceses. Ver também Fausto (1995, p. 43).

⁹ Ver Boxer (1969, p. 348-349).

¹⁰ Há vários ciclos das bandeiras: desde o da busca do apresamento e escravidão de indígenas até o ciclo de povoamento. Na sua fase final, as bandeiras tornaram-se “povoadoras e [vinculadas] à abertura de novas vias de comunicação” (GOES FILHO, 2015, p. 117).

¹¹ Ver Abreu (1998, p. 65-105).

¹² Ver Almeida (2010, p. 27-46).

familiar ao Direito Internacional clássico. A resistência armada mais emblemática do início da colonização portuguesa foi a da Confederação dos Tamoios, revolta liderada pelos indígenas tupinambás na região litorânea da atual Baixada Santista (à época, capitania de São Vicente), resultando na Paz de Iperoig, de 1563. O sucesso foi efêmero e parcial. Para Fernandes (2007, p. 97), as fontes de funcionamento eficiente das sociedades dos povos originários impediram a formação de um sistema estável de solidariedade tribal, exigido pela invasão europeia. As alianças eram fragmentadas e a luta contra o europeu adotava padrão dispersivo, de “índios contra índios”, em óbvio benefício do branco.

Do ponto de vista do Direito Internacional, a relação dos portugueses e demais europeus com os povos originários foi fundamental na formação do território brasileiro, com destaque para a expansão e garantia das fronteiras portuguesas com o auxílio indígena. As guerras indígenas integraram-se com as guerras coloniais, demonstrando o papel ativo das populações indígenas na conformação futura do País.

Combatendo a visão dos povos indígenas como vítimas passivas (altivas, mas vítimas) do invasor europeu, Almeida, M. (2017, p. 23) retrata a busca da satisfação própria de interesses pelos diferentes grupos indígenas em suas disputas. Assim, em vez de derrota de “índios selvagens” por portugueses apoiados por “índios fiéis e submissos”, a autora revela a existência de grupos étnicos e sociais distintos, que negociavam e lutavam por seus interesses. Não eram “tolos ou manipulados”: suas ações eram fruto de escolhas condizentes com as lógicas de suas respectivas sociedades; foram agentes históricos essenciais na formação da sociedade colonial e pós-colonial.

Na era colonial, não existia respeito à pluralidade étnica e cultural, como se reconhece nos dias de hoje¹³. Pelo contrário, foi predominante a lógica da assimilação dos povos originários à cultura da sociedade envolvente.

2.3 Os escravos africanos

O tráfico transatlântico de escravizados africanos ganhou no Brasil uma dimensão inédita pelo seu porte. Do século XVI até 1850, a colônia (e depois o País) transformou-se no maior importador de escravizados africanos das Américas¹⁴. Para Klein (2012, p. 107), em nenhuma outra

¹³ Sobre o Estado pluriétnico estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ver Ramos (2020, p. 925).

¹⁴ Ver Eltis e Richardson (2008, p. 21). Entre 1550 e 1850, o número total de africanos escravizados desembarcados no Brasil atinge 4,8 milhões de pessoas. Foram consultados os números fornecidos por Alencastro e também o banco de dados organizado por Eltis e

sociedade escravagista foram os escravos “tão numerosos e tão importantes quanto no Brasil”.

A incidência do Direito Internacional para restringir e depois suprimir a migração forçada de africanos ocorreu no final da era colonial graças à ação do Reino Unido, por meio de atos unilaterais e pela celebração de tratados para pôr fim ao tráfico.

Em que pesem os ideais iluministas e a promoção da liberdade e igualdade no final do século XVIII, não foi a defesa de direitos humanos que motivou o Reino Unido a agir no plano internacional, transformando-se no século XIX no líder das campanhas (com uso da marinha de guerra, inclusive) contra o tráfico de escravizados. Klein (2010) sugere inclusive que os líderes britânicos a favor do fim do tráfico eram racistas. A campanha britânica contra o tráfico de escravizados era fundada na crença de que o trabalho assalariado e o livre-comércio deveriam ser os pilares da nova sociedade da época, o que a distinguiu tanto do passado medieval quanto da era mercantilista e seus pactos coloniais¹⁵.

A partir da invasão francesa e da fuga da Família Real para o Brasil em 1808, o Reino Unido obteve diversas concessões da Coroa portuguesa, agora dependente totalmente da proteção militar britânica, tanto na metrópole quanto nos territórios coloniais. Em 1810, no Tratado de Aliança e Amizade entre Portugal e o Reino Unido, o príncipe regente dom João concordou em adotar medidas para a abolição gradual do comércio de escravizados em seus domínios (art. 10), mas não concordou com sua extinção, em uma obstinada resistência, mesmo diante da impotência portuguesa em

face do poder britânico. A frota naval britânica foi utilizada para apreender navios de escravizados inimigos (direito de presa), mas também navios portugueses, o que foi suspenso em 1814. No tratado de 1810 consta que o combate ao comércio de escravos seria uma “causa de humanidade”, sustentada pela Inglaterra¹⁶.

Apesar dos lucros com o tráfico transatlântico de escravizados, Portugal, em situação de crescente fragilidade após anos de ocupação francesa e inglesa, não teve como evitar celebrar com o Reino Unido novo tratado em janeiro de 1815, pelo qual foi proibido o tráfico de escravizados ao norte do Equador e permitido ao sul apenas o comércio oriundo de portos do seu já reduzido império colonial. Tal tratado foi celebrado no âmbito do Congresso de Viena, tendo Portugal recebido indenizações, inclusive pelos navios irregularmente apreendidos até 1814. Foi parcial a vitória portuguesa, pois a menor parte do tráfico à época era realizada na faixa proibida¹⁷. Após o Congresso de Viena, entre as potências europeias somente Portugal e Espanha opunham-se ao fim do tráfico de escravizados.

Contudo, a proibição não significou a completa eliminação do tráfico, mesmo ao norte da linha do Equador. Faltava à marinha de guerra britânica o direito de busca em tempos de paz nos navios mercantes portugueses para detectar e apreender os navios com escravizados.

Por isso, Portugal cedeu novamente e foi celebrada convenção adicional em 1817 para permitir a navios de guerra dos dois Estados (obviamente, somente o lado britânico, na prática, tinha poder de fiscalizar os mares) abordar e efetuar buscas em navios mercantes suspeitos de terem a bordo escravizados embarcados nas áreas proibidas no tratado de 1815.

Richardson (*Transatlantic Slave Trade Database – TSTD*). Para Alencastro (2018), o número do TSTD referente ao Brasil (5,8 milhões) é sobre-estimado, devendo ser utilizada a cifra de 4,8 milhões.

¹⁵ Ver Klein (2010, p. 190).

¹⁶ Ver Goulart (1975, p. 221).

¹⁷ Ver Bethell (2002, p. 34).

Com o direito de visita e busca, o Direito Internacional concedia ao Reino Unido instrumento para suprimir o tráfico de escravizados. Lima (1908, p. 435) relata que lordes Castlereagh, ministro de relações exteriores do Reino Unido à época, entendeu a importância desse precedente para o Direito Internacional. O fato de ter sido concedido por tratado não concretizou nenhum direito prático à Portugal, dada a diferença de poder armado naval entre os dois países, sendo mais uma reciprocidade ilusória do que real.

Contudo, apesar desses esforços – utilizando o Direito Internacional –, o tráfico continuou a existir durante toda a era colonial.

2.4 A comunidade imaginada na era colonial

É precoce reconhecer na colônia a existência de raízes de um futuro povo brasileiro. Entre os portugueses, há distinção adicional entre os nascidos no território colonial (os mazombos) e os nascidos na metrópole (os reinóis), bem como entre a elite fundiária e os demais. Parte importante do povo era composta de escravizados e libertos excluídos.

Como assinala Anderson (2008, p. 30), em vários países a condição nacional e o nacionalismo são produtos culturais específicos, criados a partir do final do século XVIII. No Brasil, o Estado também construiu a nação.

Em 1822, o Brasil nasce formalmente para o Direito Internacional, mas o Estado independente foi anterior à consolidação de uma identidade brasileira. A ausência de investimento português na educação da colônia inviabilizou o uso da educação para forjar elos de pertença a uma única comunidade. Era necessária a ida à metrópole para a aquisição de conhecimento, na chamada “peregrinação à Coimbra”. A diferença com a América espanhola é brutal: nela foram criadas 25 universidades. Entre 1772 e 1872, Coimbra recebeu 1.242 estudantes nascidos na

colônia (mazombos), que seriam educados pela cartilha acadêmica da metrópole, mesmo após a independência¹⁸.

Quanto às forças armadas, elemento importante para a formação de um ideal comum (“morrer pela pátria”), a transferência da Família Real em 1808 fortaleceu a divisão entre os oficiais vindos com a Corte e os oficiais mazombos. Além disso, o absolutismo português não vislumbrava introduzir o recrutamento militar geral, dado o risco de armar a população, tendo o serviço militar um caráter de controle social, arregimentando criminosos ou também indivíduos desprovidos de recursos ou outras opções.

No final do século XVIII, nos estertores da era colonial, o núcleo luso-brasileiro contava aproximadamente quatro milhões de pessoas dispersas em vilas e cidades espalhadas pelo hoje território brasileiro. Imperava a violência e era imposto trabalho penoso em condições de vida precárias e insalubres, sendo os escravizados “brutalizados por seus donos e tratados como animais” (LOPEZ; MOTA, 2008, p. 30). Schwartz (2000, p. 110) aponta que, apesar do reconhecimento do potencial econômico do Brasil, a maioria dos portugueses o via como “lugar de exílio e perigo”, propício para enriquecer e retornar para gozar o descanso na pátria.

Falar de identidade comum é desprezar esse cenário de tensão e violência permanente no qual viviam os habitantes da colônia. A imagem de uma nação preexistente ao Estado brasileiro foi uma invenção do século XIX, em pleno império, fundada na “pureza” e “heroísmo” dos povos originários que habitavam o território “brasileiro” e que se encontraram com os portugueses e, quase ignorados, com os africanos, como se vê em obras

¹⁸ As primeiras universidades espanholas nas Américas foram fundadas em 1551 (México e Peru), conforme Carvalho (2008, p. 39-42). Sobre o número e localização das universidades nas colônias espanholas, ver Carvalho (2008, p. 70). Sobre o número dos estudantes matriculados em Coimbra de 1772 a 1872, ver Carvalho (2008, p. 72).

românticas como “A Confederação dos Tamoios”, de Magalhães (1856), entre outras¹⁹.

A era colonial, então, apresenta uma população, e não um povo como uma comunidade imaginada²⁰, que apenas surgiu no Império.

3 O território: submissão e expansão

3.1 Os tratados

No século XVII, as disputas europeias favoreceram a expansão do futuro território brasileiro, pois o fim da Guerra da Sucessão espanhola com a derrota francesa permitira a fixação da fronteira do rio Oiapoque com a Guiana Francesa (renúncia de pretensão francesa, graças ao Tratado de Utrecht, de 1713). Houve ainda a devolução da Colônia do Sacramento a Portugal pela Espanha (1715).

Para Prado Júnior (1942, p. 69), tal fixação expandida da fronteira norte foi fruto da preocupação britânica em afastar a França do rio Amazonas, cuja importância estratégica era mais bem compreendida pelo Reino Unido do que por seu aliado português. Isso mostra, mais uma vez, o reflexo das disputas entre os Estados europeus na futura fronteira territorial norte brasileira.

Num momento de relação pacífica entre as Coroas portuguesa e espanhola, em 1750 foi celebrado o Tratado de Madri, que redefiniu limites entre as colônias americanas desses dois Estados europeus. Destacou-se a atuação de diplomata português nascido em Santos, Alexandre de Gusmão, que de modo estratégico utilizou mapa feito unilateralmente pelos portugueses em 1749 sobre os “confins do Brasil com as terras da Coroa

de Espanha na América Meridional”, denominado “Mapa das Cortes”. Tal mapa foi o instrumento da diplomacia portuguesa para, na ausência de mapas produzidos pela Espanha, demonstrar o acerto do que havia sido estipulado em projeto de tratado enviado por Portugal²¹.

Para consagrar esses limites da ocupação real de território foi utilizado por Alexandre de Gusmão o princípio da ocupação efetiva (*uti possidetis*, oriundo do Direito Privado romano), o qual determinava que o domínio acompanhava a posse do território (quem possui de fato deve possuir de direito)²².

Assim, aceitou-se o abandono do Tratado de Tordesilhas, o que beneficiou a Espanha no caso das Filipinas. Também ficou acordada a cessão da Colônia do Sacramento à Espanha, tendo Portugal recebido as missões jesuítas espanholas dos Sete Povos das Missões. O Tratado de Madri revogou todas as avenças anteriores sobre esses limites e também, curiosamente, permitiu que as colônias americanas permanecessem em paz mesmo quando as metrópoles estivessem em guerra (VARGAS, 2017, p. 128).

Essas trocas de território, comuns ao Direito Internacional de então – pautado pela soberania de Estados dinásticos e sem vínculos com povos ou nacionalidades (conceito posterior à época) –,

²¹ Ferreira (2007, p. 66) aponta a clara ousadia e manipulação da cartografia portuguesa com a finalidade óbvia de estender ao máximo os limites coloniais no “Mapa dos Confins do Brasil com as terras da Coroa de Espanha na América Meridional”, bem como a incrível falta de estrutura administrativa da Espanha (potência colonial em tese de maior calibre) em apresentar, em defesa de seus próprios interesses, um mapa confiável com suas ambições na América do Sul, mostrando “desconhecimento da geografia da região”.

²² Alexandre de Gusmão nasceu em Santos, em 1695. Aos 15 anos, foi para Portugal, onde cursou Direito em Coimbra. Foi secretário particular de dom João V e sua influência é considerada vital para a elaboração da política desse monarca para o Brasil. Em 1743, foi designado membro do Conselho Ultramarino, participando da negociação e redação do Tratado de Madri (1750), contribuindo para a fixação dos limites do domínio colonial português na América do Sul, os quais foram decisivos para a delimitação do território brasileiro. Ver Fundação Alexandre de Gusmão (2009, p. 10) e Haickel (2007, p. 5).

¹⁹ A obra de Magalhães fora financiada por dom Pedro II e, assim, “a literatura cede espaço ao discurso oficial” (SCHWARCZ, 1998, p. 132-134).

²⁰ Sobre o conceito de comunidade imaginada, ver Anderson (2008, p. 32-34).

gerou resistência na Colônia, como se viu na “guerra guaraníca” (1753-1756)²³. O uso de missões religiosas para assegurar a posse efetiva foi uma tática comum a portugueses e espanhóis, fazendo nascer o que Goes Filho (2016, p. 36) denominou “*uti possidetis* religioso”.

No Tratado de Santo Ildefonso, de 1777, entre Portugal e Espanha sobre os limites do Brasil, houve novas modificações na fronteira sul da colônia portuguesa, com a cessão da Colônia do Sacramento (que não havia sido ainda devolvida) e dos Sete Povos das Missões para a Espanha, e com a devolução da ilha de Santa Catarina ao controle português após ocupação espanhola²⁴.

Essa busca da expansão para o sul do território colonial foi ambição duradoura de Portugal, de modo a estabelecer domínio sobre a margem esquerda do rio da Prata, participando dos lucros do comércio de escravizados, gado e alimentos na região, a qual prosperava com o intercâmbio com centros mineiros no interior da América do Sul (GOES FILHO, 2015, p. 162).

Outro tema de Direito Internacional que impactou na formação do território do futuro Estado brasileiro foi o protesto português contra a ocupação da ilha de Trindade, feita, ironicamente, pelo seu aliado britânico, que a desocupou depois em 1782²⁵.

Para fechar o ciclo das disputas entre Portugal e Espanha com impacto territorial no Brasil,

²³Sobre a guerra guaraníca e, em especial, a batalha de Caiboaté (1756), na qual foram vencidos os indígenas que desejavam preservar as missões, ver Reis (2007, p. 406).

²⁴Goes Filho (2015, p. 162) considera que o tratado seria inválido, pois tratar-se-ia de um acordo preliminar, dependente de tratado posterior e que teria sido anulado pela guerra de 1801. De toda forma, a defesa da nulidade do Tratado de Santo Ildefonso auxiliou a narrativa imperial de ausência de fronteiras bem delimitadas, o que resultaria no uso do princípio do *uti possidetis* (claramente favorável ao Brasil).

²⁵Conforme relata Arraes (2002, p. 245), essa desocupação no século XVIII foi uma das justificativas utilizadas, de modo bem-sucedido, pela República no final do século XIX contra a nova e breve ocupação britânica da ilha (1895-1896).

foi celebrado o Tratado de Badajoz (1801) – uma parte celebrada com a França e outra com a Espanha (GARCIA, 2018, p. 49). Por esse acordo, a Espanha incorporou a cidade de Olivença, na fronteira europeia entre os dois países (hoje parte da comunidade espanhola de Estremadura). Portugal, por sua vez, manteve as suas possessões na América, tal como existiam até aquela data (VARGAS, 2017, p. 135).

Com a Revolução Francesa e a ascensão de Napoleão, Portugal tornou-se potencial inimigo na luta francesa contra a hegemonia britânica, uma vez que era aliado tradicional do Reino Unido. Houve vários tratados de relevo que impactaram a colônia: (i) os Tratados de 1801 entre Portugal e França sobre a fronteira com a Guiana Francesa (depois declarados nulos por dom João VI); (ii) o Tratado de Fontainebleau entre França e Espanha, para regular a invasão de Portugal e partilha de suas colônias em 1807; e, no mesmo ano, (iii) a Convenção Secreta entre o Reino Unido e Portugal, pela qual o Reino Unido se comprometeu a transferir a Corte portuguesa para o Brasil (VIANNA, 1958, p. 78-81).

Em 1809, tropas portuguesas, com apoio britânico, ocuparam Caiena (MENDONÇA, 2013, p. 112). A partir de 1811, com o crescente colapso do domínio da Coroa espanhola na América do Sul, os vínculos e relações de reciprocidade entre proprietários de terras e comerciantes da colônia lusitana com a região oriental do antigo Vice-Reinado do Prata levaram à intervenção portuguesa na região, ocupada militarmente em 1820, cumprindo a doutrina da existência de “fronteiras naturais” para estender a colônia brasileira até o Prata²⁶. Em 1821, um congresso reunido em Montevideu declarou formalmente a união da região oriental do rio Uruguai ao Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves,

²⁶Sobre a doutrina das fronteiras naturais, ver Magnoli (1997, p. 21).

sob o nome de Província Cisplatina. O apoio à incorporação, porém, foi circunstancial em face de disputas internas na região. A união territorial com nítida heterogeneidade não era incompatível com o Direito Internacional da época, que orbitava em torno da fidelidade dinástica e da obediência a um monarca, detentor da soberania. Contudo, após a independência do Brasil, ficou evidente que o vínculo dinástico ao estilo do Antigo Regime era frágil, encerrando-se em 1828 com a criação da República Oriental do Uruguai (SLEMIAN; PIMENTA, 2003, p. 65-68).

Mesmo com a queda de Napoleão em 1814, dom João insistiu em permanecer no Brasil, renunciando à possibilidade de participar mais incisivamente, como chefe de Estado de potência vencedora, das negociações de paz com a França.

Para Pereira (2016, p. 91), essa situação enfraqueceu sobremaneira a representação portuguesa no primeiro Tratado de Paz de Paris (1814), conhecido por prever a convocação do Congresso de Viena no mesmo ano. Os interesses portugueses contra a França derrotada foram geridos pelo Reino Unido, que, contudo, estava mais interessado em manter o equilíbrio de poder na Europa continental, não enfraquecendo demasiadamente a França. Por sua vez, no Tratado de Paz (Tratado de Paris) foi determinada a devolução da Guiana Francesa (então sob domínio português), retornando a colônia luso-americana aos limites anteriores a 1792. Por isso, dom João VI recusou-se a ratificar tal tratado.

4 A soberania: a construção do Estado brasileiro na era das revoluções

4.1 O longo processo de emancipação: as inconfidências do século XVIII

A superexploração da colônia resultou, no século XVIII, em revoltas contra o domínio português. Mostrando a insatisfação com o uso abusivo dos recursos da colônia por uma metrópole já totalmente dependente do Reino Unido, eclodiram conflitos como a chamada Inconfidência de Curvelo (Minas Gerais, 1777) indicando, nas palavras de Lopez e Mota (2008, p. 280), as “mudanças estruturais que estavam por vir”.

A insatisfação dos colonos com o peso da carga tributária, ineficiência da máquina administrativa, exigências impostas por monopólios e privilégios da Coroa deu-se com mais força após o arrefecimento do ciclo do ouro já em meados do século XVIII, quando Portugal se recusou a rever suas políticas de tributação. Segundo Boxer (1969, p. 196-197), a Coroa alimentava o sentimento de possuir uma colônia “vaca leiteira”

com muito a contribuir, e que quase já havia alcançado a população da metrópole.

A crise do Antigo Regime europeu vivida por Portugal resultou numa política de Estado voltada a reformas (reformismo ou despotismo esclarecido) nos reinados de José I (1750-1777) e Maria I (1777-1816). Esse reformismo foi aplicado à colônia para obter maior eficiência do aparato estatal, inclusive com aprimoramento da fiscalização sobre a arrecadação dos tributos. Porém, as reformas só revelaram as contradições do Império que fizeram eclodir a resistência dos colonos: como exigir maior eficiência e ao mesmo tempo manter uma estrutura marcada por desigualdades, com uma das partes (a colônia) em situação de eterna inferioridade? (SLEMIAN; PIMENTA, 2003, p. 13).

Além disso, o reformismo do velho absolutismo português não afetou o consagrado pelo Direito Internacional no Tratado de Methuen (1703)²⁷: a subordinação portuguesa (e de suas colônias) ao Reino Unido. Os colonos sofriam com essa intermediação da metrópole na segunda metade do século XVIII, sendo concomitantemente estimulados por experiências revolucionárias contra o absolutismo, em especial a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789).

Para delimitar o impacto das insurgências e sua influência na futura conquista da soberania pelo Brasil, destacaram-se três principais insurgências: a Inconfidência Mineira (1789), a Inconfidência Baiana (1798) e a Revolução Pernambucana (1817).

No caso da Inconfidência Mineira, tratou-se de insurgência de motivação mais colonial que social (LOPEZ; MOTA, 2008, p. 280), sem

que fosse pleiteada a abolição da escravidão. Tentou-se implantar uma república escravocrata, buscando-se apoio nos Estados Unidos, cuja independência em 1776 inspirou o fracassado movimento. Conforme Maxwell (2001, p. 211), em vez de apoiar eventual insurgência, os Estados Unidos preferiram à época celebrar acordo comercial com Portugal. Em carta escrita por Thomas Jefferson em março de 1789 em Paris, fica claro o desejo de Portugal de celebrar o acordo para afastar os Estados Unidos da “tentação de cooperar na emancipação de suas colônias”. Não havia maior reflexão dos insurgentes em relação à situação de exclusão da maior parte da população submetida ao regime de escravidão. A paradoxal situação de se lutar pela liberdade do jugo colonial e, ao mesmo tempo, utilizar maciçamente a mão de obra escrava não foi enfrentada na época. Em 1792, o alferes Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, foi executado pelo seu envolvimento na Inconfidência.

Enquanto os insurgentes da Inconfidência Mineira pertenciam em sua maior parte à elite da colônia, os insurgentes da Conjuração Baiana (ou Revolta dos Alfaiates), em 1798, pertenciam aos estratos de artesões e escravizados, com aspirações mais igualitárias e libertárias. Também sufocada, foi uma insurgência social, mas também colonial. De acordo com Ruy (1942, p. 221), tratou-se do último marco das inquietações nativistas do século XVIII, que a princípio não tinham uma unidade nacional que as distâncias e os meios de transporte retardavam. Porém, destaca-se a influência das ideias iluministas da Revolução Francesa, além do objetivo de abolir a escravidão e as desigualdades sociais, bem como a forte repressão portuguesa, o que fez fracassar o levante. Mesmo assim, não se tratou de uma revolta que se amparava na legitimidade de direito à emancipação da totalidade do povo brasileiro; o confronto foi entre

²⁷ Assinado no contexto da guerra de sucessão espanhola, assegurou o mercado português aos “panos ingleses, em troca de ouro, vinho e de uma base naval na confluência do Atlântico e do Mediterrâneo”, nas palavras de Lopez e Mota (2008, p. 278).

a comunidade com configuração específica, os baianos (o povo baiense), e uma monarquia absolutista, e não contra uma nação estrangeira. A irrisignação era contra a Coroa, e não contra a nação portuguesa, como se esta fosse uma potência ocupante.

Com o insucesso dessas iniciativas, a entrada do século XIX propiciou um processo de independência peculiar, forjando o futuro Estado brasileiro em 1822 (GARCIA, 2018, p. 52).

4.2 Vingar e crescer: a vinda da Família Real

Em 1808, a chegada ao Brasil da Família Real e de membros da Corte portuguesa (aproximadamente quinze mil pessoas), escoltados por frota britânica, demonstrou a decadência de Portugal e o fortalecimento imediato da colônia, agora centro do império lusitano, numa verdadeira “inversão colonial”, marcando um novo período na vida da colônia (LOPEZ; MOTA, 2008, p. 313). Se por um lado a vinda da Família Real manteve Portugal na órbita de influência britânica, por outro atendeu ao desejo de retomada da grandeza perdida pela decadência da metrópole: seria uma estratégia de “vingar e crescer”, conforme Cunha (2007, p. 157).

Os primeiros atos no plano do Direito Internacional e nacional romperam parcialmente a posição subalterna do Brasil, destacando-se nesse sentido: (i) o ato unilateral determinando a abertura dos portos brasileiros às nações amigas, estabelecendo o comércio direto entre o Brasil e Reino Unido, sem a intermediação de Portugal (agora ocupado por tropas francesas); (ii) a revogação do alvará régio de 1785, que proibia indústrias manufatureiras no Brasil, favorecendo a diversificação da economia local; (iii) a permissão do ingresso no Brasil de estrangeiros que nele quisessem se estabelecer,

superando a proibição de estabelecimento a homens livres que não fossem portugueses. Para Almeida, P. (2017, p. 106-138), mesmo antes da independência, terminara o pacto colonial.

A situação aguda de fragilidade de Portugal (com seu território europeu sob ocupação estrangeira) impactou ainda mais seu poder de negociação. Foram celebrados dois tratados com o Reino Unido em 1810: o primeiro, de “comércio e navegação”, e o segundo, de “aliança e amizade”, ambos com conteúdo típico de tratados desiguais, nos quais as condições são extremamente benéficas para um dos lados, sem reciprocidade real.

Pelo tratado de comércio e navegação, para os produtos britânicos foram concedidos privilégios alfandegários superiores até aos produtos portugueses: taxa de 15% *ad valorem* para a Grã-Bretanha, contra 16% para Portugal e 24% para os demais países. Concedeu-se também extraterritorialidade judicial para os súditos britânicos no Brasil, sem reciprocidade aos portugueses no Reino Unido (estabelecimento da figura do “juiz conservador da nação inglesa”), além de liberdade religiosa para os protestantes britânicos e proibição da implantação da Inquisição no Brasil, com acesso irrestrito de navios de guerra britânicos aos portos portugueses (sem reciprocidade também).

No tratado de aliança e amizade, destaca-se o uso do Direito Internacional na temática da escravidão por meio da anuência da Coroa portuguesa em realizar a gradual abolição do tráfico de escravos. O tratado previu que o príncipe regente concordava em cooperar com a Grã-Bretanha “pela adoção das medidas mais eficazes para levar a cabo a gradual abolição do comércio de escravos em todos os seus domínios” e também prometia proibir o comércio oriundo “da costa da África que então não pertencesse aos domínios de Sua Alteza Real” e que não mais vigorasse tal tráfico (BETHELL, 2002,

p. 29-30). Dom João ganhou tempo, pois a Grã-Bretanha havia (ainda) consentido que Portugal continuasse o comércio dentro de seus domínios.

4.3 Sem sentir e sem querer: o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves

Foi celebrado em janeiro de 1815, no bojo das negociações do Congresso de Viena, tratado de Portugal com o Reino Unido pelo qual ficou estabelecido o dever da Coroa portuguesa de eliminar o tráfico de escravizados da costa da África ao norte do Equador. Essa limitação geográfica do dever de abolição do tráfico foi considerada pequena vitória de Portugal, interessado nos lucros do tráfico de escravizados para o Brasil (PEREIRA, 2016, p. 91).

Outro impacto relevante do novo concerto europeu para o Brasil foi o fim (formal) do seu estatuto colonial. Com base em ofícios enviados pelos representantes portugueses no Congresso de Viena, Mendonça (2013, p. 120) fez meticulosa reconstrução do ocorrido. Inicialmente, foi no Congresso de Viena que o representante francês Talleyrand sugeriu aos representantes portugueses²⁸ que fossem estreitados os laços entre Portugal e o Brasil, para “lisonjear seu povo” e, assim, afastar o risco da independência. Após sugestão de Talleyrand, o conde de Palmela, representante de Portugal, sem ter instruções oriundas da Corte no Rio de Janeiro, consultou-se com o representante britânico lorde Castlereagh, que deu a aprovação britânica. Com tal aprovação (mostrando o papel subalterno de Portugal diante do Reino Unido), elevou-se a colônia à condição de reino. Mesmo na falta de anuência expressa de dom João, na denominação do signatário na ata final do Congresso, em 9/6/1815, foi utilizado pelos representantes brasileiros o esclarecedor tratamento “Sua Alteza o Príncipe Regente do Reino de Portugal e do Brasil” (MENDONÇA, 2013, p. 120). Nas palavras bem-humoradas de Mendonça (2013, p. 121), “[d]essa forma, sem sentir e sem querer, o Brasil se vira elevado à categoria de Reino Unido com Portugal, na memorável reunião de Viena”. Somente em 16/12/1815, por meio de carta régia, dom João ordenou a utilização do título de príncipe regente do “Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves”, pondo fim – apenas formalmente – ao estatuto colonial do Brasil.

Para o Direito Internacional, não houve “independência” com a modificação do estatuto brasileiro, mas no plano simbólico o novo reino transformou um conglomerado de capitanias vinculadas diretamente a

²⁸ Foram três representantes: o conde Palmela, Antônio Saldanha da Gama e Joaquim Lobo da Silveira.

um centro europeu numa entidade política dotada de territorialidade específica (o “reino”). A antiga identidade luso-americana, que vinculava portugueses da Bahia ou de São Paulo aos de Portugal, transformou-se em identidade brasileira, possibilitando a ascensão de uma nação brasileira (JANCSÓ; PIMENTA, 2000, p. 154). O Brasil era agora um “reino” *per se*.

Pouco menos de dois anos depois, representando já um desejo de emancipação, eclodiu a Revolução Pernambucana, de 1817 (a “revolução dos padres”). Foi fruto da insatisfação de setores mercantis e agrários de Pernambuco, bem como de agrupamentos urbanos empobrecidos, contra o governo imperial no Rio de Janeiro, em especial contra medidas de arrecadação de impostos pelo Real Erário a partir de 1812, com forte impacto nas exportações da região e no consumo interno. A tomada do poder e a adoção do sistema republicano foram efêmeros, durando aproximadamente 70 dias (entre março e maio de 1817). Buscou-se unir as capitanias vizinhas e instalaram-se governos republicanos na Paraíba e no Rio Grande do Norte, mas a falta de apoio dos senhores de engenho escravocratas (temerosos da possível abolição da escravidão) facilitou a reação monárquica, que sufocou a rebelião (CAMPOS, 2020, p. 78-80; MELLO, 2007).

4.4 A Revolução de 1820 e o fim do sonho da igualdade no Reino

Após a morte da rainha dona Maria I em 1816, somente em 1818 o regente foi sagrado como rei João VI na cidade do Rio de Janeiro; mesmo assim, não retornou a Portugal. Em 1820, eclodiu a Revolução Constitucionalista do Porto, que exigiu o seu retorno e a adoção de uma Constituição liberal.

Em janeiro de 1821, instalaram-se as “Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa”, sem representantes do Brasil. Em fevereiro de 1821, iniciou-se o processo de escolha de representantes brasileiros nas Cortes de Lisboa e, em abril do mesmo ano, dom João VI retornou a Portugal. O risco da recusa ao retorno do rei seria a independência de Portugal do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, em curioso caso de metrópole tornando-se independente da ex-colônia (GARCIA, 2018, p. 87).

No Brasil, houve a adesão à Revolução do Porto por alguns governos locais (como os do Pará e Bahia), que criaram juntas provisórias e passaram a usar o termo “Província”, vinculando diretamente a respectiva região ao governo central lisboeta, desfigurando parcialmente a unidade conseguida com a vinda da Família Real (LEAL, 2014, p. 29-30). Apesar do reconhecimento da importância da participação de delegados do Brasil na elaboração do formato da nova monarquia constitucional, não

se acatou a igualdade entre os reinos de Portugal e Brasil: na convocatória das eleições para as Cortes Constituintes de Lisboa, Portugal teve direito a mais que o dobro de delegados que o Brasil²⁹.

O movimento vintista, que surgiu no Porto, foi singular, pois resultou da junção de tradições distintas: do liberalismo iluminista ao desejo de superexploração colonial absolutista. Os revolucionários almejaram o reformismo liberal (por meio de uma nova monarquia constitucional), o retorno da Família Real à metrópole e o fim das franquias comerciais dadas às colônias, o que significava a restauração do pacto colonial (GOMES, 2018, p. 25).

Para Cunha (2007, p. 198), havia excessiva confiança (“cegueira”) dos revolucionários portugueses no regionalismo e desunião entre as províncias do “reino” do Brasil, o que concretizaria o sonho de reestabelecer Lisboa como centro, em torno do qual as regiões americanas orbitariam. Tratou-se de uma situação rara nas relações entre metrópole e colônia: a metrópole declarou sua “independência” da colônia em 1820 e, depois, a colônia (Brasil) declarou sua independência formal da metrópole (MAXWELL, 2000, p. 187).

4.5 A escravidão e a aceitação da monarquia

A formação da nova soberania brasileira, distinta da existente no Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, foi um processo que refletiu as assimetrias e os diversos graus de vínculo das províncias luso-americanas a Lisboa. Com a Revolução do Porto, de 1820, tal processo de ruptura concluiu-se em dois anos.

O apoio final a um Estado independente comandado pelo príncipe regente foi feito pelo manifesto de dom Pedro, de 1^o/8/1822, no qual acusou as Cortes de Lisboa de quererem “libertar a escravatura, e armar seus braços contra seus próprios senhores”³⁰. A associação entre o apoio à manutenção da escravidão e a construção da unidade soberana do Brasil foi fruto do contexto internacional das primeiras décadas do século XIX, com a oposição britânica ao tráfico de escravos. As províncias luso-americanas controladas pelo poder fundiário escravocrata necessitavam de um governo central que organizasse a resistência aos britânicos³¹. A monarquia ainda oferecia a vantagem de inserção mais suave no sistema do concerto europeu, dado o atendimento à legiti-

²⁹ A regra foi de 1 deputado por cada 30.000 cidadãos livres. Conforme Cunha (2007, p. 180), ao Brasil coube “representação aproximada de 70 deputados (cerca de 50 chegaram a exercer o mandato) contra 130 de Portugal”.

³⁰ Ver Slemian e Pimenta (2003, p. 82).

³¹ Nesse sentido, ver Magnoli (1997, p. 86).

mação dinástica pela figura de dom Pedro, o que facilitaria a busca de sobrevida ao tráfico. Assim, a consolidação da soberania brasileira foi feita seguindo a linha do absolutismo da época em torno da figura do príncipe regente, em especial entre 1822 e 1823.

Sob o ângulo do Direito Internacional, em 6/8/1822 foi anunciado um longo manifesto aos governos e nações amigas, enviado a todo corpo diplomático do Rio de Janeiro. O “Manifesto às Nações Amigas” (cuja redação é atribuída a José Bonifácio de Andrada e Silva) é ambíguo, pois, ao mesmo tempo em que proclama, “em face do universo”, a independência política diante da exploração da colônia, da quebra de confiança com as intenções das Cortes de Lisboa e do risco de o Brasil se transformar em um novo Haiti (uma referência à insurreição de escravizados), mencionou também o desejo de “não cortar os laços de união e fraternidade” (embaixo de um só rei), bem como a missão de dom Pedro de salvar dom João dos insurgentes de Lisboa, reivindicando a condição de “reino irmão” (SILVA, 1939, p. 220-235).

Em 14/8/1822, houve nova circular ao corpo diplomático estrangeiro, repetindo-se a proclamação da independência política do Brasil, mas ressaltando a “união com Portugal”. Assim, ao mesmo tempo em que pretendia assegurar a emancipação do Brasil, o príncipe regente considerava-se delegado e herdeiro do rei, incumbido de salvar a nação portuguesa, em “devida e decorosa união” com Portugal (circular de 14/8/1822) (CUNHA, 2007, p. 197).

Essa ambiguidade explica-se pela natureza da emancipação brasileira: longe de ser um processo canalizador de uma aspiração nacionalista de um povo sob ocupação estrangeira, a independência foi regulada por orientações dinásticas de uma monarquia europeia em consonância com interesses locais a favor da autonomia e manutenção do regime escravocrata. Para Calógeras (1998, p. 463-467), nessa época ocorreu um “divórcio *de facto*”, faltando apenas proclamá-lo oficialmente.

O momento da ruptura é controvertido. Para Lyra (1995, p. 197), a declaração de 7 de setembro (o “grito do Ipiranga”) não seria o marco da independência, pois passou despercebida aos jornais da época. Para a autora, a decisão de ruptura e determinação de soberania plena do Brasil teria ocorrido em carta de dom Pedro ao pai, datada de 22/9/1822, na qual consta a frase “Triunfa, e triunfará a [Independência Brasileira], ou a morte nos [há de] custar” (PEDRO I, 1823, p. 6)³². A carta de 22 de setembro foi resposta de dom Pedro à correspondência portuguesa

³² Em 1823, a carta foi publicada. No original, em português da época: “Triunfa, e triunfará a Independencia Brasileira, ou a morte nos hade custar”. Ao final, dom Pedro pede a dom João VI que apresente a carta às Cortes de Lisboa, para tornar pública sua crítica e irrisignação.

de agosto de 1822, que teria chegado às suas mãos no mesmo dia 22, contendo decisões que visavam submeter administrativamente o Brasil às Cortes de Lisboa³³.

No plano interno, essa decisão de ruptura foi consolidada em 12/10/1822, em cerimônia solene no Rio de Janeiro, com a aclamação de dom Pedro como “Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Império do Brasil” (LYRA, 1995, p. 189). Modificou-se a autodenominação do Brasil: de Reino Unido para Império do Brasil. Em 1^o/12/1822, o príncipe foi coroado formalmente, tornando-se Pedro I, imperador do Brasil. Conforme Lima (1922, p. 365), foi utilizado um misto do cerimonial da sagração de Napoleão na catedral de Notre-Dame de Paris com o dos imperadores austríacos, com detalhe extraído da coroação de reis da Hungria.

À luz do Direito Internacional da época, essa cerimônia de coroação imitando aspectos cênicos de suas congêneres europeias seria um ato para demonstrar o alinhamento do Brasil ao concerto das nações europeias, o que não eliminou a necessidade de intensa articulação posterior do Brasil para ser nele inserido, como se viu somente anos depois de sua independência no reconhecimento por Portugal (1825) e pelo Reino Unido (1825).

Essa forma de emancipação política desprezou, na prática, os ideais libertários ecoados na Revolução Francesa e em insurgências posteriores. A independência resultou num Estado monárquico escravocrata não liberal, com forte estratificação social e subordinado à potência imperial da época – o Reino Unido – acatando normas internacionais que o inferiorizavam (MOTA, 2000, p. 205).

Conclusão

A América lusitana foi objeto de um Direito Internacional voltado às aspirações monárquicas e dinásticas de diversas Coroas europeias. A decadência de Portugal como potência influenciou sua posição como autoridade de Direito Internacional e provocou conflitos no território do futuro país, como se viu na União Ibérica. A delimitação do território brasileiro foi feita pelo uso de tratados que privilegiaram a expansão do domínio português, utilizando a teoria do *uti possidetis e*, em menor grau, a doutrina das fronteiras naturais.

³³Essas decisões das Cortes de Lisboa são as mencionadas usualmente como tendo justificado o “grito do Ipiranga”. Lyra (1995, p. 197) relata que, somente em 1823, na abertura dos trabalhos da Assembleia Constituinte, dom Pedro referiu-se à independência no “sítio do Piranga”.

Por sua vez, o uso intensivo da mão de obra escrava e a resistência portuguesa em abolir o tráfico (que perduraria na era imperial) também influenciaram a formação do povo brasileiro, dificultando a identidade nacional, que foi construída no Império, mostrando que o Estado independente precedeu a nação.

A vinda da Família Real, em mais um movimento do xadrez europeu, também afetou a formação do futuro Estado independente ao transformar o Brasil no “centro de peregrinação” dos domínios portugueses, possibilitando uma centralização em torno do Rio de Janeiro, em vez de Lisboa. A ameaça da existência de “brasis” esmoreceu, e lentamente forjou-se a unidade nacional movida por três fatores: (i) centralização administrativa trazida pelos instrumentos renovados de um poder público metropolitano sediado, ironicamente, na colônia; (ii) autonomia dada pela abertura (fim do pacto colonial) graças à celebração de tratado com a Grã-Bretanha e pela cláusula da nação mais favorecida; e (iii) união “pelo temor” do fim da escravidão, em face da pressão britânica.

A modificação do estatuto brasileiro após o Congresso de Viena mostrou, novamente, o impacto do Direito Internacional na colônia. Sem querer e sem sentir, o Brasil integrou o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves. Além disso, a permanência de dom João no Rio de Janeiro, mesmo após a derrota napoleônica, fez nascer o sentimento de se ter transformado Portugal em “colônia”.

Esse sentimento contaminou a Revolução Constitucional do Porto, que buscou diminuir a autonomia brasileira. A confiança das Cortes Gerais nas disputas internas entre as províncias demonstrou ser equivocada: a centralização trazida pela monarquia tornava mais eficiente a luta dos proprietários fundiários escravocratas contra os atos unilaterais da Grã-Bretanha voltados à proibição do tráfico de escravos. Essa união por um objetivo comum reforçou os laços entre as diferentes províncias em torno da monarquia, facilitando a manutenção da unidade territorial.

O olhar do Direito Internacional da era colonial sob o ângulo da formação do território, povo e soberania do futuro Brasil permite não somente revelar a contribuição do Direito Internacional na construção da independência brasileira, mas também aprofundar o entendimento sobre o próprio Direito Internacional praticado no e pelo Brasil.

É ainda prematuro falar de uma “perspectiva brasileira de Direito Internacional” ou de propor uma linearidade artificial entre a era colonial e a era nacional (nas fases monárquica e republicana). Porém, é preciso reafirmar a importância de se lançar luz em debates pretéritos do impacto do Direito Internacional na história brasileira como atributo fundamental para o estudo dos fundamentos da disciplina no contexto brasileiro.

Sobre o autor

André de Carvalho Ramos é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, SP, Brasil; professor titular do programa de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) da Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil; procurador regional da República, Ministério Público Federal, São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: carvalhoramos@usp.br

Como citar este artigo

(ABNT)

RAMOS, André de Carvalho. Sem sentir e sem querer: a era colonial do Brasil à luz do Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 109-132, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p109

(APA)

Ramos, A. de C. (2021). Sem sentir e sem querer: a era colonial do Brasil à luz do Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(231), 109-132. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p109

Referências

ABREU, J. Capistrano de. *Capítulos de história colonial: 1500-1800*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. (Coleção Biblioteca Básica Brasileira). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1022>. Acesso em: 9 set. 2020.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. África, números do tráfico atlântico. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio dos Santos (org.). *Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 57-63.

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. A atuação dos indígenas na história do Brasil: revisões historiográficas. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 37, n. 75, p. 17-38, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1806-93472017v37n75-02>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01882017005004101&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 9 set. 2020.

_____. *Os índios na história do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2010. (FGV de Bolso. Série Histórica, 15).

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Formação da diplomacia econômica no Brasil: as relações econômicas internacionais no Império*. 3. ed. rev. Brasília, DF: Funag, 2017. v. 1. (História Diplomática). Disponível em: <http://funag.gov.br/biblioteca/download/1212-Formacao-da-diplomacia-economica-no-brasil-VOL1.pdf>. Acesso em: 9 set. 2020.

ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ARRAES, Virgílio Caixeta. A presença britânica na ilha da Trindade: a reação do Parlamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 38, n. 153, p. 241-253,

jan./mar. 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/760>. Acesso em: 9 set. 2020.

BECKERLORCA, Arnulf. International law in Latin America or Latin American international law?: rise, fall, and retrieval of a tradition of legal thinking and political imagination. *Harvard International Law Journal*, [s. l.], v. 47, n. 1, p. 283-305, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1370389>. Acesso em: 9 set. 2020.

BETHELL, Leslie. *A abolição do comércio brasileiro de escravos: a Grã-Bretanha, o Brasil e a questão do comércio de escravos, 1807-1869*. Tradução de Luís A. P. Souto Maior. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. (Coleção Biblioteca Básica Brasileira). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1063>. Acesso em: 9 set. 2020.

BOXER, Charles. *O império colonial português (1415-1825)*. Tradução de Inês Silva Duarte. Lisboa: Edições 70, 1969. (Lugar da História, 14).

BRASIL. *Decreto nº 1.570, de 13 de abril de 1937*. Promulga as Convenções sobre direitos e deveres dos Estados e sobre Asilo político, assinadas em Montevidéu a 26 de dezembro de 1933, por ocasião da Sétima Conferencia [sic] internacional americana. [Brasília, DF]: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D1570.htm. Acesso em: 9 set. 2020.

CALÓGERAS, J. Pandiá. *A política exterior do Império*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. v. 1. (Coleção Biblioteca Básica Brasileira). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/225368>. Acesso em: 9 set. 2020.

CAMPOS, José Freitas. *Miguelinho: padre, herói revolucionário: quem o conhece?* Brasília, DF: Senado Federal, 2020. (Edições do Senado Federal, v. 273). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/567858>. Acesso em: 9 set. 2020.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial: teatro das sombras: a política imperial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo clássico*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Direito internacional no tempo medieval e moderno até Vitória*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito internacional no tempo moderno de Suarez a Grócio*. São Paulo: Atlas, 2014.

CORRÊA, Luiz Felipe de Seixas. A repercussão do Tratado de Tordesilhas na formação do Brasil. *Cadernos do IPRI*, Brasília, DF, n. 17, p. 1-15, nov. 1994. Disponível em: http://www.funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&path=79&product_id=569. Acesso em: 9 set. 2020.

CRAVEN, Matt. Introduction: international law and its histories. In: CRAVEN, Matthew; FITZMAURICE, Malgosia; VOGIATZI, Maria (ed.). *Time, history and international law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007. p. 1-25. (Developments in International Law, v. 58).

CUNHA, Pedro Octávio Carneiro da. A fundação do império liberal. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (dir.). *História geral da civilização brasileira: o processo de emancipação: o Brasil monárquico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. v. 1, t. 2, p. 153-459.

DUGARD, John. *The secession of states and their recognition in the wake of Kosovo*. [The Hague]: Hague Academy of International Law, 2013. (Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, v. 357).

ELTIS, David; RICHARDSON, David. A new assessment of the transatlantic slave trade. In: _____ (ed.). *Extending the frontiers: essays on the new transatlantic slave trade database*. New Haven: Yale University Press, 2008. p. 1-60.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 1995. (Didática, 1).

FERNANDES, Florestan. Antecedentes indígenas: organização social das tribos tupis. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (dir.). *História geral da civilização brasileira: a época colonial: do descobrimento à expansão territorial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. v. 1, t. 1, p. 83-99.

FERREIRA, Mário Clemente. O Mapa das Cortes e o Tratado de Madrid: a cartografia a serviço da diplomacia. *Varia Historia*, Belo Horizonte, v. 23, n. 37, p. 51-69, jan./jun. 2007. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-87752007000100004>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-87752007000100004&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 9 set. 2020.

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO. *Biografias*. Brasília, DF: Funag, 2009. Disponível em: http://www.funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=298. Acesso em: 10 set. 2020.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, v. 12, n. 1, p. 339-354, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i1.3368>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3368>. Acesso em: 10 set. 2020.

GARCIA, Eugênio V. *Trajatória internacional do Brasil: artigos selecionados*. Brasília, DF: Funag, 2018. (Coleção Relações Internacionais). Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/index.php?route=product/product&product_id=958. Acesso em: 10 set. 2020.

GOES FILHO, Synesio Sampaio. *Navegantes, bandeirantes, diplomatas: um ensaio sobre a formação das fronteiras do Brasil*. Ed. rev. e atual. Brasília, DF: Funag, 2015. (História Diplomática). Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/index.php?route=product/product&product_id=738. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. O contexto histórico da viagem de Pedro Teixeira. In: LIMA, Sérgio Eduardo Moreira; COUTINHO, Maria do Carmo Strozzi (org.). *Pedro Teixeira, a Amazônia e o Tratado de Madri*. Brasília, DF: Funag, 2016. p. 23-38. (História Diplomática). Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/index.php?route=product/product&product_id=790. Acesso em: 10 set. 2020.

GOMES, Jônatas Roque Mendes. A revolução liberal do Porto e as concepções de pacto social no parlamento brasileiro (1826-1831). *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 24-42, jan./abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.15175/1984-2503-201810102>. Disponível em: <http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/155>. Acesso em: 10 set. 2020.

GOULART, Maurício. *A escravidão africana no Brasil: das origens à extinção do tráfico*. 3. ed. rev. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975. (Biblioteca Alfa-Ômega de Ciências Sociais. Série 1. História, v. 5).

HAICKEL, M. P. (org.). *O livro na rua: Alexandre de Gusmão*. Brasília, DF: Funag: Thesaurus, 2007. (Série Diplomacia ao Alcance de Todos, 1). Disponível em: http://www.funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=654&search=livro+na+rua. Acesso em: 10 set. 2020.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Franceses, holandeses e ingleses no Brasil quinhentista. In: _____ (dir.). *História geral da civilização brasileira: a época colonial: do descobrimento à expansão territorial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. v. 1, t. 1, p. 165-196.

JANCSÓ, István; PIMENTA, João Paulo G. Peças de um mosaico (ou apontamentos para o estudo da emergência da identidade nacional brasileira). In: MOTA, Carlos Guilherme (org.). *Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000)*. 2. ed. São Paulo: Senac, 2000. v. 1, p. 127-175.

KLEIN, Herbert S. A experiência afro-americana numa perspectiva comparativa: a situação atual do debate sobre a escravidão nas Américas. *Afro-Ásia*, [Salvador], n. 45, p. 95-121, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0002-05912012000100004>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0002-05912012000100004. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. *The Atlantic slave trade*. 2nd ed. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010. (New Approaches to the Americas).

LEAL, Aurelino. *História constitucional do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2014. (Edições do Senado Federal, v. 178). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/>

bitstream/handle/id/573098/000644986_historia_constitucional_brasil.pdf?sequence=8. Acesso em: 10 set. 2020.

LIMA, Oliveira. *Dom João VI no Brasil: 1808-1821*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1908. v. 1. Disponível em: <https://digital.bbm.usp.br/view/?45000008112&bbm/66558page/8/mode/2up>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. *O movimento da independência [sic]: 1821-1822*. São Paulo: Comp. Melhoramentos de S. Paulo, 1922.

LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. *História do Brasil: uma interpretação*. 2. ed. São Paulo: Senac, 2008.

LYRA, Maria de Lourdes Viana. Memória da independência: marcos e representações simbólicas. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 15, n. 29, p. 173-206, 1995. Disponível em: <https://anpuh.org.br/index.php/revistas-anpuh/rbh>. Acesso em: 10 set. 2020.

MAGALHÃES, Domingos José Gonçalves de (Visconde de Araguaia). *A Confederação dos Tamoyos*: poema. Rio de Janeiro: Imprensa Typog. de Paula Brito, 1856. Disponível em: <https://www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/?id=136523>. Acesso em: 10 set. 2020.

MAGNOLI, Demétrio. *O corpo da pátria: imaginação geográfica e política externa no Brasil (1808-1912)*. São Paulo: Ed. Unesp: Moderna, 1997. (Biblioteca Básica).

MAXWELL, Kenneth R. *A devassa da devassa: a Inconfidência Mineira: Brasil-Portugal, 1750-1808*. Tradução de João Maia. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. (Estudos Brasileiros, v. 22).

_____. Por que o Brasil foi diferente?: o contexto da independência. In: MOTA, Carlos Guilherme (org.). *Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000)*. 2. ed. São Paulo: Senac, 2000. v. 1, p. 181-195.

MELLO, Evaldo Cabral de. A outra independência: federalismo pernambucano de 1817 e 1824. *Revista IHGB*, Rio de Janeiro, ano 168, n. 436, p. 93-107, jul./set. 2007. Disponível em: <https://ihgb.org.br/revista-eletronica/artigos-436/item/108529-a-outra-independencia-federalismo-pernambucano-de-1817-e-1824.html>. Acesso em: 10 set. 2020.

MENDONÇA, Renato. *História da política exterior do Brasil: do período colonial ao reconhecimento do Império (1500-1825)*. Brasília, DF: Funag, 2013. (História Diplomática). Disponível em: http://funag.gov.br/loja/index.php?route=product/product&product_id=512. Acesso em: 10 set. 2020.

MOTA, Carlos Guilherme. Ideias de Brasil: formação e problemas (1817-1850). In: _____ (org.). *Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000)*. 2. ed. São Paulo: Senac, 2000. v. 1, p. 197-238.

ORFORD, Anne. The past as law or history?: the relevance of imperialism for modern international law. *International Law and Justice Working Papers 2012/2: (History and Theory of International Law Series)*, New York, p. 1-17, 2012. Disponível em: <https://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Orford-The-Past-as-Law-or-History-2012-1.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

PEDRO I, Imperador do Brasil. *Carta que dirigio a sua Magestade o Senhor D. João VI em data de 22 de setembro de 1822 o Príncipe Real [sic]*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1823. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/22381>. Acesso em: 10 set. 2020.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. A diplomacia portuguesa no Congresso de Viena – 1815. *Revista IHGB*, Rio de Janeiro, ano 177, n. 470, p. 77-96, jan./mar. 2016. DOI: [https://doi.org/10.23927/issn.2526-1347.RIHGB.2016\(470\):77-96](https://doi.org/10.23927/issn.2526-1347.RIHGB.2016(470):77-96). Disponível em: <https://ihgb.org.br/revista-eletronica/artigos-470/item/108309-a-diplomacia-portuguesa-no-congresso-de-viena-1815.html>. Acesso em: 10 set. 2020.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia [sic]*. São Paulo: Martins, 1942.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

REIS, Arthur César Ferreira. Tratados dos limites. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (dir.). *História geral da civilização brasileira: a época colonial: do descobrimento à expansão territorial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. v. 1, t. 1, p. 396-412.

RUY, Affonso. *A primeira revolução social brasileira (1798)*. Ed. il. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942. (Bibliotheca Pedagógica Brasileira. Série 5ª. Brasileira, v. 217). Disponível em: <https://bdor.sibi.ufrj.br/bitstream/doc/301/1/217%20PDF%20-%20OCR%20-%20RED.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *As barbas do imperador: D. Pedro II, um monarca nos trópicos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SCHWARTZ, Stuart B. “Gente da terra braziliense da nação”: pensando o Brasil: a construção de um povo. In: MOTA, Carlos Guilherme (org.). *Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000)*. 2. ed. São Paulo: Senac, 2000. v. 1, p. 105-125.

SILVA, José Bonifácio de Andrada e. *O patriarca da independência [sic]*: (dezembro de 1821 a novembro 1823). São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. (Bibliotheca Pedagógica Brasileira. Série 5ª. Brasileira, v. 166). Disponível em: <https://bdor.sibi.ufrj.br/bitstream/doc/249/1/166%20PDF%20-%20OCR%20-%20RED.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

SLEMIAN, Andréa; PIMENTA, João Paulo G. *O “nascimento político” do Brasil: as origens do Estado e da nação (1808-1825)*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. (Passado Presente).

VARGAS, Fábio Aristimunho. *Formação das fronteiras latino-americanas*. Brasília, DF: Funag, 2017. (Direito Internacional). Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/index.php?route=product/product&product_id=880. Acesso em: 10 set. 2020.

VARNHAGEN, Francisco Adolfo de (Visconde de Porto Seguro). *Historia geral do Brazil antes da sua separação e independência de Portugal [sic]*. 2. ed. muito augmentada e melhorada pelo autor. Rio de Janeiro: E. & H. Laemmert, 1877. t. 2. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242428>. Acesso em: 10 set. 2020.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. História e crítica em direito internacional na América Latina: revisitando discussões pretéritas sobre ensino jurídico na região. *Revista Derecho del Estado*, [s. l.], n. 39, p. 91-117, jul./dic. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n39.05>. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0122-98932017000200091. Acesso em: 10 set. 2020.

VIANNA, Helio. *Estudos de história colonial*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1948. (Bibliotheca Pedagógica Brasileira. Série 5ª. Brasileira, v. 261).

_____. *História diplomática do Brasil*. São Paulo: Melhoramentos, 1958. (Arquivos Históricos).

O controle de convencionalidade da Reforma Trabalhista de 2017

ÉRICA RIBEIRO GUIMARÃES AMORIM

Resumo: Este artigo propõe uma reflexão sobre o controle de convencionalidade da Lei nº 13.467/2017, com especial atenção às convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho. Por meio de uma pesquisa descritiva e propositiva, procurou-se discutir as alterações introduzidas na Consolidação das Leis do Trabalho pela Reforma Trabalhista que direta ou indiretamente colidem com a Constituição brasileira e as normas internacionais. O interesse no desenvolvimento desta pesquisa revelou-se pelo caráter social que o tema apresenta. Trata-se de uma investigação bibliográfica e documental, eminentemente qualitativa, sustentada em referenciais teórico-conceituais. Ao final, algumas soluções são apresentadas para as possíveis inconformidades existentes na referida lei.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Tratados internacionais. Controle de convencionalidade. Decisões.

Conventionality control of the 2017 Labor Reform

Abstract: This article proposes a reflection on the control of conventionality of Law n. 13.467/2017, with special attention to the conventions and recommendations of the International Labor Organization. Through descriptive and purposeful, we sought to discuss the changes introduced in the Consolidation of Labor Laws by Labor Reform that directly or indirectly conflict with the Brazilian Constitution and international standards. The interest in the development of this article was revealed by the social character that the theme presents. It is a bibliographical and documentary investigation, eminently qualitative, supported by theoretical references. In the end, some solutions are exposed for the possible non-conformities existing in that law.

Recebido em 2/12/20
Aprovado em 26/3/21

Keywords: Labor reform. International treaties. Conventionality control. Decisions.

1 Introdução

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) (BRASIL, 2017) alterou drasticamente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, [2019a]), com diversos dispositivos parcialmente ou totalmente reformados e alguns suprimidos, *e. g.*, trabalho *in itinere* (art. 58, § 2º, da CLT). Foi a mais significativa transformação na legislação trabalhista desde o advento da CLT em 1943, pois modificou toda a estrutura do Direito do Trabalho.

Entretanto, importa notar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e os tratados internacionais não sofreram alterações e, portanto, não podem ser simplesmente ignorados. Desse modo, todas as modificações realizadas na CLT devem submeter-se ao crivo do controle de constitucionalidade e convencionalidade, uma vez que quaisquer leis ou atos normativos devem ser compatíveis com a CRFB e com as normas internacionais, notadamente as que tratam de direitos humanos, como é o caso daquelas sobre relações de trabalho.

Em razão do recorte temático deste artigo, apenas o controle de convencionalidade será abordado. Tem-se levantado a discussão acerca da possibilidade ou não desse tipo de controle, uma vez que inexistem normatividade específica no ordenamento jurídico brasileiro disciplinando o assunto.

Será averiguada a viabilidade de um controle de convencionalidade das leis e atos normativos internos, especialmente da Lei nº 13.467/2017, à luz das convenções e recomendações internacionais. Antes, porém, será feita uma breve exposição acerca da Organização Internacional do Trabalho (OIT), suas principais normas internacionais que confrontam direta ou indiretamente a Reforma Trabalhista e seu papel no Direito do Trabalho no Brasil. Além disso, este estudo propõe-se a delinear alguns dos institutos que foram alvo de revisão mediante a Lei nº 13.467/2017.

2 Noções basilares da Organização Internacional do Trabalho

A OIT surgiu em 1919 como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Em 1944, sob o impacto da Grande Depressão e da Segunda Guerra Mundial, a OIT definiu seus fins e objetivos na Declaração de Filadélfia. Na Carta das Nações Unidas de 1945, notadamente em seu art. 2º, estão dispostos os princípios do Direito Internacional do Trabalho (VILLATORE, 2009, p. 62-63). Em 1946, a OIT tornou-se o primeiro organismo especializado da Sociedade das Nações.

Compete à OIT prever padrões mínimos de proteção ao trabalhador na relação empregatícia, uma vez que tal relação é desigual por sua própria natureza. Dessa forma, tornou-se imperioso criar um organismo internacional que fosse responsável por fixar e fiscalizar o cumprimento de normas garantidoras trabalhistas. Vale lembrar que, com a Primeira Revolução Industrial e o liberalismo econômico no continente europeu, a classe trabalhadora, que antes vivia no campo, deslocou-se para os grandes centros urbanos e passou a laborar nas fábricas, com jornadas exaustivas, degradantes e ambientes de trabalho insalubres (VILLATORE, 2009, p. 62-63).

Após a Segunda Grande Guerra e anos de reivindicações dos sindicatos de operários, os Estados-nação decidiram dialogar sobre a necessidade de regulamentar a relação de trabalho no plano do Direito Internacional: se todos obedecessem às mesmas regras, não haveria prejuízo à livre concorrência, e as normas protetivas ao trabalhador não prejudicariam a competitividade dos produtos fabricados nos países integrantes da OIT.

Martinez (2016, p. 102) destaca que “[a] Organização Internacional do Trabalho é um órgão das Nações Unidas que procura fomentar a Justiça Social e os direitos humanos e laborais mundialmente reconhecidos”. A OIT é um organismo tripartite, formado por representantes de entidades de trabalhadores, empregadores e governo, os três principais atores do mercado de trabalho.

O escritório central da OIT fica em Genebra, na Suíça, onde trabalham os administradores da Organização e ocorrem as reuniões tripartites setoriais, das comissões e comitês. Contudo, não existe apenas o órgão permanente em Genebra, mas também uma ampla estrutura de escritórios regionais que abrange todos os continentes. Assim, a OIT pode realizar a execução e administração de reuniões regionais, sub-regionais e

nacionais e dos programas, projetos e atividades de cooperação técnica, como também consegue manter contato direto com representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores em diferentes localidades do globo terrestre.

A OIT é dirigida por um Conselho de Administração responsável pela elaboração e controle de execução de políticas e programas do Direito Internacional do Trabalho. Todos os anos, em junho, ocorre a Conferência Internacional do Trabalho, que funciona como uma Assembleia Geral para a qual cada Estado-membro tem direito a enviar quatro delegados acompanhados por conselheiros técnicos – dois representantes do governo, um dos trabalhadores e um dos empregadores –, todos com direito a voto independente. Dessas conferências originam-se as convenções, recomendações e resoluções que tratam das relações de trabalho.

Dentre as várias atribuições da OIT, destacam-se as atuações: i) *política*, que visa a assegurar bases sólidas para a paz mundial; ii) *econômica*, que busca garantir a concorrência mundial; e iii) *humanitária*, que fiscaliza e denuncia os abusos e irregularidades relativas às condições de trabalho, sempre no intuito de diminuir as injustiças (VILLATORE, 2009, p. 63). As normas internacionais produzidas pela OIT procuram definir padrões mínimos de respeito à classe trabalhadora que possam ser aceitos e praticados pelos países signatários.

Em síntese, podem ser consideradas fontes gerais do Direito Internacional do Trabalho: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, na cidade de Paris; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP); e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos acatados na 21ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16/12/1966.

Em relação às fontes específicas, as mais significativas são: i) a Constituição da OIT, de 1919; ii) a Declaração Relativa aos Fins e Objetivos da OIT, aprovada na Conferência de Filadélfia em 1944 e incorporada à Constituição da OIT como anexo na revisão geral empreendida pela Conferência de Montreal em 1946; iii) a Declaração sobre Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, de 1988; iv) a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social, de 2000; e v) a Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa, de 2008. Em síntese, consideram-se fontes do Direito Internacional do Trabalho as convenções, recomendações e resoluções da OIT. A seguir, serão analisadas as normas da OIT de maior pertinência temática para a Reforma Trabalhista de 2017.

3 Convenções nºs 98, 131, 151 e 154, e Recomendação nº 159

É necessário distinguir a *convenção* – também denominada *convênio* – da *recomendação*: a primeira é um tratado internacional, de caráter normativo, que demanda ratificação pelos países signatários para fins de exigibilidade; a segunda, por não ser ratificada internamente pelos Estados subscritores, é norma facultativa que apenas complementa a interpretação das convenções e orienta a prática laboral, sem criar qualquer direito ou obrigação (MARTINEZ, 2016, p. 103).

Nos termos do art. 19, V, da Constituição da OIT, após a convalidação interna, a ratificação das convenções ocasiona dupla obrigação aos países signatários: i) cumprir e aplicar o conteúdo das normas internacionais; ii) aceitar os mecanismos de supervisão e de controle internacional, conforme procedimentos disciplinados pela própria Organização (BRASIL, 2019c).

Há de se perceber a importância da Convenção nº 98 da OIT, que dispõe sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva dos trabalhadores. Essa Convenção foi aprovada em 1949 na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, porém sua vigência no plano internacional iniciou-se somente em 18/7/1951. No Brasil, foi ratificada em 1952, definindo que nenhum trabalhador pode ser prejudicado ou dispensado em decorrência da participação em atividades sindicais em suas horas livres ou durante o trabalho quando há o consentimento do empregador. Essa norma internacional combate também a ingerência nas organizações de trabalhadores ao determinar que os sindicatos não dependam financeiramente de um empregador (BRASIL, 2019c).

Por sua vez, a Convenção nº 131 da OIT nasceu da 54ª Sessão da Conferência Geral, realizada em 22/6/1970, em Genebra, mas entrou em vigor no plano internacional em 29/3/1972, tendo sido inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 89.686/1984. Essa Convenção dispõe sobre a fixação de salários mínimos e exige que os Estados signatários, em especial os países em desenvolvimento econômico, estabeleçam um sistema de fixação de salários de modo a ajustar esse patamar mínimo periodicamente, de sorte a garantir o poder de compra e a dignidade do trabalhador assalariado (BRASIL, 2019c).

A Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da OIT – incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro em 2010 mediante o Decreto Legislativo nº 206 – trazem diretrizes para a negociação coletiva dos trabalhadores do serviço público e dispõem sobre as garantias da organização sindical que tenha por fim defender os interesses dos servidores e empregados públicos. Entre as principais garantias estabelecidas pela Convenção está a proteção contra os atos de discriminação que acarretem violação da liberdade sindical. O documento também veda atos de ingerência das autoridades públicas na formação, funcionamento e administração das organizações de trabalhadores; possibilita a instauração de processos para a negociação das condições de trabalho entre as autoridades públicas e as organizações de trabalhadores; e determina a concessão de facilidades aos representantes das organizações sindicais dos trabalhadores do serviço público, como a permissão para cumprir suas atividades durante as horas de trabalho ou fora delas (BRASIL, 2019c).

A Recomendação nº 159 aconselha especificamente a adoção de procedimentos e critérios objetivos e pré-estabelecidos a respeito do caráter representativo das organizações sindicais. Ao promulgá-las, o Congresso Nacional brasileiro trouxe dois esclarecimentos: i) a Convenção

nº 151 se aplica a servidores públicos federais (regidos pela Lei nº 8.112/1990 ou pela CLT), bem como a servidores estaduais e municipais disciplinados por suas respectivas legislações; ii) as organizações de trabalhadores abrangidas por essa norma internacional são exclusivamente as “constituídas nos termos do artigo 8º da Constituição Federal” (BRASIL, [2019b]).

Também sobre o direito coletivo do trabalho, a Convenção nº 154, firmada em Genebra na 67ª Reunião da Conferência Internacional, foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 22 de 12/5/1992. A norma prevê que a negociação coletiva compreende a interação entre trabalhadores e empregadores, ou organizações que representem esses atores, para regular as condições de trabalho. Nesse sentido, a Convenção determina que medidas adequadas às condições nacionais de estímulo ao acordo coletivo sejam adotadas; a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que se aplique a norma internacional; e os órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concebidos de modo a contribuir para o estímulo ao acordo coletivo (BRASIL, 2019c).

Pela análise dessas convenções infere-se que o Brasil mantém representação na OIT desde 1950 e tem incorporado as normas internacionais ao ordenamento jurídico nacional. Apesar disso, a Reforma Trabalhista de 2017 contraria uma sequência de avanços nos direitos trabalhistas e sociais, notadamente por privilegiar o negociado sobre o legislado, obstar o acesso à Justiça e prever retrocessos sociais em vários aspectos do direito individual e coletivo do trabalho.

Diferentemente do que ocorre com a Organização Mundial do Comércio, a Constituição da OIT não prevê sanções para os Estados-membros em caso de descumprimento de al-

guma norma. Significa dizer que, no âmbito internacional, não existem mecanismos sancionatórios para forçar os países signatários a cumprir as normas das convenções e recomendações da OIT.

Conquanto a OIT não possa impor coercitivamente suas decisões, é amplamente cabível ao Poder Judiciário – tanto no controle difuso quanto no controle abstrato de constitucionalidade – fazer prevalecer os direitos fundamentais previstos na CRFB e os direitos humanos consagrados na DUDH, bem como os pactos internacionais e as convenções da OIT ratificados pelo Congresso Nacional brasileiro, uma vez que ostentam superior grau hierárquico quando em cotejo com a Lei nº 13.467/2017. Para tanto, os magistrados, advogados, procuradores do trabalho, entre outros operadores do Direito, devem fundamentar de modo robusto e racional suas decisões e petições, no intuito de preservar os direitos sociais ainda existentes na legislação trabalhista brasileira.

4 A Reforma Trabalhista de 2017 e o controle de convencionalidade

De início, há de se esclarecer que neste artigo não se pretende esgotar todas as reformas na legislação trabalhista realizadas pela Lei nº 13.467/2017. Assim, os temas abordados visam a esclarecer o objeto principal em discussão: o controle de convencionalidade da Reforma Trabalhista e a relevância das convenções e recomendações da OIT.

Contudo, importa discorrer sobre as noções essenciais do Direito do Trabalho que foram alvo de alteração por meio da Lei nº 13.467/2017, como se demonstrará doravante.

4.1 Breve reflexão sobre algumas alterações da Consolidação das Leis do Trabalho que contrariam normas internacionais

Para se compreender a viabilidade do controle de convencionalidade, é imprescindível conhecer as mais importantes alterações efetuadas pela Reforma Trabalhista que direta ou indiretamente confrontam tratados, convenções e recomendações internacionais de direitos humanos. Merecem destaque o direito sindical e os novos regramentos que obstam o acesso à Justiça.

4.1.1 Direito coletivo do trabalho

A Reforma Trabalhista modificou diversos dispositivos que disciplinavam os direitos coletivos dos trabalhadores, dentre os quais importa

destacar: i) o término da contribuição sindical obrigatória (disciplinada pelos arts. 578 a 610 da CLT) e ii) a prevalência do negociado sobre o legislado (art. 611-A da CLT) (BRASIL, [2019a]).

Os dispositivos 578 e seguintes da Consolidação reformada passaram a dispor que apenas mediante prévia e expressa autorização do empregado será possível o desconto da contribuição sindical, extinguindo a obrigatoriedade do recolhimento. Até mesmo os sindicalistas mais tradicionais concordavam que era preciso uma reforma no direito sindical brasileiro; contudo, a maneira como algumas questões foram tratadas pela Lei nº 13.467/2017 surpreendeu a todos.

Após quase três anos de vigência da Reforma, já se percebe que a receita dos sindicatos caiu bruscamente com a facultatividade da contribuição, o que afetou uma série de serviços ofertados aos trabalhadores da categoria representada. Além disso, a força organizacional do movimento sindical também tem sido seriamente comprometida, uma vez que as entidades representativas necessitam de recursos financeiros para manter sua estrutura física e de pessoal.

Sobre essa questão, Delgado e Delgado (2017, p. 244) ressaltam que os sindicatos devem utilizar-se da contribuição assistencial ou negocial (ou cota de solidariedade) e das mensalidades dos trabalhadores associados concedidas voluntariamente. Porém, os autores asseveram que

somente sindicatos muito bem estruturados, de categorias profissionais muito bem organizadas, ostentando elevado número de trabalhadores filiados, é que tendem a obter um montante substancial de arrecadação econômico-financeira por intermédio do veículo das mensalidades associativas.

Sucedeu que, em 1º/3/2019, com o objetivo de regulamentar todas as formas de financiamento sindical, o presidente da República editou a Medida Provisória (MP) nº 873/2019, conhecida como MP da Contribuição Sindical, vedando o desconto em folha de pagamento pelo empregador e impondo que a quitação fosse efetivada mediante boleto bancário, após autorização individual expressa do trabalhador (BRASIL, 2019d).

Essa MP foi editada porque, com a nova redação do art. 579 da CLT reformada¹, surgiram questionamentos acerca da possibilidade de os sindicatos obterem a autorização prévia para o desconto da contribuição

¹“Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação” (BRASIL, [2019a]).

sindical via assembleia geral. Esse procedimento já era adotado para a cota de solidariedade e, após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, passou a ser utilizado por alguns sindicatos também para legitimar o desconto anual da contribuição dos trabalhadores.

Em face do alto risco de inviabilizar a existência das entidades sindicais, a MP nº 873/2019 não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional no prazo determinado pela CRFB e perdeu sua validade jurídica em 28/6/2019.

No mesmo dia, nos autos da Reclamação Constitucional nº 35.540, o ministro Luís Roberto Barroso deferiu pleito liminar para suspender uma decisão de primeira instância que havia autorizado a realização de desconto em folha de pagamento da contribuição sindical, após a convocação da assembleia geral da categoria de trabalhadores que votou a favor do recolhimento anual. Segundo o ministro,

[a] leitura dos dispositivos declarados constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal apontam ser inerente ao novo regime das contribuições sindicais a autorização prévia e expressa do sujeito passivo da cobrança. Tal ponto foi analisado na ADI 5.794, tendo a maioria do Plenário concluído pela extinção da compulsoriedade da contribuição (BRASIL, 2019e, p. 133).

Ao conceder o pedido liminar em relação à contribuição anual, o ministro ressaltou a imprescindibilidade da prévia e expressa autorização do empregado, que não pode ser substituída pela deliberação da assembleia geral. Todavia, a despeito de tudo, até este momento o Supremo Tribunal Federal (STF) não se manifestou em relação à contribuição assistencial aprovada em assembleia por ocasião da negociação coletiva. Logo, em razão da caducidade da MP nº 873/2019, é possível a sua fixação após decisão da maioria dos membros da ca-

tegoria. Afinal, trata-se de uma forma legítima de custeio, pois os benefícios do acordo coletivo estendem-se a todos os trabalhadores.

Com efeito, a retirada da contribuição sindical obrigatória de modo repentino, sem permitir aos sindicatos um planejamento organizacional prévio, tem como escopo o enfraquecimento do direito sindical e coletivo do trabalho, uma vez que as entidades representativas necessitam de meios para prover o financiamento de suas atividades.

Em relação às novas possibilidades de negociação coletiva em detrimento da lei, importa notar que o art. 611-A da CLT reformada expõe um rol não taxativo de hipóteses em que a Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) ou o Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) têm prevalência sobre o texto legislado. Em seu *caput*, o dispositivo traz a expressão *entre outros*, indicando que os quinze incisos não esgotam as possibilidades de preponderância do negociado sobre o legislado (BRASIL, [2019a]).

Alguns incisos chamam a atenção pela sua extrema relevância na vida dos trabalhadores, como a redução do intervalo intrajornada, respeitado o mínimo de trinta minutos para jornadas acima de seis horas diárias (inc. III); o enquadramento do grau de insalubridade (inc. XII); e a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho (inc. XIII)². Não que os demais incisos sejam irrelevantes, mas os mencionados causam espanto por sua audácia ao alargar em demasia as hipóteses de prevalência da CCT e do ACT

²“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...] III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; [...] XII – enquadramento do grau de insalubridade; [...] XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho” (BRASIL, [2019a]).

sobre as disposições de lei. Martinez (2016, p. 184) coaduna desse entendimento e esclarece que a Reforma Trabalhista de 2017 “realmente ousou e inovou ao permitir que a negociação coletiva prevalecesse sobre a lei no tocante ao enquadramento do grau de insalubridade, podendo até mesmo, teoricamente, dizer mínima a insalubridade de grau máximo”.

Os parágrafos do art. 611-A da CLT igualmente merecem nota, porquanto tratam de questões até então inéditas no processo do trabalho. O § 1º restringe a atuação do Poder Judiciário ao exame da conformidade legal dos elementos essenciais do negócio jurídico³, reportando-se ao § 3º do art. 8º da Consolidação. A seu turno⁴, esse dispositivo estabelece que a Justiça do Trabalho somente poderá efetuar o controle de legalidade das negociações coletivas observando o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade entre as partes e nos restritos termos do art. 104 do Código Civil de 2002⁵.

Ao mesmo tempo em que se alargam as hipóteses legais nas quais o negociado pode prevalecer sobre o legislado, também se constata tentativas de enfraquecimento das entidades sindicais, de modo que há de se refletir sobre quais interesses estão por trás dessas recentes alterações legislativas.

A redução dos meios de financiamento dos sindicatos torna-os mais frágeis, sem condições

³“§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação” (BRASIL, [2019a]).

⁴“Art. 8º [...] § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva” (BRASIL, [2019a]).

⁵“Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei” (BRASIL, [2021b]).

de manter sua organização e, portanto, suscetíveis ao total desfalecimento. Noutra ponta, encontra-se a classe patronal que continua dispondo de uma vasta quantidade de pessoas à procura de trabalho, tendo em vista os altos índices de profissionais desempregados. Não é difícil perceber o resultado dessa equação: a crescente precarização das condições de trabalho em todo o território nacional. De fato, o Brasil tem alcançado recordes de violações às convenções e recomendações da OIT.

4.1.2 Novos obstáculos ao acesso à Justiça do Trabalho

Várias foram as alterações na CLT relativas ao processo do trabalho. Em se tratando de acesso à Justiça, merece maior destaque a reforma no modelo de concessão da gratuidade de Justiça, especialmente a incidência dos honorários sucumbenciais (advocatícios e periciais) e das custas processuais para o reclamante.

Até a data em que a Lei nº 13.467 passou a vigorar (11/11/2017), a redação do § 3º do art. 790 da Consolidação dispunha que, a requerimento ou de ofício, era facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais conceder a gratuidade de Justiça para aqueles que possuísem renda de, no máximo, dois salários mínimos ou declarassem sua impossibilidade de custear as despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família (BRASIL, [2019a]). Logo, bastava a simples declaração de hipossuficiência financeira para a concessão do benefício na Justiça do Trabalho.

Com a Reforma Trabalhista, o § 3º do art. 790 da CLT foi modificado, estabelecendo o novo patamar de até 40% (quarenta por cento) do maior benefício do Regime Geral de Previdência Social. Na redação anterior, o patamar para a concessão de ofício era menor (dois salários mínimos) e bastava a declaração

de hipossuficiência financeira para a pessoa física obter a gratuidade. Acerca dessa novidade na legislação, Teixeira Filho (2017, p. 77, grifo do autor) assevera:

A norma cria, portanto, um ônus formal – e, conseqüentemente, uma dificuldade – para a pessoa que desejar ser beneficiária da justiça gratuita, ao substituir a sua informal declaração de próprio punho pela comprovação de insuficiência de recursos financeiros para o pagamento de custas processuais. Cumpre-nos destacar que o CPC não exige essa comprovação, admitindo, por força de presunção, ser verdadeira a mera *alegação* feita por pessoa física.

Ocorre que a CRFB, no art. 5º, LXXIV, faz menção à “insuficiência de recursos” (BRASIL, [2021a]), sem impor a exigência de miserabilidade para a concessão da benesse. Souza (2011, p. 35) também compartilha desse entendimento ao esclarecer que “não se exige que o postulante esteja a depender de terceiros para sobreviver, como também não é o caso de exigir alienação de pequeno patrimônio que dispõe ou colocar em dificuldade sua sobrevivência pessoal ou da sua família”.

Cumpre notar que a não concessão do benefício pode ocasionar uma litigiosidade reprimida. Noutras palavras, ao saberem dos custos do processo, as pessoas detentoras de uma pretensão jurídica podem ser desencorajadas a buscar o Poder Judiciário, pois o resultado da reclamação trabalhista talvez não compense os dispêndios de dinheiro e tempo.

Por que aplicar regras mais rigorosas às demandas trabalhistas do que às ações cíveis? Ora, a CLT reformada impõe uma exigência maior do que a observada no Código de Processo Civil (CPC), pois o § 3º do art. 99 do CPC⁶ reza que a pessoa natural tem presunção relativa de veracidade de suas alegações quanto ao direito à gratuidade de Justiça. A referida lei assegura que a presunção é relativa, sendo passível de prova em contrário (BRASIL, [2021c]).

O CPC foi muito modificado em 2015, mas a lei processual civil foi amplamente debatida nos meios jurídico e acadêmico, de sorte que o instituto da Justiça gratuita foi disciplinado de modo ajustado com a Constituição vigente. A reforma na CLT, ao contrário, foi realizada às pressas, sem a necessária discussão acerca dos temas que seriam objeto de mudanças.

Há de se notar que a relação jurídica cível é caracterizada pelo princípio da igualdade entre as partes, ao passo que a relação empregatícia

⁶ “Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso. [...] § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural” (BRASIL, [2021c]).

é marcada pela desigualdade entre o trabalhador e o detentor do capital. Dessa percepção é que surgiu o princípio da proteção (*in dubio pro operário*) consagrado em vários dispositivos, jurisprudências e doutrinas do Direito do Trabalho. Assim, soa contraditório imputar-se ao autor de uma reclamatória trabalhista ônus maiores para a concessão da gratuidade de Justiça do que aqueles observáveis nas relações cíveis. Castro (2017) coaduna com esse pensamento ao afirmar que

[o] caráter protetivo do Direito do Trabalho não pode permitir amparo inferior ao trabalhador que aquele alcançado ao cidadão no Direito comum. Seria reconhecer uma “*capitis diminutio*” pelo fato de ser trabalhador, o que contraria o básico princípio constitucional da isonomia.

Até mesmo os que conseguirem o benefício da gratuidade poderão ser condenados a pagar honorários sucumbenciais (advocatícios e periciais), porque a Lei nº 13.467 alterou o *caput* do art. 790-B e acrescentou-lhe parágrafos. O novo dispositivo e o seu § 4º estabeleceram como responsabilidade do beneficiário da gratuidade o dever de custear a perícia nas situações em que for vencido no objeto do exame, podendo inclusive o valor ser deduzido dos créditos do reclamante, mesmo que em outro processo⁷.

Assim, somente nos casos em que o beneficiário da Justiça gratuita não tiver obtido em juízo créditos suficientes para arcar com os honorários periciais é que caberá à União a responsabilidade do custeio. No que se refere à expressão *ainda que em outro processo*, con-

⁷“Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. [...] § 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo” (BRASIL, [2019a]).

tida no § 4º do art. 790-B, somente podem ser alvo de retenção valores a serem adimplidos, uma vez que, se tais valores já houverem sido percebidos pelo reclamante, a coisa julgada e o direito adquirido impedirão quaisquer cobranças (CASTRO, 2017).

Impõe-se relatar também as modificações introduzidas pela Reforma Trabalhista nos honorários advocatícios sucumbenciais, os quais, salvo as exceções que constavam na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, [2016]), não eram aplicáveis na Justiça do Trabalho. Nela prevalecia o *jus postulandi*, sendo opcional a presença de advogado nas demandas trabalhistas. Em decorrência da facultatividade, defendia-se que não se poderia onerar o vencido com despesas que a lei considerava dispensáveis.

Até o advento da Reforma, o entendimento consolidado no Direito Processual do Trabalho era de que o princípio da proteção ao hipossuficiente obstava a imposição do ônus da sucumbência ao reclamante, não sendo imputados os honorários advocatícios sucumbenciais ao autor da reclamatória vencido. A Lei nº 5.584/1970 (BRASIL, [2018]) – que disciplinava a concessão e prestação da assistência judiciária e da gratuidade de Justiça no processo do trabalho – estabelecia que as despesas processuais fossem devidas integralmente pelo reclamado, por menor que fosse a sua sucumbência.

Contudo, a Lei nº 13.467/2017 acrescentou o art. 791-A e seus parágrafos à CLT estabelecendo honorários advocatícios sucumbenciais em todas as ações trabalhistas, inclusive nas reconvenções⁸. Acerca dessa novidade legislativa, Schiavi (2017, p. 85) destaca que “a sucumbência recíproca deverá ser vista com muita sensibilidade pelo Judiciário Trabalhista de modo a não

⁸“§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção” (BRASIL, [2019a]).

obstar a missão histórica da Justiça Trabalhista que é facilitar o acesso à Justiça ao trabalhador”.

Vale ressaltar que, nos termos do § 4º do art. 791-A, o beneficiário da gratuidade de Justiça somente estará dispensado do pagamento dos honorários quando não obtiver em juízo (ainda que em outro processo) créditos capazes de suportar a despesa, de sorte que o valor da sucumbência ficará sob condição suspensiva de exigibilidade⁹. O mesmo se aplica aos honorários periciais, consoante o § 4º do art. 790-B da Consolidação reformada.

Se o beneficiário da gratuidade de Justiça for vencido, as obrigações oriundas de sua sucumbência permanecerão sob condição suspensiva de exigibilidade até dois anos após o trânsito em julgado da decisão, tendo em vista que dentro desse prazo o credor pode comprovar que cessou a situação de hipossuficiência financeira. Contudo, passados os dois anos, extingue-se a exigibilidade do crédito.

Por fim, nos casos de sucumbência em parte mínima de um litigante, é admissível a aplicação da regra prevista no parágrafo único do art. 86 do CPC¹⁰, uma vez que a Consolidação e as demais leis trabalhistas são omissas nesse aspecto.

Em face dessas alterações, tem-se questionado a compatibilidade da Lei nº 13.467/2017 com a CRFB e com as normas internacionais sobre direitos humanos, em especial as que tratam de

relação de trabalho. Devido ao recorte temático, não será possível tratar do controle de constitucionalidade neste artigo, o que poderá ser feito em outra oportunidade. No tópico a seguir, será analisada a possibilidade de um controle de convencionalidade da Reforma Trabalhista e suas principais implicações.

5 Controle de Convencionalidade da Lei nº 13.467/2017

Segundo Mazzuoli (2009, p. 128), o controle jurisdicional de convencionalidade é a condição de que as normas domésticas de um país, além de guardarem compatibilidade com a sua Constituição, devem estar conforme os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigência no ordenamento jurídico nacional. Em outros termos, é salutar que as normas internas de uma nação estejam em harmonia com os tratados internacionais aprovados pelo Estado. Para essa fiscalização, utiliza-se o controle de convencionalidade, normalmente efetuado pelo Poder Judiciário.

Entre as diversas normas internacionais incorporadas no sistema jurídico brasileiro, as mais conhecidas e que dispõem sobre direitos humanos são: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica); a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 2007; as convenções e recomendações da OIT. Todos esses tratados e convenções externos compõem o chamado *bloco de constitucionalidade*, isto é, o conjunto de normas que servem como parâmetro de aferição de constitucionalidade das leis e atos normativos internos estatais (MAZZUOLI, 2011, p. 25).

⁹“Art. 791-A. [...] § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário” (BRASIL, [2019a]).

¹⁰“Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas. Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários” (BRASIL, [2021c]).

No caso do Brasil, os §§ 2º e 3º do art. 5º da CRFB determinam que os tratados e convenções internacionais integram o ordenamento jurídico do País. Os relativos aos direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, equivalem às emendas constitucionais¹¹.

Em 2008, com sua tese de doutoramento, Valerio Mazzuoli foi considerado o primeiro jurista brasileiro a desenvolver a teoria do controle de convencionalidade aplicada ao sistema jurídico nacional¹². Ele defendeu que o controle jurisdicional de convencionalidade é cabível tanto para os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados nos termos do § 3º do art. 5º da CRFB como para os tratados e convenções internacionais que, embora não tenham sido aprovados na forma do § 3º do art. 5º, disponham sobre direitos humanos.

Na primeira hipótese (normas externas ratificadas, em dois turnos, por três quintos dos votos, em cada Casa do Congresso Nacional), não pairam dúvidas de que é possível o controle de constitucionalidade e convencionalidade, já que a CRFB assegurou caráter de emenda constitucional a esses tratados internacionais

¹¹ “Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, [2021a]).

¹² A expressão *controle de convencionalidade* já havia sido referida por André de Carvalho Ramos, professor da Universidade de São Paulo. Contudo, Mazzuoli foi o primeiro a desenvolver uma teoria completa sobre o tema. Em suas próprias palavras, “os autores que, antes de nós, fizeram referência à expressão ‘controle de convencionalidade’, versaram o assunto sob outro ângulo, notadamente o da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos em razão de atos do Poder Legislativo. Nesse sentido, o controle de convencionalidade seria o método a impedir o Parlamento local de adotar uma lei que viole (mesmo que abstratamente) direitos humanos previstos em tratados internacionais já ratificados pelo Estado” (MAZZUOLI, 2011, p. 76).

que disciplinam questões acerca dos direitos humanos¹³.

Assim, a jurisdição constitucional pode ser exercida pelo controle difuso-concreto (*inter partes*) ou abstrato-principal. Sob esse prisma, Mazzuoli (2009, p. 132-133, grifos do autor) elucida que, “à medida que esses tratados passam a ser *equivalentes às emendas constitucionais*, fica autorizada a propositura (no STF) de todas as *ações constitucionais* existentes para garantir a estabilidade da Constituição e das normas a ela equiparadas”.

Na segunda conjectura (normas internacionais sobre direitos humanos não ratificadas pelo Congresso Nacional), Mazzuoli (2011, p. 28) sustentou que, ainda assim, é admissível o controle de convencionalidade e constitucionalidade (apenas pelo meio difuso-incidental) com base no § 2º do art. 5º da CRFB, porque a Constituição está apta a aderir a outros direitos e garantias fundamentais provenientes de normas externas, desde que ratificadas pelo governo brasileiro. Em suas próprias palavras:

É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade” (MAZZUOLI, 2011, p. 28).

Dessa forma, consoante Mazzuoli (2011, p. 28), os tratados e convenções sobre direitos humanos internalizados no ordenamento brasileiro com quórum qualificado (art. 5º, § 3º, da CRFB) são normas materialmente cons-

¹³ A título exemplificativo vale citar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30/7/2007 (BRASIL, 2009).

titucionais, ainda que não formalmente. Por esse motivo, é plenamente cabível o controle de convencionalidade ou constitucionalidade.

Sem embargo, em face da ausência de constitucionalidade formal, somente o controle difuso é possível, porquanto qualquer juiz ou tribunal pode incidentalmente aplicar as normas internacionais acerca dos direitos humanos em desfavor de leis ou atos normativos internos proferidos pelo Estado.

Ao concluir, o mencionado autor esclarece que os tratados e convenções internacionais não relacionados aos direitos humanos estão em nível infraconstitucional, ou seja, abaixo da Constituição e acima das leis. Em decorrência disso, o controle de legalidade ocorre entre as normas internas e os tratados e convenções externos ratificados pelo Brasil, de modo que “não se trata de controle de *convencionalidade* pelo fato de se reservar esta última expressão à compatibilidade vertical que devem ter as normas infraconstitucionais com os tratados *de direitos humanos*, que têm índole e nível constitucionais” (MAZZUOLI, 2009, p. 135, grifos do autor).

Apesar da relevância da teoria do controle de convencionalidade desenvolvida por Valerio Mazzuoli, o STF concordou apenas na primeira hipótese, em que os tratados internacionais ratificados nos termos do § 3º do art. 5º da CRFB têm força de emenda constitucional e são suscetíveis ao controle concentrado e difuso de constitucionalidade.

No que se refere à segunda possibilidade (tratados internacionais relativos a direitos humanos não aprovados com quórum qualificado), o STF decidiu, por cinco votos a quatro, que essas normas externas merecem *status* de “supralegalidade” (Habeas Corpus nº 87.585/TO e Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, julgamento em 3/12/2008 (BRASIL, 2008a, 2008b)). Isso significa afirmar que os tratados e con-

venções internacionais sobre direitos humanos estão acima de leis e atos normativos internos, mas abaixo da Constituição.

Essa tese prevalecente foi pensada pelo ministro Gilmar Mendes em face do entendimento do ministro Celso de Mello, que conferiu valor constitucional às normas externas sobre direitos humanos, conquanto não ratificadas na forma do § 3º do art. 5º da CRFB¹⁴. Assim, consolidou-se no sistema jurídico brasileiro a teoria da “supralegalidade” dos tratados internacionais relativos a direitos humanos não aprovados com quórum qualificado. Desse modo, a pirâmide jurídica de Kelsen (1998) passa a ter uma nova camada, composta pelas normas internacionais de direitos humanos não inseridas pelo ordenamento brasileiro nos termos do § 3º do art. 5º da CRFB.

A partir do julgamento do STF, passou-se a exigir a dupla compatibilidade vertical e material das leis e atos normativos internos, pois, além do controle de constitucionalidade, há de ser examinada a conformidade entre as normas expedidas pelo Poder Público e os tratados sobre direitos humanos incorporados pelo Brasil.

Nessa oportunidade, o STF também esclareceu seu posicionamento de que os tratados e convenções externos acolhidos pelo ordenamento brasileiro não relacionados aos direitos humanos ingressam no sistema jurídico nacional como lei ordinária ou complementar, a depender da matéria. Com isso, o conflito entre normas jurídicas deve ser solucionado mediante a utilização dos critérios cronológico e de especialidade (RAMOS, 2009, p. 242).

Embora passível de críticas, a decisão do STF reconheceu o valor do Direito Internacional, notadamente das normas relativas aos direitos humanos. Desse modo, Ramos (2009, p. 245)

¹⁴ Voto do ministro Celso de Mello no Habeas Corpus nº 87.585/TO (BRASIL, 2008a).

destaca que o Brasil “já reconheceu a jurisdição obrigatória de órgãos internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que têm como tarefa fixar a interpretação do alcance das obrigações internacionais de Direitos Humanos contraídas pelo Estado”, o que é um avanço em termos de internacionalização das normas jurídicas.

Tendo em vista o diálogo entre as fontes normativas internas e externas, cumpre refletir ainda acerca do princípio da norma mais favorável, uma vez que em caso de antinomia jurídica deve preponderar a fonte que contém a norma mais favorável aos direitos humanos (princípio internacional *pro homine*), porquanto “o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais” (MAZZUOLI, 2011, p. 30). Por consequência, o ordenamento jurídico interno precisa estar compatível com o Direito Internacional, especialmente em relação aos tratados e convenções de direitos humanos.

Abramovich e Courtis (2002, p. 92-94) ressaltam que o sistema de proteção internacional instituiu a progressiva concretização dos direitos humanos por parte dos países signatários dos tratados e convenções, de maneira que, implicitamente, não se pode conceber o retrocesso dos direitos sociais. Os referidos autores aclaram que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos assegura a impossibilidade de retrocesso em matéria de direitos humanos. Nessa esteira, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como ponto de encontro entre o sistema jurídico interno dos Estados-nação e o Direito Internacional.

Infere-se, desse modo, que o controle jurisdicional de convencionalidade pode ser utilizado na averiguação da conformidade da Reforma Trabalhista com os tratados e convenções internacionais. Por conseguinte, havendo violação às cláusulas constantes nas normas

internacionais introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro – sejam elas consideradas emendas constitucionais ou supralegais –, tais normas não de prevalecer em detrimento da Lei nº 13.467/2017, na medida em que detêm superioridade hierárquica na pirâmide kelseniana. Além disso, o STF já consolidou o entendimento de que os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro servem de paradigma tanto para o controle de constitucionalidade como para o de convencionalidade.

6 Considerações finais

Consoante demonstrado, a Lei nº 13.467/2017 – assim como qualquer outra lei ou ato normativo expedido pelo Poder Público – precisa ser interpretada à luz da ordem constitucional e dos tratados internacionais incorporados pelo ordenamento jurídico nacional.

O Brasil incorporou ao seu sistema jurídico vários tratados e convenções internacionais relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana, de modo que essas normas têm força cogente, servindo como paradigmas no controle de convencionalidade das leis e atos normativos internos.

Convém lembrar que os tratados e convenções internacionais que tratam de direitos humanos, desde que aprovados pelo quórum qualificado previsto no § 3º do art. 5º da CRFB (em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros), equivalem às emendas constitucionais. Em decorrência disso, é indubitável a sua superioridade hierárquica frente às leis e quaisquer atos normativos nacionais.

Para o STF, as normas externas sobre direitos humanos não ratificadas pelo Estado brasileiro na forma do § 3º do art. 5º da CRFB têm *status* de “supralegalidade”. Noutras palavras, estão em

um nível inferior à Constituição, porém acima de leis e atos normativos internos proferidos pelo Estado.

De toda sorte, os tratados e convenções internacionais que disciplinem questões sobre direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro – seja ou não pelo quórum qualificado – estão em posição mais elevada na pirâmide kelseniana do que a legislação comum interna. Por esse motivo, quaisquer leis ou atos normativos estatais devem estar em conformidade com essas normas internacionais, além de necessariamente terem que guardar coerência com os preceitos constitucionais.

As normas externas relativas à proteção de direitos humanos incorporadas pelo Brasil – como é o caso das Convenções nºs 98, 151 e 154 e da Recomendação nº 159 da OIT – merecem ser obedecidas, tendo em vista sua superioridade hierárquica no ordenamento jurídico nacional. Por conseguinte, os operadores do Direito não precisam curvar-se aos retrocessos sociais observáveis na Lei nº 13.467/2017: podem utilizar-se dos instrumentos jurídicos disponíveis.

Não se pode olvidar que todas as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017 que direta ou indiretamente colidem com as normas internacionais e com a Constituição brasileira devem ser submetidas à verificação de convencionalidade (e de constitucionalidade), sob pena de incoerência sistêmica grave.

Sobre a autora

Érica Ribeiro Guimarães Amorim é mestra e graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil; advogada atuante em Salvador, BA, e Brasília, DF, Brasil.
E-mail: ericaufba3@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

AMORIM, Érica Ribeiro Guimarães. O controle de convencionalidade da Reforma Trabalhista de 2017. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 133-150, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p133

(APA)

Amorim, E. R. G. (2021). O controle de convencionalidade da Reforma Trabalhista de 2017. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(231), 133-150. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p133

Referências

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. *Decreto nº 7.944, de 6 de março de 2013*. Promulga a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, firmadas em 1978. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. [Revogado]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7944.htm. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. *Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. *Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970*. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5584.htm. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 873, de 1º de março de 2019*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a contribuição sindical, e revoga dispositivo da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 2019d. [Vigência encerrada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus 87.585/TO*. Depositário infiel – prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa.

Relator: Min. Marco Aurélio, 3 de dezembro de 2008a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação 35.540/RJ. Direito constitucional e do trabalho. Medida cautelar em reclamação. Contribuição sindical. Autorização do empregado. Reclamante: Claro S.A. Reclamado: Juiz do Trabalho da 48ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro. Relator: Min. Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 140, p. 132-133, 28 jun. 2019e. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20190627_140.pdf. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 466.343/SP*. Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta [...]. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso, 3 de dezembro de 2008b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 219*. Honorários advocatícios. Cabimento. [Brasília, DF]: TST, [2016]. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219. Acesso em: 7 jun. 2021.

CASTRO, Antônio Escosteguy. O acesso à justiça e as alterações trazidas pela Lei 13.467/17: a reforma trabalhista e os seus impactos no processo do trabalho. *Sul21*, [s. l.], 27 out. 2017. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/colunas/antonio-escosteguy-castro/2017/10/restricao-ao-acesso-justica-na-lei-13-46717>. Acesso em: 7 jun. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Direito e Ciências Afins, 4).

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194897>. Acesso em: 7 jun. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, [s. l.], v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>. Acesso em: 7 jun. 2021.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009.

Composição do Conselho de Administração de organizações sociais quanto aos membros natos representantes do Poder Público

ANDRÉ SADDY

Resumo: O presente artigo tem como objeto a análise da composição do Conselho de Administração por pessoas jurídicas de direito privado que ostentam a qualificação de organizações sociais quanto aos representantes das entidades e dos órgãos públicos. Para isso, focou-se inicialmente no conceito de organizações sociais para então entrar na questão da (in)constitucionalidade ou (i)legalidade do Conselho de Administração das organizações sociais conforme disciplinam os arts. 5º, III, e 15, § 2º, do Decreto nº 9.190/2017. Considerando esse diploma constitucional/legal, passou-se a identificar que os diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade são, na verdade, apenas o órgão supervisor e, se houver, o(s) intervencionista(s). No entanto, apesar de pouco factível e esdrúxula, não sendo ela a interpretação aqui defendida, poder-se-iam interpretar os enunciados no sentido disjuntivo e, por conseguinte, supervisor, financiador e controlador seriam órgãos distintos.

Palavras-chave: Terceiro setor. Organização social. Conselho de Administração. Gestão. Membros.

The composition of the Board of Administration of social organizations regarding the born members representing public authorities

Abstract: The purpose of this article is to analyze the composition of the Board of Directors by legal entities of private law that boast the qualification of social organizations with respect to representatives of entities and public bodies. To this end, it initially focused on the concept of social organizations and only then entered the question of (in)constitutionality or (i)legality of the Board of Directors of social organizations as provided for in arts. 5, III, and 15, § 2, of Decree n. 9.190/2017. After such an analysis, considered such a

Recebido em 23/11/20
Aprovado em 11/3/21

constitutional/legal diploma, it was identified that those directly responsible for the supervision, financing and control of the activity are, in fact, only the supervisory body and, if any, the interventionist(s). However, although not very feasible and weird, as it is not the interpretation advocated here, one could interpret the statements in a disjunctive sense and, therefore, supervisor, financier and controller would be different bodies.

Keywords: Third sector. Social organization. Administrative Council. Management. Members.

1 Introdução

A análise da composição do Conselho de Administração por pessoas jurídicas de direito privado qualificadas como organizações sociais quanto aos representantes das entidades e dos órgãos públicos é o objeto do presente artigo, e seu ponto fulcral é a participação do Poder Público nos Conselhos de Administração das organizações sociais, quando existe tal exigência.

Há questionamento relativo à possibilidade de participação de entidades ou órgãos públicos no Conselho de Administração das organizações sociais se aqueles forem financiadores de entidade privada, bem como se todo financiador público de organização social deve ter assento no Conselho. Na atualidade, há as duas situações: órgãos com assento no Conselho que não são financiadores da organização social e órgãos financiadores que não dispõem de interesse em ter assento no Conselho.

Todo debate gira em torno da interpretação conferida aos enunciados normativos que tratam do tema: o art. 3º, I, *a*, da Lei nº 9.637/1998 e os arts. 5º, II, e 15, § 2º, do Decreto nº 9.190/2017 (BRASIL, [2010], [2018]). Há interpretações como a que identifica que a pretensão do art. 5º, III, desse Decreto é estabelecer que apenas os financiadores podem ter participação no Conselho de Administração de organizações sociais, e aquela segundo a qual podem ser membros natos representantes do Poder Público pessoas de qualquer ente ou órgão da Administração direta ou indireta.

2 Cooperação sem fins lucrativos com a Administração Pública

Há muito se observa que fundações privadas ou associações civis têm assumido nos últimos anos atividades de assistência social, saúde, pes-

quisa, proteção ao meio ambiente, entre outras. Utiliza-se a expressão *terceiro setor*, do chamado *Estado gerencial brasileiro*, para a referência a essas entidades sem fins lucrativos – ou, em tese, economicamente desinteressadas – que desenvolvem atividades privadas de interesses públicos.

Segundo Santos (2001, p. 250-251), terceiro setor é o “conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas não visam fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”. Por sua vez, Paes (2000, p. 56) define o terceiro setor como o “conjunto de organismos, organizações e instituições dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando seu aperfeiçoamento”. Esses sujeitos cooperam com o Poder Público, pois não têm fins lucrativos para a execução, conjunta ou não, de atividades administrativas, as quais necessariamente devem gravitar em torno de empreendimentos sociais, e não econômicos.

Distintamente dos sujeitos por colaboração, que têm fins lucrativos e atuam primordialmente em atividades econômicas – constituintes do *segundo setor* do Estado gerencial brasileiro –, uma das peculiaridades do terceiro setor é a inexistência de uma vinculação legal típica, menos ainda de um título habilitante, como as concessões, permissões e autorizações de serviços públicos, mas suas ações são de alguma forma reconhecidas como tal pelo Estado.

Esses sujeitos têm em comum o fato de que nenhum deles – sejam eles sujeitos por cooperação ou por colaboração – faz parte da Administração Pública: realizam administração pública, mas não a integram e, por isso, incidem sobre eles alguns princípios e regras próprios do Direito Público. Essas entidades privadas sem fins lucrativos implementam atividades de interesse

público de modo que o Estado se isenta de montar determinadas estruturas: o Estado não procura um particular para exercer uma atividade social.

Assim, em princípio só serão considerados sujeitos por cooperação se o seu poder de controle estiver na titularidade de particulares. Como não existe um título habilitante para vincular o Poder Público a esses sujeitos, leis criaram instrumentos jurídicos específicos para que as fundações privadas ou associações civis fossem investidas de certas atribuições que pudessem configurá-las como integrantes desse segmento – nesse cenário, os sujeitos por cooperação. Foi o caso da Lei nº 9.637/1998, que consagrou a figura das organizações sociais.

3 Organizações sociais: conceito, constitucionalidade e modelos existentes

A qualificação *organizações sociais* foi criada pela Lei nº 9.637/1998¹ para atribuir a essas pessoas (fundação privada ou associação civil) a execução de atividades do Poder Público, fomentando a participação da sociedade na gestão dos interesses públicos. Trata-se, portanto, de uma qualificação jurídica conferida à pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos em virtude de preenchimento de requisitos legais (atuação discricionária), instituída para o desempenho

¹“Os requisitos fixados pela Lei Federal 9.637/1998 para fins de qualificação das organizações sociais e celebração, execução e fiscalização do contrato de gestão constituem um padrão mínimo de proteção do interesse público que deve estar assegurado em todo o território nacional na execução dos serviços transferidos a pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, constituindo, portanto, normas gerais a serem observadas pelo legislador no âmbito dos estados, do Distrito Federal e dos municípios” (BRASIL, 2015b). Significa dizer que essa lei não é nacional, aplicada a todos os entes federativos, mas apenas federal, aplicada à União. Assim, para que possam qualificar pessoas jurídicas como organizações sociais, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão criar suas próprias leis.

de serviços sociais não exclusivos do Estado, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão, e submetida a um regime jurídico especial.

Destaque-se que foram propostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) em face da Lei nº 9.637/1998: a ADI 1.923/DF, cujo relator foi o ministro Ayres Britto, e a ADI 1.943/DF, de relatoria do ministro Teori Zavascki. Esta segunda foi extinta sem resolução de mérito; sobrestada para aguardar o julgamento da primeira, ela perdeu seu objeto porque nesse julgamento exauriu-se a discussão sobre a matéria impugnada. O acórdão proferido na ADI 1.923/DF conferiu às Leis nºs 9.637/1998 e 8.666/1993 interpretação conforme a Constituição, definindo questões administrativas atinentes às relações entre as organizações sociais e o Estado e indicando que:

(i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37

da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas (BRASIL, 2015a, p. 7-8).

Segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), a Corte não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de determinado modelo preconcebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, de forma a moldar o perfil e o instrumental do Poder Público conforme a vontade coletiva. Deixa claro que o dever constitucional de promover os serviços públicos sociais, que correspondem às atividades de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência e tecnologia e meio ambiente, submete-se ao cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação e está invariavelmente atrelado à ideia de controle da Administração Pública sob a perspectiva do resultado (BRASIL, 2015a).

Conquanto existam diversos modelos de organizações sociais que variam entre os distintos entes federativos – visto que a Lei nº 9.637/1998 pertence à esfera federal, e não à nacional, e impõe a cada unidade federada a criação de sua própria lei –, pode-se inferir que duas são as principais fontes de inspiração para os demais entes federativos: o modelo federal e o modelo do estado de São Paulo.

Assim se podem diferenciar resumidamente esses dois modelos: (i) a *cogestão* ou *coparticipação*, mediante participação minoritária do Poder Público nas decisões estratégicas da organização social, com assentos no Conselho de Administração fixados em lei como requisito de qualificação, acarretando corresponsabilidade do Poder Público na gestão e nos resultados da organização social; e (ii) a *parceria*, sem par-

ticipação compulsória do Poder Público no Conselho de Administração, o que não gera uma corresponsabilidade.²

O modelo (i) é adotado pela União para as organizações sociais, em especial na área de ciência, tecnologia e educação e em alguns estados da Federação, como o Ceará. Por sua vez, o modelo (ii) é o adotado pelo estado de São Paulo e pela maioria dos entes federativos que o adotou como referência, principalmente na área de saúde.

Interessa no presente artigo apenas o modelo (i). Além disso, para compreender melhor o conceito de organização social, passa-se a analisar o elemento ou parte do seu conceito que interesse ao caso.

4 Qualificação jurídica conferida à pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos em virtude do preenchimento de requisitos legais (atuação discricionária)

Em princípio, a qualificação de organização social é conferida apenas às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos – assim considerada aquela que não distribui entre aqueles que compõem ou não sua estrutura (diretores, conselheiros, empregados, doadores etc.) eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos

² Para o Tribunal de Contas da União (TCU), especificamente no que diz respeito à transferência do gerenciamento de serviços de saúde para organizações sociais – mas que se poderia ampliar para quaisquer serviços sociais –, deve estar fundamentada em estudo detalhado que demonstre ser essa a “melhor opção”. Além disso, exige-se avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem como de planilha detalhada com a estimativa de custos da execução dos contratos de gestão, elementos que devem compor o respectivo processo administrativo (BRASIL, 2013).

ou não no exercício dos seus objetivos. Não se está diante de uma nova espécie de sujeito de direito. É uma qualificação dada às fundações privadas e às associações civis: não são novas categorias de pessoas jurídicas, mas apenas uma qualificação especial, um título jurídico concedido por lei a determinadas entidades que atendam às exigências naquela especificadas.³

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça alega que a qualificação de entidades como organizações sociais e a celebração de contratos de gestão tiveram origem na necessidade de desburocratizar e otimizar a prestação de serviços à coletividade, bem como viabilizar o fomento e a execução de atividades relativas às áreas especificadas na Lei nº 9.637/1998 (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde) (BRASIL, 2005).

Nesse contexto, cabe fazer referência ao Programa Nacional de Publicização (PNP), disciplinado no art. 20 da Lei nº 9.637/1998 e regulamentado pelo Decreto nº 9.190/2017 (BRASIL, [2010], [2018]). Apesar de críticas quanto ao uso da expressão *publicização*⁴, a ideia da publicização decorre do art. 3º, I, a, da Lei nº 9.637/1998, que prevê uma alteração no Conselho de Administração das pessoas

³ De acordo com o STF, “o procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de ‘organização social’, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI)” (BRASIL, 2015a, p. 5).

⁴ Carvalho Filho (2002, p. 279) afirma que o termo *publicização* atribuído ao programa é inadequado e infeliz. Primeiramente, porque parece antagonizar-se com o termo *privatização*, o que, como abordado, não é verdadeiro. Depois, porque de fato nenhuma atividade estará sendo “publicizada”, o que ocorreria somente se fosse ela deslocada da iniciativa privada para a área governamental. No caso, sucede o inverso: pessoas governamentais darão lugar a entidades de direito privado.

jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, quando de sua qualificação como organização social, passando a ter membros natos nomeados pelo Poder Público, o que gerou mudança numa composição até então totalmente particular.

No que diz respeito ao percentual de representantes do Poder Público no Conselho de Administração das organizações sociais, para o STF tal previsão não configura violação do art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2021a]), que prevê o direito fundamental da liberdade associativa, uma vez que, para concretizar-se, depende da adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do terceiro setor (BRASIL, 2015a).

Quanto ao preenchimento de requisitos legais para a obtenção dessa qualificação jurídica, deve-se esclarecer que o então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado era competente para supervisionar ou regular a área de atividade correspondente ao objeto social que confere a qualificação como organização social. Os requisitos para isso constam no art. 2º da Lei nº 9.637/1998.

O inc. I do art. 2º dessa Lei (BRASIL, [2010]) elenca uma série de exigências relativas à respectiva habilitação jurídica, como a comprovação do registro de seu ato constitutivo, a comprovação da finalidade não lucrativa de seus objetivos, a proibição de distribuição de bens ou parcelas do patrimônio líquido, a publicação anual de relatório financeiro no *Diário Oficial da União*, entre outros. Também deve ter Conselho de Administração em cuja composição haja membros natos representantes do Poder Público e de entidades da sociedade civil, bem como membros eleitos entre associados de entidade e outros eleitos que tenham notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, tudo em conformidade com os percentuais fixados na Lei.

Por sua vez, o inc. II do art. 2º da mesma Lei trata da discricionariedade do Poder Público para escolher a pessoa jurídica a ser qualificada. O TCU entende que a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais deve ocorrer mediante processo objetivo em que os critérios para a concessão do título sejam demonstrados nos autos do processo administrativo, em observância dos princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade (BRASIL, 2013). Assim, a discricionariedade mencionada é limitada pela realização desse processo seletivo e pela observância de tais princípios.

Ressalte-se que o STF também entende que a previsão de competência discricionária no mesmo dispositivo tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CRFB (BRASIL, [2021a])).

É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo (BRASIL, 2015a, p. 5).

5 (In)constitucionalidade ou (i)legalidade do Conselho de Administração das organizações sociais

O Conselho de Administração das organizações sociais funciona como órgão colegiado de deliberação superior para dar o direcionamento estratégico, zelar pelo cumprimento das finalidades estatutárias e primar pela

sustentabilidade e longevidade da associação, sem assumir funções executivas. A existência de um Conselho de Administração nas organizações sociais é obrigação legal, além de recomendável como boa prática de governança (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2016, p. 33).

O art. 3º da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, [2010]) dispõe sobre a composição do Conselho de Administração. Vislumbra-se aqui o esforço do legislador em submeter a organização social a um controle do Poder Público e da sociedade civil. Membros natos representantes do Poder Público, bem como membros natos representantes de entidades da sociedade civil, podem representar entre 40% e 70% da composição do Conselho, sendo o restante das vagas preenchido por membros eleitos.

Por sua vez, o art. 4º da Lei determina exemplificativamente suas atribuições privativas: a fixação do âmbito de atuação da entidade para a consecução do seu objeto; a aprovação da proposta de contrato de gestão da entidade; a aprovação da proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos; a designação e dispensa dos membros da diretoria; a fixação da remuneração dos membros da diretoria; a aprovação e disposição sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria mínima de dois terços de seus membros; a aprovação do regimento interno da entidade, que no mínimo deve dispor sobre estrutura, forma de gerenciamento, cargos e respectivas competências; a aprovação, por maioria mínima de dois terços de seus membros, do regulamento próprio contendo os procedimentos que devem ser adotados para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade; a aprovação e o encaminhamento, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, dos relatórios gerenciais e de ativi-

dades da entidade elaborados pela diretoria; e a fiscalização do cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovação dos demonstrativos financeiros e contábeis e das contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa (BRASIL, [2010]).

Ainda no que diz respeito ao Conselho de Administração, o art. 19 do Decreto nº 9.190/2017, em conformidade com determinações do TCU (Acórdão nº 8.683/2015, itens 9.2 e 9.3) (BRASIL, 2015c), estabelece que

incumbe ao Conselho de Administração da organização social exercer as atribuições previstas na Lei nº 9.637, de 1998, além de zelar pelo cumprimento dos resultados pactuados, pela aplicação regular dos recursos públicos, pela adequação dos gastos e pela sua aderência ao objeto do contrato de gestão (BRASIL, [2018]).

Em vista dessas atribuições, pode-se inferir que o Conselho de Administração é o principal elemento do sistema de governança, na medida em que deve funcionar como um forte elo entre a missão e a gestão, a orientar e supervisionar a relação desta com as demais partes interessadas. Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (2016, p. 35, grifo nosso),

[d]ada a sua natureza e características intrínsecas, as atribuições do CA devem estar relacionadas ao “governar”, e não ao “administrar”, na medida em que este órgão deve ter uma visão de todo o contexto da associação, assegurando e proporcionando decisões estratégicas que impulsionem a sua atuação. Em termos práticos, isso significa dizer que o CA deve deliberar sobre as estratégias, mantendo-se atento às linhas gerais, longe dos detalhes operacionais e dos pequenos tópicos de decisão.

Os Conselhos de Administração nas organizações sociais têm como objetivo, portan-

to, incorporar a missão da entidade, buscando alcançá-la. A gestão é realizada de forma a proteger os interesses públicos e, por isso, é vista como o principal canal de ingerência do Poder Público nas organizações sociais. Antes de o STF decidir a ADI 1.923/DF, discutia-se se a previsão de um Conselho de Administração e de sua composição era constitucional.

O debate jurídico relativo à previsão de um Conselho de Administração ocorre porque o Código Civil (CC) (Lei nº 10.406/2002) (BRASIL, [2021c]), nos arts. 53 a 61, que regem a criação e o funcionamento das fundações privadas e das associações civis, não obriga à criação de tal Conselho. Já era assim no Código Civil editado em 1916 (arts. 16 a 23). E, segundo o CC, sob pena de nulidade, os estatutos de tais entidades deverão conter uma série de requisitos entre os quais não se encontra a figura do Conselho de Administração. O art. 54, V, do CC exige que se identifique o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos. Não se impõe expressa ou tacitamente quais sejam esses órgãos, muito menos a sua composição. Não se exige que a associação tenha no seu estatuto a previsão da existência do Conselho de Administração, sua composição e que parte dos seus componentes seja representante do Poder Público ou de entidades da sociedade civil (TEIXEIRA, 2012, p. 133).

Além disso, a Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973) contém previsões parecidas e que também são de cumprimento obrigatório, igualmente não se verificando a obrigatoriedade de criação de Conselhos de Administração (art. 120) (BRASIL, [2021b]). Deduz-se que, para existirem e funcionarem, essas entidades prescindem da existência de quaisquer tipos de Conselhos (administrativo, deliberativo, consultivo, fiscal, entre outros), simplesmente porque as leis de regência não impõem que no estatuto haja especificação acerca de sua criação, sua composição e seu funcionamento.

Com o advento da Lei nº 9.637/1998, além de se tornar obrigatória a criação dos Conselhos de Administração, passou-se a exigir a representação do Poder Público em sua composição para que as fundações e associações fossem qualificadas como organizações sociais. Essa obrigação fez surgirem vozes contrárias à sua constitucionalidade⁵ e legalidade. Para quem assim entende, tais previsões violam o art. 120 da Lei dos Registros Públicos, bem como os arts. 54, V, e 59, I e II, do CC, que determinam a competência privativa da Assembleia Geral para eleger e destituir administradores e alterar o estatuto (BRASIL, [2021c]).

De acordo com Teixeira (2012, p. 135, grifos nossos),

[a] *Lei n. 9.637/98* e outras estaduais e municipais que são reproduções dela *retiram da competência da assembleia geral, que é exclusiva (ou privativa), tais atribuições e as transfere para o Conselho de Administração, desprezando o comando do Código Civil, sem revogá-lo expressamente. E nem poderia, haja vista que aquela lei cuida de qualificação, ou seja, concessão de um título e não de regras para criação de pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, que é o que preveem os dispositivos civilistas.*

Também surgiram críticas à composição do Conselho de Administração em razão de sua difícil operacionalização e de sua questionável eficácia. Modesto (1998, p. 82), por exemplo, identifica, na exigência de obrigatória previsão estatutária da participação de representantes do Poder Público no Conselho de Administração, uma onerosidade injustificada para a Administração,

⁵ Segundo Teixeira (2012, p. 135): “A leitura da Lei nº 9.637/98 nos permite concluir que o Poder Público, representado por seus membros, imiscuirá na administração da entidade de direito privado surgida da extinção de órgãos públicos, em afronta à proibição constitucional de interferência estatal no funcionamento da associação, o que também colide com ditames previstos no Código Civil”.

dado que se lhe impõe a cessão de pessoal qualificado para compor o Conselho de todas as organizações sociais qualificadas pelo Poder Executivo federal. Opina o autor que essa exigência poderia ser aplicável apenas a entidades de grandes dimensões, o que garantiria um acompanhamento efetivo de organizações sociais que movimentam recursos expressivos. Patrone Regules (2006, p. 100) entende que a estrutura do Conselho de Administração, como prevista na Lei nº 9.637/1998, enfraquece o exercício da liberdade de associação prevista no art. 5º, XVII e XVIII, da CRFB. Segundo ele, causa estranheza imaginar que, após os esforços dos particulares em formar e consolidar a entidade, realizem estes a “entrega” da sua direção ao Poder Público. Por fim, para Freitas (1999, p. 187), as exigências relativas ao Conselho de Administração das organizações sociais são generalistas e podem inviabilizar operacionalmente a qualificação da entidade. Trata também de uma possível incredibilidade de um Conselho de Administração que, composto por representantes do Poder Público, tem por atribuição a aprovação da proposta do contrato de gestão da entidade.

Apesar dessas críticas, na ADI 1.923/DF o STF declarou constitucionais tais previsões e estabeleceu que:

19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor (BRASIL, 2015a, p. 7, grifos nossos).

Entendeu o STF que não existe interferência indevida do Estado em tal enunciado normativo: a interferência na atuação das fundações e associações, inclusive com o percentual de representantes do Poder Público no Conselho de

Administração, é apenas um requisito para um benefício a ser obtido voluntariamente mediante a parceria entre o setor público e a organização social, sem que ocorra ofensa ao art. 5º, XVII e XVIII, da CRFB.⁶

A retirada de atribuições privativas da Assembleia Geral e sua transferência ao Conselho de Administração não foram objetos das ADIs 1.923/DF e 1.943/DF. Por isso, inclusive, a Suprema Corte não se debruçou sobre o tema, o que leva a duas conclusões diferentes: pode-se entender, por um lado, que implicitamente o STF julgou constitucional toda a lógica relativa ao Conselho de Administração; por outro, que tal tema ainda pode ser levado à apreciação do Judiciário, seja em sede de controle difuso/concreto ou concentrado/abstrato.

Não é de hoje que a doutrina admite as limitações e restrições a direitos fundamentais: trata-se da teoria dos limites dos limites (MENDES; BRANCO, 2018). Essa teoria respalda as limitações/restrições com base na diferenciação entre aspectos formais e materiais.

Formalmente, a limitação/restrição deve ser estabelecida de acordo com autoridade competente, consoante os processos e as formas previstas para sua realização. Deve-se respeito ao princípio da reserva legal, uma vez que matérias relacionadas a direitos fundamentais devem ser aprovadas pelo Parlamento. Trata-se de uma garantia da instituição parlamentar frente ao poder regulamentar. Além desse princípio, deve-se respeito ao princípio da não retroatividade, pois qualquer limitação/restrição a um direito

⁶Moreira Neto (2007, p. 246) comenta a Medida Provisória (MP) nº 1.501/1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.637/1998: “Como a livre associação está garantida na Constituição (art. 5º, XVII), as entidades vocacionadas ao interesse público poderiam ser constituídas sem mais formalidades que as exigidas para quaisquer outras; a diferença, porém, oferecida pela Medida Provisória, está na possibilidade de poderem as entidades criadas com atendimentos aos requisitos nela previstos, se habilitarem à qualificação como organização social (art. 2º da MP)”.

fundamental só pode ser estabelecida daquele momento em diante, sem gerar efeitos retroativos.

Quanto ao aspecto material, essa teoria refere-se à proteção do núcleo essencial, visto que nenhuma limitação/restricção a um direito fundamental pode inviabilizar o exercício daquele direito porque, do contrário, não será uma restrição adequada – motivo por que essas limitações/restrições podem ser estabelecidas desde que baseadas no princípio da proporcionalidade/razoabilidade. Ou seja, a limitação/restricção só será considerada legítima se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Entende-se que a Lei nº 9.637/1998, ao obrigar a criação dos Conselhos de Administração da forma indicada, limitou/restringiu direitos fundamentais consagrados no art. 5º, XVII e XVIII, da CRFB, respeitando os aspectos formais e materiais supracitados; por isso, foram declarados constitucionais pelo STF.⁷

Interessa, aqui, centrar os esforços no que diz respeito à composição do Conselho de Administração a fim de desenvolver o objeto do presente artigo.

6 Membros natos representantes do Poder Público no Conselho de Administração das organizações sociais

6.1 Análise do momento histórico (*occasio legis*), da vontade dos idealizadores, do legislador, bem como da vontade objetiva e autônoma da Lei nº 9.637/1998 e do Decreto nº 9.190/2017

Como se observou, o modelo federal das organizações sociais, quando foi pensado, visou estabelecer o centro de poder no Conselho de Administração.

Com a análise dos documentos que precederam a edição da MP nº 1.591/1997 – como o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em 21/9/1995), o caderno *Organizações sociais* (Cadernos MARE da Reforma do Estado), a Exposição de Motivos da referida MP –, pode-se compreender a vontade dos idealizadores, do legislador, bem como a vontade objetiva e autônoma da lei, revelando-se sua finalidade. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado estabelece que as organizações sociais terão Conselhos de Administração, prevenindo-se, desse modo, a privatização ou a “feudaliza-

⁷ Não se vê aqui necessidade de um aprofundamento na demonstração da constitucionalidade da Lei nº 9.637/1998 por já ter sido ela declarada constitucional pelo STF, mas, como se demonstrou, o fundamento último dessa declaração é a teoria dos limites dos limites.

ção” dessas entidades. Esse documento (BRASIL, 1995, p. 74, grifos nossos) determina que

[a]s entidades que obtenham a qualidade de organizações sociais gozarão de maior autonomia administrativa, e, em compensação, seus dirigentes terão maior responsabilidade pelo seu destino. Por outro lado, busca-se através das organizações sociais uma *maior participação social*, na medida em que elas são objeto de um controle [direto] da sociedade através de seus *conselhos de administração* recrutado no nível da comunidade à qual a organização serve. Adicionalmente se busca uma maior parceria com a sociedade, que deverá financiar uma parte menor mas significativa dos custos dos serviços prestados.

Aquele mesmo caderno (BRASIL, 1998, p. 11, grifos nossos) também revela que

[a] estratégia da reforma do Estado se [apoi]a na “publicização” dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, na sua absorção por um setor público não-estatal, onde, uma vez fomentados pelo Estado, *assumirão a forma de organizações sociais*. Essa forma de parceria entre sociedade e Estado, além de viabilizar a ação pública com mais agilidade e maior alcance, torna mais fácil e direto o controle social, *mediante a participação, nos conselhos de administração, dos diversos segmentos beneficiários envolvidos*.

No mais, estabelece que um dos objetivos relacionados a esses serviços não exclusivos é “lograr um maior foco no cidadão-usuário e um maior controle social direto desses serviços por parte da sociedade, *por meio dos seus conselhos de administração*” (BRASIL, 1998, p. 11, grifo nosso).

Ambas as citações também são encontradas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995, p. 43-47). Segundo esse documento, as organizações sociais tornam mais fácil e direto o controle social por meio da par-

ticipação nos Conselhos de Administração dos diversos segmentos representativos da sociedade civil. Agora, não é apenas a questão do controle que é ponto de convergência desse documento: também é a questão da direção superior de tais instituições. O documento (BRASIL, 1995, p. 15) revela a preocupação de “evitar a oligarquização do controle sobre essas entidades”, assim “os mandatos dos representantes da sociedade estarão submetidos a regras que limitam a recondução e obrigam à renovação periódica dos conselhos”. Além desse documento, é importante analisar a Exposição de Motivos da MP nº 1.591, de 9/10/1997, que mostra a preocupação de esclarecer apenas aspectos do que seria o Conselho de Administração das organizações sociais:

8. *A composição do Conselho de Administração das Organizações Sociais contemplará a participação de representantes de entidades da sociedade civil, bem como de pessoas de notória capacidade e reputação. Além disso, em se tratando de atividades fomentadas pelo Estado, o Poder Público também estará presente, de forma minoritária.* Especial cuidado mereceu a previsão de regras inibidoras da oligarquização do controle deste Conselho, com a obrigatoriedade de renovação de seus integrantes e a observância de cuidadosa pluralidade na sua composição (BRASIL, 1997, grifos nossos).

Ao analisar a Lei nº 9.637/1998, percebe-se que à época órgãos públicos foram extintos e houve a transferência de atividade para entidades privadas preexistentes. O Anexo I da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, [2010]) elenca os órgãos públicos que foram extintos e que dariam lugar a entidades de direito privado também nele mencionadas. A partir da criação dessas entidades privadas, a União firmou parcerias com elas por meio de contratos de gestão, visando ao desenvolvimento de atividades com menos engessamento burocrático, com direcionamen-

to do foco no resultado, entre outras vantagens em comparação com o regime jurídico-administrativo aplicado à Administração Pública direta. Segundo Teixeira (2012, p. 126, grifos nossos),

[a]o extinguir órgãos públicos e transformá-los em pessoas jurídicas de direito privado, o legislador federal pretendeu continuar a participar e, de certa maneira, manter o controle da nova entidade privada surgida, o que é compreensível, já que ela nasceu justamente de dentro da Administração Pública federal para fora. Para que fosse possível exercer este comando ou essa participação, a Lei federal n. 9.637/98 previu a criação de um Conselho de Administração, pela nova pessoa jurídica, cuja composição exige a presença de determinado percentual (20 a 40%) de membros natos do Poder Público que deu origem à nova pessoa jurídica.

Fica evidente que o raciocínio para a criação e composição do Conselho de Administração foi desenvolvido com base no que a Lei nº 9.637/1998 denominou *publicização* – ou seja, na extinção de órgãos públicos e na criação de entidades privadas sem fins lucrativos que absorveriam as suas atividades. Ao referir-se ao PNP, Pereira (1998, p. 246-249) afirma que ele “constitui uma alternativa ao estatismo, que pretende tudo realizar diretamente pelo Estado, e à privatização, pela qual se pretende tudo reduzir à lógica do mercado e do lucro privado”. E aduz:

O processo de publicização começa com a decisão da entidade e do ministro supervisor de caminhar nessa direção. Tomada de decisão, é necessário para extinguir a entidade estatal que realiza as atividades a serem publicizadas para que estas possam ser absorvidas por uma associação ou fundação de direito privado, criada por pessoas físicas.

Fernandes (2009, p. 347), ao estudar as organizações sociais advindas da publicização, assevera que são

designativos de pessoas jurídicas de direito privado, instituídas com feição nitidamente substitutiva de órgãos ou entidades de direito público, cujas atribuições devem ser incorporadas pelos novos agentes privados, através da celebração de contratos de gestão. Negou-se, por assim dizer, às organizações sociais a espontaneidade de atuação da sociedade civil, elemento que está na base teórica das noções de parceria entre o público e privado e de Estado subsidiário.

Deduz-se que o objetivo inicial da criação dos Conselhos de Administração das organizações sociais era manter o controle das pessoas jurídicas de direito privado criadas em decorrência da extinção dos órgãos públicos existentes. Foi uma fórmula elaborada para que a Administração Pública mantivesse o controle quanto ao destino dos extintos órgãos

públicos. A razão histórica, o pensamento do legislador à época da edição da Lei, era o controle parcial de extintos órgãos públicos, mesmo sabendo que outras entidades sem fins lucrativos, já existentes ou ainda por existir, desejariam obter a qualificação de organização social, ainda que sua autonomia associativa fosse limitada por estar obrigada a dar assento no Conselho de Administração ao Poder Público.

Como se pode perceber, a composição do Conselho de Administração prevista na Lei nº 9.637/1998 implica uma ingerência externa ao impor uma limitação/restricção a um direito fundamental (art. 5º, XVII e XVIII, da CRFB), visto que a entidade sem fins lucrativos terá de respeitar eventual decisão proferida por um Conselho constituído, em sua maioria, por membros estranhos à entidade (RODRIGUES, 2012, p. 151). Sobre a temática, Patrone Regules (2006, p. 99) afirma que

[a] ingerência do Poder Público nas Organizações Sociais alcança um nível jamais visto no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente se considerada a natureza jurídica das pessoas jurídicas assim qualificadas, dotadas de autonomia própria das organizações privadas, assim como instituídas e geridas sob o influxo do direito constitucional à liberdade de associação.

Quanto ao Decreto nº 9.190/2017, sua Exposição de Motivos assim dispõe sobre o Conselho de Administração:

De modo a fomentar um modelo mais efetivo e sustentável de parceria, no caso de atividades intersetoriais, será admitido o financiamento compartilhado das respectivas atividades pelas entidades ou órgãos envolvidos, no montante assumido por cada órgão ou entidade. Para tanto, tais órgãos ou entidades deverão estar representados como membros natos no respectivo Conselho de Administração, figurando, nesta hipótese, como intervenientes no contrato de gestão, mantida a responsabilidade do órgão supervisor na avaliação da execução do contrato (BRASIL, 2016, p. 4, grifos nossos).

Como se percebe, ao estabelecer a obrigatoriedade de um Conselho de Administração com representantes do Poder Público e da sociedade civil, o legislador intentava vincular essas entidades a uma função pública, mesmo não sendo elas integradas à Administração Pública. Isto é, as fundações privadas e associações civis que desejassem manter sua identidade não seriam bem-vindas ao terceiro setor do Estado gerencial brasileiro, mas só poderiam fazer parte dele as que estivessem dispostas a perder parte de sua identidade, admitindo pessoas estranhas à sua realidade, ao seu cotidiano, que não necessariamente estivessem em sintonia com suas missões e que poderiam, visando aos interesses públicos – fim maior da Administração Pública –, tomar decisões atinentes a atribuições

privativas do Conselho de Administração conforme estabelece o art. 4º da Lei nº 9.637/1998. Essa interpretação fica evidente na defesa de Pereira (1998, p. 249, grifo nosso):

no estatuto legal das organizações sociais, há toda uma série de exigências para garantir seu caráter público e para evitar que a mesma seja feudalizada. O requisito principal é o de que, no estatuto da entidade, o poder não esteja concentrado nos sócios (se se tratar de associação), mas no Conselho de Administração.

Apesar de vozes na doutrina entenderem que, com a composição prevista pela Lei nº 9.637/1998, o Conselho de Administração retira ilegalmente a autonomia associativa da entidade de direito privado já existente ou a existir, que não decorreu da extinção do órgão público (TEIXEIRA, 2012, p. 140), entende-se (como o STF) que não há ofensa ao art. 5º, XVII e XVIII, da CRFB.

6.2 Análise da juridicidade do Decreto nº 9.190/2017

Os decretos são atos administrativos editados privativamente pelo chefe do Executivo, na forma do art. 84, IV, da CRFB (BRASIL, [2021a]), com o objetivo de reger relações gerais ou individuais. Quanto ao conteúdo, eles podem ser divididos em duas categorias: regulamentares (ou normativos) e individuais (ou concretos).

Os decretos regulamentares ou normativos fixam normas abstratas, com fundamento na lei, explicando-as e dando-lhes exequibilidade – ou, de outro modo, dando curso à fiel execução das leis. O Decreto nº 9.190/2017, que regulamenta o disposto no art. 20 da Lei nº 9.637/1998, pertence a essa categoria: é um instrumento do chefe do Executivo para regulamentar um dos enunciados da Lei nº 9.637/1998 como um complemento necessário para que ela possa ser executada em sua plenitude.⁸

Em razão de serem regulamentos, caracterizam-se como atos emanados pelo poder regulamentar da Administração Pública. Têm caráter secundário, subalterno, subordinado, inferior e complementar à lei. Sua submissão à lei é, em princípio, absoluta: não cria direitos e obrigações, produz-se no âmbito e nos limites da lei que visa regulamentar e não pode contradizer nem tentar deixar sem efeitos os preceitos legais, não podendo suprir ou regular, no lugar da lei, onde ela foi omissa ou lacunosa. Seu campo de atuação, portanto, é residual e limitado. Por esse motivo, costuma-se dizer

⁸ Esses tipos de decretos são conhecidos como regulamentos, mas as expressões *decreto* e *regulamento* não se confundem: o regulamento refere-se ao conteúdo do ato, ao passo que o decreto é a forma, o instrumento.

que o regulamento densifica e pormenoriza as normas da lei para a sua posterior aplicação concreta pela Administração Pública.

A lei ostenta, pois, uma situação de primazia: (i) formal, porque disciplina matérias essenciais; (ii) material, já que os regulamentos não podem ter conteúdo contrários a ela; (iii) objetiva, uma vez que existe uma série de matérias reservadas à lei, não havendo nenhum âmbito reservado ao regulamento; e (iv) diretiva, dado que a lei ostenta pleno poder de disposição ou determinação vinculante quanto ao conteúdo do regulamento.

Três princípios presidem essa relação entre lei e regulamento: (i) o princípio da supremacia da lei, que supõe a absoluta subordinação do regulamento à lei, e do qual se deduz que o regulamento completa a lei; (ii) o princípio das matérias reservadas à lei, o qual estabelece que só por lei se podem adotar determinados temas; e (iii) o princípio formal do congelamento da classificação, em virtude do *contrarius actus* necessário para inovar um tema existente – para estabelecer uma norma nova, a classificação da que substituirá tem de ser igual ou superior à da substituída ou inovada. Essas relações são imprescindíveis para analisar a juridicidade do Decreto nº 9.190/2017, principalmente no que diz respeito ao objeto dessa opinião – ou seja, se os arts. 5º, III, e 15, § 2º, desse Decreto (BRASIL, [2018]) minuciam ou não o art. 3º, I, *a*, da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, [2010]).

Desse modo, ao criar a obrigação de um Conselho de Administração nas organizações sociais, bem como ao estabelecer a presença de membros natos representantes do Poder Público em tal Conselho, a Lei nº 9.637/1998 inovou e, como já mencionado, o STF declarou-o constitucional (ADI 1.923/DF). Agora cabe analisar se são juridicamente possíveis a explicação, a exequibilidade, a densificação e o detalhamento propostos pelo Decreto ao estabelecer que esses representantes serão “aqueles diretamente res-

ponsáveis pela supervisão, pelo financiamento e pelo controle da atividade” (BRASIL, [2018]).

A Lei inovou o Direito, isto é, criou uma obrigação; contudo, o Decreto não pode inovar o Direito: teoricamente seu conteúdo deve estar limitado ao conteúdo da Lei, dando-lhe fiel execução. Há os que interpretam dessa forma, sem vislumbrar vício de inconstitucionalidade e ilegalidade do Decreto nº 9.190/2017. No entanto, pode-se discordar desse entendimento. Ao estabelecer que o Conselho de Administração deve possuir de 20% a 40% de membros natos representantes do Poder Público, a Lei nº 9.637/1998 conferiu liberdade para que as entidades privadas estabelecessem, nesse percentual, membros de qualquer ente ou órgão da Administração direta ou indireta. Ao regulamentar essa Lei, o chefe do Executivo decidiu limitar/restringir ainda mais tal possibilidade, definindo que apenas os diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade poderiam fazer parte do Conselho.

Nesse aspecto, poderia existir uma interpretação (com a qual se concorda) de que o Decreto não poderia limitar/restringir ainda mais um direito fundamental que já fora limitado/restringido por lei. Essa manobra seria violadora da teoria dos limites dos limites, que estabelece, em seu aspecto formal, a necessidade de reserva de lei – e, se a Lei não decidiu restringir a tal ponto, não o poderia fazer o Decreto.

Ora, se o legislador estabeleceu a obrigatoriedade de membros natos representantes do Poder Público, questiona-se se é legalmente admissível que o chefe do Executivo limite esse poder, fixando para o futuro os termos em que se realizará. Segundo Ayala (1995, p. 173), não é pacífica a ideia de autovinculação, mas o autor questiona se – e em que casos – é possível desvirtuar a vontade legislativa de atribuir uma margem de liberdade, pois esta pode configurar uma fuga à margem conferida pela norma.

No caso em questão, para quem assim o interpreta, o que se tem é a modificação de uma lei por uma fonte de valor inferior, isto é, por um decreto. É como se ocorresse um esvaziamento da liberdade associativa maior do que aquele que a lei estabelece e, por esse motivo, tal decreto pode ser questionado em sua juridicidade. Assim se pode interpretar, pois a Lei nº 9.637/1998, ao estabelecer o percentual mencionado, permitiu que essa composição, reservada a representantes do Poder Público, fosse definida em ambiente privado, nos termos do estatuto social registrado.

Além desse argumento, pode-se apresentar o de que o Decreto nº 9.190/2017 inova quanto às exigências sobre a entidade privada. Pode-se dizer que ele estabelece nova exigência, mais de 20 anos após a edição da norma pelo Poder Legislativo. Dessa maneira, exigir nova configuração do Conselho de Administração implica alterar a configuração do principal órgão deliberativo da entidade, de modo a modificar a composição que já se fez experiente no desempenho da atividade e, por conseguinte, atentatória à liberdade dos particulares exercida quando da edição de seu estatuto. Em outras palavras, definir de tal maneira a composição do Conselho de Administração é permitir que a Administração Pública, por meio de decreto, restrinja/limite direito fundamental.

Atrelados a esses argumentos, outros podem ser apontados. É possível destacar que os diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade respondem pelo contrato de gestão, e não pela entidade. Assim o é porque outros contratos que a entidade realiza não são diretamente supervisionados, financiados e controlados pelos entes ou órgãos públicos: não se podem confundir tais receitas com as decorrentes de contratos administrativos, por exemplo.

Não há impedimento também quanto a determinada organização social ter dois ou mais

contratos de gestão em andamento. Apesar de o art. 29 do Decreto nº 9.190/2017 (BRASIL, [2018]) estabelecer que “a entidade privada qualificada como organização social somente poderá celebrar um contrato de gestão com a Administração Pública federal”, nada impede que ela tenha contratos de gestão com outros entes federativos distintos – chamados *interfederativos* –, desde que seu estatuto seja compatível com a legislação do ente federativo e que tenha sido qualificada em todas as localidades. Para isso, seu Conselho de Administração deve ser único, pois diz respeito à entidade, e não ao contrato de gestão ou a cada qualificação, mesmo que se exija a constituição de filial, sucursal ou subsidiária na localidade, com conta bancária específica, bem como manutenção de registro, documentações e contabilidade na localidade.

A previsão de participação de representante do Poder Público no Conselho de Administração da organização social restringe/limita a atração de organizações sociais interfederativas, pois na prática ter-se-iam de incluir todos os supervisores/intervencionistas em tal Conselho, o que poderia gerar um inchaço na gestão da organização. Ressalte-se que é apenas federal a exigência de que os representantes do Poder Público sejam os diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade, mas poderia ser replicada em legislação – ou até mesmo em decretos – em outras unidades federativas. Apesar de possível essa interpretação, com os argumentos apresentados entende-se que outra interpretação pode existir: a de que o Decreto nº 9.190/2017 não é uma inovação destituída de qualquer base legal no ordenamento jurídico. O Decreto não exorbitou o âmbito da “fiel execução” da Lei.

Nesse sentido, o Decreto regulamenta o dispositivo legal e não é inconstitucional ou ilegal, porquanto se relaciona diretamente com o poder-dever da Administração de rever seus atos

e visa dar fiel execução ao disposto no diploma legal em referência, segundo o art. 84, IV, da CRFB – afinal, nada mais sensato do que quem será representado dizer quem serão seus representantes. Para quem assim entende, não cabe afirmar que o Decreto limita/restringe aquilo que a Lei prevê. Dentro de sua competência, o chefe do Executivo tão somente regulamentou sua execução. É seu dever esclarecer quais serão os representantes do Poder Público, minuciando o texto legal nesse sentido.

Como a CRFB impõe e seu nome revela, a função do decreto regulamentar não vai além de regulamentar a lei, não podendo restringir o que ela não restringe. Segundo essa possível interpretação, foi a Lei nº 9.637/1998 que limitou/restringiu a liberdade associativa, e não o Decreto; este apenas densificou e detalhou quem serão os membros natos representantes do Poder Público. Por essa outra interpretação, conclui-se que, ao expedir o Decreto, o presidente da República não extrapolou a determinação da Lei: apenas lhe conferiu fiel execução, explicando-a, facilitando sua execução, aclarando seu mandamento e orientando sua aplicação em consonância com o art. 84, IV, da CRFB.

Essa interpretação apresenta como principal argumento o fato de o modelo federal de organização social ser de cogestão/coparticipação e, por conseguinte, de corresponsabilização. Tal modelo é evidenciado não apenas porque os membros natos no Conselho de Administração são, em parte, representantes do Poder Público, mas também pelo fato de (i) ser o ente ou o órgão público aquele que provê de meios a organização social mediante fomento (transferência de recursos orçamentários e financeiros; cessão especial de servidores; e utilização e administração de patrimônio, bens móveis e imóveis); (ii) ter ele negociado o contrato de gestão; (iii) haver a possibilidade de o Poder Público indicar membros com notória capacidade e adequada qualificação

para compor a Comissão de Acompanhamento e Avaliação; (iv) os recursos públicos transferidos às organizações sociais serem mantidos como públicos (até para fins de impenhorabilidade, por exemplo), entre outras características.⁹

Essas peculiaridades levam à interpretação de que nada mais razoável e proporcional do que aquele que responde pela execução do contrato de gestão indicar quem são os membros do Conselho de Administração e, por isso, a preten-

⁹Para Marques Neto (2009, p. 194), bens públicos repassados às organizações sociais, por meio da celebração de contratos de gestão, têm natureza pública. Segundo o autor, esses bens não integram o patrimônio da entidade, que detém apenas seu direito a uso: “A Lei 9.637/98 prevê a possibilidade de serem transferidos às OSs bens públicos, de modo a permitir que a entidade desempenhe as atividades que lhe foram atribuídas por meio do Contrato de Gestão. Nestes casos, ainda que a posse e a gestão destes bens passem para a OS, eles não perdem a característica de bens públicos”. O mesmo raciocínio é aplicado aos recursos orçamentários e financeiros transferidos. De acordo com Mânica (2018), as organizações sociais são meras gestoras de recursos repassados pelo Poder Público. Essa interpretação é reforçada pela previsão constitucional (art. 70), que exige a prestação de contas por toda entidade do terceiro setor que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens ou valores públicos. Ressalta-se que esse entendimento foi implicitamente acolhido na ADI 1.923/DF, pois o voto vencedor do ministro Luiz Fux tem passagens reconhecendo a natureza pública: “Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. [...] Além disso, as Organizações Sociais estão inequivocamente submetidas ao sancionamento por improbidade administrativa, caso façam mau uso dos recursos públicos. [...] (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF” (BRASIL, 2015a, p. 6-83). Saliente-se, no entanto, que o entendimento de que são bens públicos os pertencentes às pessoas de direito público ou de direito privado, integrantes ou não da Administração Pública, desde que os bens estejam afetados à prestação de um serviço público ou a outra finalidade pública, não é o único existente. Há quem defenda, por exemplo, que são bens públicos os bens pertencentes apenas às pessoas jurídicas de direito público, conforme definição do art. 98 do CC; ao passo que para outros são bens públicos os pertencentes à Administração Pública como um todo – logo, todas as pessoas jurídicas de direito público e privado, desde que integrantes da Administração Pública. Ver Bacellar Filho (2007, p. 141).

são do art. 5º, III, do Decreto é estabelecer que apenas os financiadores (órgão superveniente e órgão interveniente) podem ter participação no Conselho de Administração das organizações sociais. No conceito de cogestão/coparticipação, não faz sentido a organização social escolher quem vai promover a cogestão com ela: a escolha deve ser feita pelo próprio Poder Público. Afinal, representante é aquele que age em nome de alguém.

Nesse sentido, confunde-se a entidade com o contrato de gestão que ela detém, e como já se evidenciou, a entidade pode: (i) ser maior que o contrato de gestão firmado; (ii) ter dois ou mais contratos; e (iii) realizar outros tipos de pactos, convênios, acordos, contratos etc. Não se deve confundir, portanto, a entidade com seu contrato de gestão, nem mesmo a supervisão/financiamento/controle da entidade com a supervisão/financiamento/controle do contrato de gestão. Além disso, quem representa não necessariamente representa alguém; pode também representar algo, agindo em nome dessa pessoa ou coisa.

6.3 Princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos

Pelo princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, os atos administrativos unilaterais abstratos são dotados de superioridade frente aos atos administrativos unilaterais concretos (atos administrativos propriamente ditos), de tal forma que a observância daqueles é condição de validade destes, assim como a força obrigatória do regulamento atua com inteira independência da posição hierárquica dos órgãos que emanam o ato administrativo em si e o regulamento.

Com efeito, esse princípio obriga a Administração a aplicar *in concreto* o regulamento vigente, mesmo que ele seja inválido por afrontar uma fonte normativa superior – seja ela a Constituição, a lei ou outro regulamento. Uma autoridade deve cumprir um regulamento independentemente de quem o ditou, seja este hierarquicamente inferior ou não. As exceções a tal princípio são raras, relacionando-se apenas com o cometimento de crimes, a salvaguarda de direitos fundamentais, a inexistência jurídica do regulamento aplicado ou, quando muito, a circunstância do regulamento enfermar de uma nulidade assaz agravada.

Além disso, por esse princípio, a autoridade que dita o regulamento – e que, portanto, poderia igualmente derogá-lo – não pode, mediante um ato singular, excepcionar para um caso concreto a aplicação do regulamento, a menos que este naturalmente autorize a exceção ou dispensa (OTERO, 2007, p. 382). Tal impossibilidade de exceção existe em aplicação ao princípio da igualdade, pois aplicar um regulamento a todos os casos possíveis menos a um ou dois pode redundar em situações de desigualdade. Nesse sentido, Amaral (2009, p. 197, grifos nossos) ensina:

A Administração pode modificar, suspender ou revogar um regulamento anterior por via geral e abstracta.

O que à Administração não é permitido fazer, no que toca a regulamentos externos, é derogá-los sem mais em casos isolados, mantendo-os em vigor para todos os restantes casos. Os regulamentos externos obrigam não só os particulares como a própria Administração que os elaborou. Chama-se isto o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, expressão do princípio geral *legem patere quam ipse fecisti*. Por força dele, o regulamento que derroga outro para um caso concreto e individual não é um regulamento; é um acto administrativo e um acto administrativo ilegal por violação de regulamento.

A que se deve esta proibição, que parece contrariar o princípio de que quem pode o mais pode o menos?

Com efeito, parece contraditório permitir a derrogação, para todos os casos possíveis, de um regulamento de carácter geral e, inversamente, impedir a sua derrogação para um caso só. Ou, parafraseando Afonso Queiró, como se pode entender que dois actos da Administração, um geral e outro particular, praticados pela mesma autoridade e com a mesma forma, tenham um valor jurídico diferente?

Existem várias respostas possíveis para esta questão.

A que nos parece mais convincente é a que radica a explicação da regra da inderrogabilidade singular dos regulamentos no princípio da legalidade da Administração. Ou seja: *a Administração está, efectivamente, submetida a todo o ordenamento jurídico e, portanto, também às regras que ela própria elabora. Logo, os regulamentos não teriam sentido ou função se a Administração, por qualquer dos seus órgãos, a começar pelo que os editou, os pudesse sucessivamente deixar de observar.*

Dessa forma, no caso em questão, como o Decreto nº 9.190/2017 não estabelece exceção à regra de composição do Conselho de Administração em relação aos membros natos representantes do Poder Público, não poderia existir exceção, a menos que o Decreto fosse modificado para tal fim.

6.4 Análise da norma jurídica relativa aos membros natos representantes do Poder Público

Superada a questão da juridicidade do Decreto nº 9.190/2017, pode-se discutir sobre outras possíveis interpretações quanto aos enunciados normativos relacionados aos membros natos representantes do Poder Público no Conselho de Administração das organizações sociais.

Ao voltar a atenção apenas para o objeto da presente argumentação – mais especificamente aos enunciados do art. 3º, I, *a*, da Lei nº 9.637/1998 e do art. 5º, III, do Decreto nº 9.190/2017 –, encontra-se a seguinte norma jurídica: *a (a¹ v a² v a³) P b*, em que: *a* seria a previsão da norma, sendo esta = “quando o estatuto de entidade privada sem fins lucrativos

prever como membros natos do Conselho de Administração pessoas diretamente responsáveis por determinadas atividades no percentual de 20% a 40%”, e sendo tais pessoas de três tipos: a^1 = “diretamente responsáveis pela supervisão da atividade”; a^2 = “diretamente responsáveis pelo financiamento da atividade”; a^3 = “diretamente responsáveis pelo controle da atividade”; v = disjunção, ou seja, “ou”; P seria o operador deôntico de permissão, sendo este = “poderá”, haja vista o art. 2º, II, da Lei nº 9.637/1998; e, por fim, b seria a estatuição da norma, sendo esta = “qualificar a entidade como organizações sociais caso os demais requisitos estejam preenchidos”.

Essa norma jurídica pode ser lida sem fórmula: 20% a 40% de membros natos representantes do Conselho de Administração devem ser diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento ou controle da atividade, conforme definidos pelo estatuto da entidade, a fim de que a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos tenha um dos requisitos preenchidos para que ela possa vir a ser qualificada como organização social se houver conveniência e oportunidade de sua qualificação como tal. Ou seja, para que a qualificação jurídica possa ser conferida à pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, deve seu estatuto, entre outros requisitos, prever na composição do Conselho de Administração um percentual de 20% a 40% de membros natos representantes dos diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento ou controle da atividade, definidos pelo estatuto da entidade.

Perceba-se que o enunciado normativo usa uma conjunção, no caso *e*, mas na interpretação anteriormente descrita, é possível afirmar que, por mais que o enunciado diga *e*, na verdade o chefe do Executivo quis dizer *ou*. Nada impede que se interprete que a norma realmente é um *e*, tendo, na verdade, uma conjunção. Neste caso, estar-se-ia diante de outra norma jurídica – da

qual se tratará mais adiante. É possível interpretar isso como disjunção porque o chefe do Executivo, se realmente desejasse que apenas o supervisor e o interveniente fossem os representantes do Poder Público no Conselho de Administração, teria apenas utilizado tal expressão, como usou “supervisor”, “financiador” e “controlador”; assim, pode-se considerá-los órgãos distintos.

Esses enunciados normativos denotam uma norma jurídica de conduta permissiva. Como a permissão é o modo deôntico que, em primeira linha, confere discricionariedade – pois o seu executor sempre terá, mesmo se apenas com um efeito (como é o caso), a possibilidade de optar ou não pela realização dele –, pode-se dizer que, ao verificar a existência de membros natos representantes daqueles diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade, definidos pelo estatuto da entidade, o ministro ou o titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e o ministro da pasta da Administração Federal e Reforma do Estado terão permissão de qualificar a entidade sem fins lucrativos como organização social, tendo eles a opção de realizar ou não (discricionariedade de atuação).

Na análise dos enunciados normativos apresentados, em vista da existência de uma previsão desdobrável em três ações disjuntivas, pode-se afirmar que, por serem consideradas conceitos jurídicos indeterminados, essas ações são desdobráveis em milhares de outras previsões – isto é, *supervisão, financiamento e controle* são considerados conceitos jurídicos indeterminados. São tratados como tais por serem vagos, pois se caracterizam pela imprecisão: essas palavras não delimitam o âmbito da extensão ao qual se reportam, gerando dúvida quanto à sua abrangência.

No caso, por estarem insertos nas previsões – ou seja, por estabelecerem as condicionantes da produção de efeitos –, esses conceitos jurídicos

indeterminados instituem um universo potencialmente ilimitado, não restringindo determinadas antecedências de um efeito por um rol restrito de condições nelas descritas. Não há uma delimitação de toda e qualquer ocorrência para um universo mais restrito. Aqui não haveria uma discricionariedade proveniente da previsão, mas da incerteza de linguagem, pois, não havendo a certeza da ocorrência da previsão, haveria incerteza sobre aplicar ou não o efeito da estatuição, caindo esta na categoria da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Por isso, quando o legislador – ou o Executivo, no seu poder regulamentar ou normativo – utiliza termos vagos, está flexibilizando a tomada de decisão, pois, assim como na discricionariedade, existe a impossibilidade de prever toda e qualquer situação possível de ocorrência.¹⁰

Conceitos jurídicos indeterminados são, pois, os que não se podem traçar precisamente, que não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de que significados têm o objeto e a realidade abarcados – ou seja, deixam dúvidas relativas a duas ou mais compreensões de seu significado, quando visualizados no caso concreto (SADDY, 2014).¹¹ De outro modo: a indeterminação jurídica decorre da impossibilidade de, no caso concreto, identificar-se o único significado ou parte dele por meio da interpretação. Por conseguinte, *supervisão*, *financiamento* e *controle* contêm margens distintas de livre apreciação.

Com isso, deve-se analisar a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados. García de Enterría e Fernández (2001, p. 460) aduzem que, na estrutura de todo conceito jurídico indeterminado,

es identificable un núcleo fijo (Begriffkern) o “zona de certeza”, configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o “halo del concepto” (Begriffhof), más o menos precisa, y, finalmente,

¹⁰Na lição de Justen Filho (1997, p. 124), “[o] conceito indeterminado se configura como ausência de regulação jurídica totalmente exaustiva em nível legislativo, mas com a recusa do ordenamento jurídico de atribuir a solução dos casos práticos a critérios subjetivos do aplicador do Direito. Reconhece-se a impossibilidade de formular, aprioristicamente, a solução completa para certas situações, mas se vincula o aplicador à observância de certos conceitos cuja determinação dependerá da avaliação concreta das circunstâncias. O aplicador do Direito não é livre para adotar a decisão que melhor lhe pareça e deverá deduzi-la da conjugação entre os princípios jurídicos, a satisfação do interesse público e da concretização do conteúdo dos conceitos indeterminados”. Por sua vez, Moresco (1996, p. 79) explica: “a) Conceito jurídico de conteúdo indeterminado é todo aquele cuja expressão de valor possui textura variável e abertura a que o Direito confere significado próprio. Por isso, afirma-se que a extensão e o conteúdo são em larga medida incertos; b) Fundamenta-se na separação de fundações do Estado. O legislador não dispõe de competência (poder) para emitir ordens concretas (atos administrativos), mas apenas ordens gerais e abstratas. Se o fizer – expedir atos administrativos – estará invadindo – e usurpando – a competência da Administração. Outra razão, de ordem prática, fundamenta a utilização desses conceitos: a impossibilidade real, fática de prever-se toda e qualquer situação possível de ocorrência”.

¹¹Para Engisch (2001), conceito jurídico indeterminado é um conceito de baixa densidade normativa; é aquele instituto do Direito que exige, para sua completa eficácia, um juízo de valor realizado pela aplicação do Direito ao caso concreto.

una “zona de certeza negativa”, también segura en cuanto a la exclusión del concepto.¹²

Logo, na norma jurídica mencionada pode-se intuir que em $a (a^1 \vee a^2 \vee a^3) P b$ haverá previsões que compreendem casos de vaguezas e que podem assim ser representados: $a^1 (c^1 a c^n \wedge v^A d^1 a d^n) \wedge a^2 (e^1 a e^n \wedge v^A f^1 a f^n) \wedge a^3 (g^1 a g^n \wedge v^A h^1 a h^n) P b$, em que $c^1 a c^n$ ou $e^1 a e^n$ ou $g^1 a g^n$ se referem à zona de certeza; e $v^A d^1 a d^n$ ou $f^1 a f^n$ ou $h^1 a h^n$, à zona de incerteza, ou seja, à possibilidade de os casos $d^1 a d^n$ ou $f^1 a f^n$ ou $h^1 a h^n$ também serem inclusos no termo.

No que diz respeito ao *supervisor*, conforme o art. 2º, II, da Lei nº 9.637/1998, um dos responsáveis por qualificar determinada entidade sem fins lucrativos como organização social é o ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social. Além disso, o art. 6º da Lei nº 9.637/1998 dita que o contrato de gestão será elaborado de comum acordo entre a entidade ou órgão supervisor e a organização social (BRASIL, [2010]). Supervisor, portanto, é quem estabelece o vínculo jurídico entre as organizações sociais e o Poder Público – é o órgão que se responsabiliza pela direção, inspeção e orientação da organização social.

Ao órgão interveniente atribuem-se obrigações e responsabilidades inseridas no contrato de gestão; entre tantas, podem-se citar: participar na cogestão da organização social, inclusive quanto à execução da política pública fomentada; prover a organização social de meios e recursos financeiros necessários à execução do objeto; fomentar as atividades da organização social; negociar, em conjunto com o órgão supervisor, o contrato de gestão e seus termos aditivos; indicar membros com notória capacidade e adequada qualificação para compor a Comissão de Acompanhamento e Avaliação. Essas atribuições, responsabilidades e obrigações só serão possíveis se tais órgãos tiverem representantes no Conselho de Administração. Assim, ter-se-ia de incluir na previsão $a^1 = \text{diretamente responsáveis pela supervisão da atividade}$ tanto o órgão supervisor como o órgão interveniente.

No que diz respeito ao *financiador*, o tema pode complicar-se porque é possível fazer uma interpretação restrita ou ampla do seu conceito. Pode-se inferir que o órgão supervisor e o interveniente se confundem com o financiador, pois fazem a transferência de recursos financeiros à organização social como principal instrumento de fomento; ou, de forma ampla, pode-se entender que financiadores são quaisquer pessoas que forneçam dinheiro, fundos, capitais que custeiem despesas. Ora, a qualificação de entidade privada sem fins lucrativos como organização social ocorre antes de sua seleção para negociação e celebração do contrato de gestão; significa

¹² A concepção originária dessa ideia é de Engisch (2001, p. 209).

dizer que, antes de negociar e assinar o contrato de gestão com o órgão supervisor – e, caso haja, com o interveniente –, a entidade sem fins lucrativos deve qualificar-se e, para isso, precisa incluir em seu estatuto os membros natos representantes do Poder Público. Desse modo, a entidade sem fins lucrativos que queira se tornar uma organização social (ou mesmo alguma que já o seja) não tem como saber quem será seu financiador; logo, não há como inserir o órgão financiador entre os membros natos representantes do Poder Público, pois esses se vão alternando ao longo dos anos.

Ademais, pode-se afirmar que financiador não é quem contrata, mas quem fomenta. Por conseguinte, tudo indica que, para a qualificação de entidade privada sem fins lucrativos, o órgão supervisor, o interveniente e o financiador na prática se confundem – isto é, para lograr qualificação, a entidade precisará incluir apenas o órgão que vier a ser o seu supervisor (e eventual interveniente), sob risco de, em circunstância concreta, inserir algum ente ou órgão público e não ser qualificada, ou até mesmo desqualificada ou cassada.¹³

¹³ A relação formada com base no ato de qualificação, destinada apenas à validade da celebração do contrato de gestão, cria uma relação jurídica especial que se completa com a celebração do contrato de gestão. Por mais que seja baseado em critérios discricionários, o vínculo formado com o Poder Público não pode ser desfeito por juízos subjetivos do administrador, ainda que positivados em atos administrativos abstratos posteriores ao ato de qualificação. Pode o órgão supervisor retirar a qualificação de *organização social*; nesse caso, ocorrerá uma cassação da qualificação, que deve ser vista com máximo cuidado, pois o sistema exige que tal ato de desqualificação seja precedido de regular processo administrativo composto por exercício do contraditório e da ampla defesa, como se percebe na própria redação do art. 16, § 1º, da Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, [2010]), mencionado pelo próprio STF ao julgar a ADI 1.923/DF (BRASIL, 2015a). Não é demais recordar que a desqualificação só deve ocorrer por descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, segundo a Lei nº 9.637/1998; mas o art. 21 do Decreto nº 9.190/2017 (BRASIL, [2018]) estabelece outras hipóteses: (i) “por decisão fundamentada do órgão supervisor ou da entidade supervisora”; (ii) “pelo encerramento do contrato de gestão”; (iii) “quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, na Lei nº 9.637, de 1998”, e no Decreto nº 9.190/2017; e (iv) “pelo não atendimento, de forma in-

Tal fato impossibilita qualquer organização social de exercer plenamente sua liberdade associativa, incluindo qualquer ente ou órgão que tenha como atividade-fim o financiamento de ações atreladas ao objeto social da entidade privada sem fins lucrativos. Essa interpretação fica evidente quando se volta à previsão *a² = diretamente responsáveis pelo financiamento da atividade*. A expressão *diretamente responsável* mina a possibilidade de se manterem tais representantes em seu Conselho de Administração. Como indicado, essa análise transforma o órgão supervisor (e até mesmo o interveniente) em sinônimo de órgão financiador.

Entretanto, isso não significa que no momento da sua qualificação – caso a entidade privada tenha um ente ou órgão público diretamente responsável pelo seu financiamento por meio de convênio, contrato ou quaisquer outros ajustes firmados – ela poderá inseri-lo como membro nato representante do Poder Público. Nesse caso, entende-se que a entidade preencheria o requisito para qualificar-se; mas, no momento de eventual adição, alteração ou revisão (parcial ou total) do contrato de gestão – que se dá por meio de termo aditivo ou, ao término de seu prazo de vigência, em eventual renovação ou prorrogação –, precisará rever seu estatuto social ou, em qualquer momento, que aquele que a qualificou faça o controle dos requisitos de qualificação. Seria exigir demais da organização social mudar, de tempo em tempo, sem provocação, seu estatuto social para inserir outros financiadores do Poder Público que sejam *diretamente responsáveis* por tal atividade, pelo simples motivo de esses financiadores mudarem a todo momento.

Por fim, no que diz respeito ao *controlador*, pode-se entender que ele se confunde com aquele que monitora e avalia. A Lei nº 9.637/1998 impõe

justificada, às recomendações da comissão de avaliação ou do órgão supervisor ou da entidade supervisora”.

que o contrato de gestão seja fiscalizado pelo órgão ou pela entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada (art. 8º) (BRASIL, [2010]). Agora, o âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo TCU (arts. 70, 71 e 74 da CRFB) e pelo Ministério Público (arts. 127 e seguintes da CRFB) (BRASIL, [2021a]) não é de qualquer forma restringido por esse art. 8º, “porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais” (BRASIL, 2015a, p. 7).

Significa que existe a figura do controle interno exercido pelo órgão supervisor do contrato de gestão. E esse controle objetiva principalmente verificar se os atos oriundos do contrato de gestão estão sendo executados em consonância com a legislação, cabendo-lhe a avaliação da correta aplicação e uso dos diferentes tipos de fomento existentes no contrato de gestão: transferência de recursos orçamentários e financeiros, cessão especial de servidores, e utilização e administração de patrimônio, bens móveis e imóveis – e única e exclusivamente destes.

Além desse controle interno, há o controle externo exercido pelo TCU, pelo Ministério Público Federal (MPF), pela Controladoria-Geral da União (CGU), entre outros. Esses órgãos limitam-se a controlar a correta aplicação dos recursos orçamentários e financeiros, a cessão especial de servidores, e a utilização e administração de patrimônio, bens móveis e imóveis. Eles monitoram, controlam e avaliam os contratos de gestão, e não a entidade. Outros órgãos avaliam a entidade em si, como o Ministério Público estadual, a Procuradoria-Geral da República, o Congresso Nacional etc.

Os controles interno e externo devem analisar apenas o contrato de gestão, além de verificar que

a organização social é uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos não integrante da Administração Pública direta e indireta que coopera com o Poder Público desenvolvendo atividades de relevância, essenciais à coletividade e sujeitas ao incentivo, ao monitoramento, à fiscalização e à avaliação regulares. Pode-se interpretar a previsão $a^3 = \text{diretamente responsáveis pelo controle da atividade}$ como o órgão supervisor/interveniente e, por conseguinte, ter-se-ia a interpretação de que o órgão financiador e controlador coincidiriam com o órgão supervisor e o(s) órgão(s) intervencionista(s), caso exista(m). Sem embargo, apesar de pouco provável, também poder-se-ia interpretar que os órgãos controladores são o TCU, o MPF, a CGU etc.

Com efeito, percebe-se que a fórmula da norma jurídica apresentada poderia ser outra: estar-se-ia diante de uma norma jurídica $a (a^1 \wedge a^2 \wedge a^3) P b$, em que a revisão, o operador deontico e a estatuição seriam os mesmos, com o diferencial revelado pelo símbolo \wedge , que faz o papel da conjunção *e*. Neste caso, as três previsões ($a^1 \wedge a^2 \wedge a^3$) são tratadas como sinônimas; ou seja, os diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade são, na verdade, apenas o órgão supervisor e, se houver, o(s) intervencionista(s).

Essa interpretação aparenta ser a mais acertada e a que parece coadunar-se com a intenção expressa no art. 15, § 2º, do Decreto, que admite que o financiamento das atividades da organização social seja compartilhado pelas entidades ou pelos órgãos representados no Conselho de Administração da entidade privada como membros natos; e que o órgão ou a entidade cofinanciadora deverá figurar como interveniente no contrato de gestão e como partícipe da comissão de avaliação. Essa interpretação, inclusive, harmoniza-se com o art. 26 do Decreto nº 9.190/2017 (BRASIL, [2018]): ele determina

que serão designados pelo órgão supervisor os representantes dos órgãos e das entidades públicas nos Conselhos de Administração de organizações sociais. Ao que tudo indica, até mesmo os membros do interveniente terão de ser nomeados por ele, o que demonstra existir uma norma com previsões conjuntivas na qual o chefe do Executivo considerou supervisor, financiador e controlador como o mesmo órgão. Ressalte-se que os responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade podem ser interpretados como distintos ou como os mesmos entes e órgãos públicos, mas deve-se ter em consideração que eles não se confundem necessariamente com o órgão qualificador.

De acordo com o STF (BRASIL, 2015a), na sistemática da Lei, em etapa inicial o procedimento de qualificação de entidades consiste no deferimento do título jurídico de organização social para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum. Para o STF, esse procedimento deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CRFB e de acordo com parâmetros fixados em abstrato em conformidade com o art. 20 da Lei nº 9.637/1998. Por sua vez, a etapa seguinte – a seleção da organização social que negociará e celebrará o contrato de gestão – também deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do mesmo art. 37. Como se percebe, as três primeiras etapas do macroprocesso de gestão do modelo de organização social são: (i) qualificação de entidade privada sem fins lucrativos como organização social; (ii) seleção, por meio de chamamento público, de organização social para negociar e celebrar contrato de gestão; e (iii) negociação e celebração propriamente ditas – renovações e alterações – do contrato de gestão.

O ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente

ao seu objeto social são os órgãos qualificadores conforme estabelecido no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/1998. Aquele que qualifica pode ser o supervisor, mas pode não o ser – e pode não ser o interveniente. O qualificador, relacionado à primeira etapa, dita como será a qualificação, o procedimento isolado e com um fim em si; contudo, a entidade supervisora, financiadora e controladora sempre será – de acordo com o entendimento aqui defendido – a entidade que fomenta e que, por conseguinte, confunde-se com o financiador exclusivamente em relação ao contrato de gestão.

Desse modo, uma coisa é o órgão qualificador – que tem o dever de fiscalizar a entidade –, outra são os órgãos financiadores do contrato de gestão que se limitam a fiscalizar tais instrumentos. Apesar de poderem coincidir, não se podem confundir órgãos qualificadores com órgãos supervisores/financiadores/controladores.

7 Conclusões

Há três pontos a serem sintetizados nestas considerações finais: (i) a permanência de questionamentos quanto à constitucionalidade da previsão de representantes do Poder Público no Conselho de Administração na Lei nº 9.637/1998; (ii) a juridicidade do Decreto nº 9.190/2017, que estabelece que apenas poderiam fazer parte do Conselho aqueles diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade; e (iii) a superação dessas duas premissas, com as possíveis interpretações para o disposto nos arts. 5º, III, e 15, § 2º, desse Decreto.

Quanto ao primeiro ponto, apesar de o STF na ADI 1.923/DF ter declarado constitucionais essas previsões, entende-se que ainda é possível – em sede de controle difuso/concreto e até mesmo concentrado/abstrato – questionar a constitucionalidade da Lei nº 9.637/1998, mesmo com

baixo índice de sucesso, em virtude de ela retirar atribuições privativas da Assembleia Geral, fixadas no CC, transferindo-as ao Conselho de Administração, ainda que se interprete que implicitamente o STF julgou constitucional toda a lógica relativa ao Conselho de Administração.

Por sua vez, no que diz respeito à juridicidade do Decreto nº 9.190/2017, entende-se que ele limitou/restringiu ainda mais um direito fundamental que já fora limitado/restringido pela Lei. Essa manobra viola a teoria dos limites dos limites, que em seu aspecto formal estabelece a necessidade de reserva de lei; logo, o Decreto constitui uma inovação no ordenamento jurídico, mais de vinte anos após a edição da norma pelo Poder Legislativo, em desencontro com sua base legal por ter exorbitado o âmbito da “fiel execução” da Lei. Dessa maneira, exigir nova configuração do Conselho de Administração implica alterar a configuração do principal órgão deliberativo da entidade, mudando a composição que já se tornou experiente no desempenho da atividade e, por conseguinte, atentatória à liberdade constitucional e ao direito fundamental dos particulares exercidos quando da edição de seu estatuto.

Apesar de ser esse o entendimento jurídico aqui defendido, compreende-se que outra interpretação pode existir, pois cabe ao Poder Público esclarecer quais serão seus representantes públicos, minuciando o texto legal. Por conseguinte, o Decreto nº 9.190/2017 não constitui uma inovação do ordenamento jurídico; pelo contrário, ele apenas dá “fiel execução” à Lei; afinal, existe uma cogestão/coparticipação e, conseqüentemente, uma corresponsabilização evidenciada não apenas porque os membros natos no Conselho de Administração são, em parte, representantes do Poder Público, mas também pelo fato de (i) o ente ou órgão público ser o provedor de meios para a organização social; (ii) ser ele o negociador do contrato de gestão; (iii) o Poder Público ter a possibilidade de indicar membros com notória

capacidade e adequada qualificação para compor a Comissão de Acompanhamento e Avaliação; e (iv) os recursos públicos transferidos às organizações sociais serem mantidos como públicos (até para fins de impenhorabilidade, por exemplo), entre outras características. Quanto ao segundo ponto, compreende-se que o índice de sucesso em eventual demanda judicial é indeterminado: não se pode mensurar como o Judiciário se posicionará, além de haver a possibilidade de se adotar qualquer uma das duas posições.

Por fim, considerados tais diplomas constitucionais/legais, restará ao aplicador do Direito interpretar desse modo os enunciados descritos, podendo identificar que aqueles diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade são, na verdade, apenas o órgão supervisor e, se houver, o(s) intervencionista(s). Essa interpretação coaduna-se com a intenção do art. 15, § 2º, do Decreto, que admite que o financiamento das atividades da organização social seja compartilhado e que determina, conforme o art. 26, que os representantes dos órgãos e das entidades públicas nos Conselhos de Administração de organizações sociais serão designados pelo órgão supervisor.

No entanto, apesar de pouco factível e esdrúxula, não sendo ela a interpretação aqui defendida, poder-se-iam interpretar os enunciados no sentido disjuntivo e, por conseguinte, supervisor, financiador e controlador seriam órgãos distintos; afinal, como não se podem presumir palavras inúteis nos textos normativos, é possível concluir que o uso dos termos tem o propósito de distinguir três conceitos jurídicos indeterminados. Neste último caso, considera-se elevado o índice de insucesso de eventual questionamento judicial em face da União contestando apenas a interpretação de que os diretamente responsáveis pela supervisão, financiamento e controle da atividade são somente o órgão supervisor e, se houver, o(s) intervencionista(s).

Sobre o autor

André Saddy é doutor em *Problemas actuales de Derecho Administrativo* pela Universidad Complutense de Madrid, Madrid, Espanha; pós-doutor pela Universidade de Oxford, Oxford, Reino Unido; mestre em Administração Pública pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; consultor e parecerista.
E-mail: andresaddy@yahoo.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

SADDY, André. Composição do Conselho de Administração de organizações sociais quanto aos membros natos representantes do Poder Público. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 151-180, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p151

(APA)

Saddy, A. (2021). Composição do Conselho de Administração de organizações sociais quanto aos membros natos representantes do Poder Público. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(231), 151-180. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p151

Referências

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2009. v. 2.

AYALA, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa: considerações sobre a reserva de administração, as componentes, os limites e os vícios típicos da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. *Decreto nº 9.190, de 1º de novembro de 2017*. Regulamenta o disposto no art. 20 da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9190.htm. Acesso em: 9 jun. 2021.

_____. *[Exposição de Motivos da] Medida Provisória nº 1.591, de 9 de outubro de 1997*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e da Fundação Roquette Pinto e a absorção de atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1997. Disponível em: <https://www2>

camara.leg.br/legin/fed/medpro/1997/medidaprovisoria-1591-9-outubro-1997-376705-exposicao demotivos-146337-pe.html. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. *Organizações sociais*. 5. ed. Brasília, DF: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1998. (Cadernos MARE da Reforma do Estado, 2). Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/os/caderno2.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Nota Técnica nº 7.589/2017-MP*. Proposta de Decreto que regulamenta a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que trata do processo de qualificação das Organizações Sociais. Brasília, DF: MPDG, 2016.

_____. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. (Documentos da Presidência da República). Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Mandado de Segurança nº 10.527/DF*. Direito administrativo – mandado de segurança – Lei 9.637/98 – organização social – descumprimento de contrato de gestão – desqualificação da entidade impetrante – ato da Ministra de Estado do Meio Ambiente – ausência de violação dos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal [...]. Impetrante: Associação Brasileira para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia – Bioamazonia. Impetrada: Ministra de Estado do Meio Ambiente. Relatora: Min. Denise Arruda, 14 de setembro de 2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500468511&dt_publicacao=07/11/2005. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. Administrativo. Terceiro setor. Marco legal das organizações sociais. Lei nº 9.637/98 e nova redação, conferida pela Lei nº 9.648/98, ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93. Moldura constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico e social [...]. Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Democrático Trabalhista – PDT. Interessados: Presidente da República e outros. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, 16 de abril de 2015a. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 313/2015*. Representação. Contrato de gestão de atividades e serviços de saúde celebrado entre a Secretaria de Saúde do Estado de Tocantins e a Pró-Saúde Associação Beneficente de Assistência Social. Providências determinadas pelo Acórdão 2.414/2012 – Plenário. Audiência dos responsáveis [...]. Entidade: Secretaria de Saúde do Estado de Tocantins – Sesau. Relator: Min. Marcos Bemquerer, 25 de fevereiro de 2015b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/313%252F2015/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=d710a000-3050-11eb-8d74-5142288f19fe>. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 3.239/2013*. Relatório de auditoria operacional. Transferência do gerenciamento de serviços públicos de saúde a organizações sociais. Falhas. Determinações e recomendações. Monitoramento. 1. Apesar de abrir mão da execução direta dos serviços de saúde objeto de contratos de gestão, o Poder Público mantém responsabilidade de garantir que sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados [...]. Entidades: Ministério da Saúde e outras. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3239%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=aa986620-30aa-11eb-928d-5b17a6f15338>. Acesso em: 31 maio 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). *Acórdão nº 8.683/2015*. Monitoramento. Verificação do cumprimento das determinações contidas nos itens 1.7.1 e 1.7.2 do Acórdão 2.274/2013 – 2ª Câmara. Atendimento ao comando do item 1.7.1 e insubsistência do item 1.7.2. Discussão acerca dos papéis dos diferentes atores que operam o modelo de organizações sociais. Novas determinações. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. André de Carvalho, 29 de setembro de 2015c. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/8683%252F2015/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=97af6440-30b5-11eb-8d79-df3e62b88fc9>. Acesso em: 31 maio 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Reforma do Estado e terceiro setor*. Curitiba: Juruá, 2009.

FREITAS, Juares. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Civitas, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Guia das melhores práticas para organizações do terceiro setor: associações e fundações*. São Paulo: IBGC, 2016. Disponível em: https://fonif.org.br/wp-content/uploads/2020/06/GUIA_3SETOR_IBGC_WEB.pdf. Acesso em: 1º jun. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos: comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997.

MÂNICA, Fernando Borges. Bens e recursos repassados a organizações sociais são impenhoráveis. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 28 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-28/fernando-manica-bens-repassados-organizacao-social-sao-impenhoraveis>. Acesso em: 1º jun. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. (Série IDP).

MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 75-86, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Organizações sociais de colaboração administrativa. In: _____. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 14, p. 78-95, 1996.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

PATRONE REGULES, Luis Eduardo. *Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. Brasília, DF: Enap; São Paulo: Ed. 34, 1998.

RODRIGUES, Renata da Silva. O público não estatal: as organizações sociais. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, DF, ano 11, n. 39, p. 141-175, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-n-39-julho-dezembro-de-2012/o-publico-nao-estatal-as-organizacoes-sociais>. Acesso em: 1º jun. 2021.

SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Ed. Unesp; Brasília, DF: Enap, 2001. p. 243-271.

TEIXEIRA, Josenir. A indevida utilização da formação do conselho de administração das organizações sociais federais pelos estados e municípios. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 125-153, jul./dez. 2012.

Última palavra e diálogos constitucionais

Caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira

GUILHERME SCODELER DE SOUZA BARREIRO
ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ

Resumo: O objetivo geral do presente artigo é investigar os caminhos e descaminhos da jurisdição constitucional brasileira e refletir sobre as possibilidades e os entraves para uma jurisdição mais dialogal. Para isso, analisam-se as recentes reformas no Poder Judiciário e busca-se inserir no debate, entre a “última palavra” e os diálogos constitucionais, o papel das reclamações constitucionais e a intensificação do fenômeno da monocratização no Supremo Tribunal Federal. Por um lado, com base nos dados coletados em pesquisa bibliográfica e documental, percebeu-se um aumento na incidência das reclamações constitucionais, o que pode indicar um caminho para a implementação dos diálogos constitucionais. Por outro, diante da crescente utilização de decisões monocráticas pelos ministros, constata-se a dificuldade estrutural de inserção da jurisdição constitucional brasileira em um ambiente mais dialógico.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Diálogos. Ativismo. Monocratização.

Last word and constitutional dialogues: ups and downs in the Brazilian constitutional jurisdiction

Abstract: This article has as its theme the Brazilian constitutional jurisdiction. The general purpose of the research is to investigate the ups and downs of the Brazilian constitutional jurisdiction, reflecting the possibilities and obstacles to a more dialogical jurisdiction. To this end, through bibliographic and documentary research, the intention is to insert the debate between the last word and the constitutional dialogues, analyzing the recent reforms in the Judiciary, the role of constitutional complaints in this scenario and the intensification of the phenomenon

Recebido em 23/11/20
Aprovado em 17/2/21

of individual judicial review in the Supremo Tribunal Federal. On the one hand, based on the data collected, there was an increase in the incidence of constitutional complaints, which may indicate a path for the implementation of constitutional dialogues. On the other hand, in the face of the growing use of monocratic decisions by ministers, the political and structural difficulty in inserting Brazilian constitutional jurisdiction into a more dialogical medium is perceived.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Dialogues. Activism. Individual judicial review.

*“E assim chegar e partir
São só dois lados da mesma viagem
O trem que chega
É o mesmo trem da partida
A hora do encontro é também despedida”*

(Encontros e despedidas. Fernando Brant e Milton Nascimento)

1 Introdução

A jurisdição constitucional é uma temática que tem despertado interesse cada vez maior da doutrina nacional, principalmente após as diversas alterações políticas e jurídicas promovidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) no controle de constitucionalidade e na atuação do Poder Judiciário. Aliado a isso, mais recentemente, em 2004, o Poder Judiciário brasileiro passou por uma grande reforma cujos resultados e consequências ainda carecem de maiores estudos. Com as alterações, o papel do Judiciário expandiu-se, e o Supremo Tribunal Federal (STF) ganhou mais relevância na sociedade brasileira, o que tem motivado intensos debates.

O presente trabalho pretende inserir-se nesse debate, visando compreender o papel específico das reclamações constitucionais na atuação do Supremo, notadamente após a reforma do Judiciário implementada pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004 (BRASIL, [2009a]), que, com o art. 103-A, inseriu entre as competências do STF a possibilidade de editar súmulas vinculantes, cujos enunciados acerca de matéria constitucional vinculariam todo o Poder Judiciário e toda a Administração Pública dos três níveis federativos.

Nesse mesmo dispositivo constitucional, estabeleceu-se que caberia também ao Supremo controlar, por meio de reclamação, eventuais descumprimentos dos enunciados sumulares vinculantes, seja por instâncias inferiores do Judiciário, seja por quaisquer órgãos da Administração Pública brasileira. Tal instrumento poderia levar à conclusão de que mais uma vez a última palavra¹ teria sido conferida ao STF.

No entanto, considerando a teoria do diálogo constitucional, é possível ver as reclamações constitucionais como uma reabertura do debate, como ponto de partida para a instauração de uma jurisdição constitucional mais democrática. Contudo, a monocratização da Suprema Corte brasileira pode tornar distante esse diálogo.

Para analisar tanto as inevitáveis despedidas quanto os possíveis encontros ocasionados pela jurisdição constitucional brasileira, investigaremos, ainda que brevemente, o fenômeno da ascensão do Poder Judiciário, notadamente quanto ao papel da jurisdição constitucional, o que alguns autores identificam como judicialização da política; outros, como ativismo judicial.

Tomando esse cenário como ponto de partida, será apresentado o debate em torno da supremacia judicial, com a posição dos críticos daquilo que se denomina *a última palavra*. De imediato, as teorias dos diálogos constitucionais – também denominados *diálogos interinstitucionais* – serão apontadas como alternativa ao que consideramos um problema da jurisdição constitucional.

Realizado esse primeiro aporte teórico, a reforma do Judiciário será inserida no debate, em especial a criação das súmulas vinculantes e o novo cabimento da reclamação contra a violação dessas súmulas. Em seguida, serão apresentados os dados colhidos no banco do STF relativos ao grande aumento – que já esperávamos – na sua propositura e, conseqüentemente, sua importância na agenda do STF. Esse fato, um aparente desencontro em nosso caminho, será visto como promessa dialógica, uma vez que a reclamação constitucional possibilita a reabertura do debate em torno da interpretação constitucional sedimentada pela súmula vinculante.

2 Sobre a ascensão da jurisdição constitucional

Atualmente, assiste-se à expansão do Poder Judiciário tanto nas democracias ocidentais da Europa continental (Alemanha, Itália,

¹ Compreensão que parte da legitimidade conferida ao Poder Judiciário, sobretudo a seu órgão de cúpula, para monopolizar a palavra final acerca da interpretação do texto constitucional.

França) quanto em países de tradição jurídica da *common law* (Reino Unido, Estados Unidos da América, Canadá, Austrália) (TATE; VALLINDER, 1995). Essa expansão, hoje um fenômeno mundial, ocorre também em recentes arranjos democráticos que se espalharam pelo globo da metade do século XX até os dias atuais, em países latino-americanos, africanos e do Leste europeu (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

Sobre o estudo desse fenômeno no Brasil, vale mencionar o trabalho teórico-empírico desenvolvido por Luiz Werneck Vianna e seus colaboradores com enfoque no controle de constitucionalidade exercido pelo STF e no papel dos juizados especiais (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999). Inspirado nas lições de Tate e Vallinder (1995), Brandão (2013, p. 616) resume o vínculo entre a expansão da jurisdição constitucional pelo mundo e o surgimento do fenômeno denominado *judicialização da política*:

O fenômeno da “expansão global do poder judiciário” tem se traduzido não apenas na globalização da jurisdição constitucional, mas, sobretudo, na judicialização da política, assim compreendido o processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo.

O Brasil enquadra-se nessa situação, principalmente quando o STF decide questões políticas relevantes, como o processo de *impeachment* (Mandado de Segurança (MS) 21.689), questões relativas ao processo democrático, como a infidelidade partidária (MS 26.602), ou temas moralmente complexos, como a pesquisa com células-tronco (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510)

(BRANDÃO, 2013). Entre outros fatores, isso se deve ao constitucionalismo da efetividade social, segundo o qual o texto constitucional traria consigo um conjunto de objetivos a serem urgentemente concretizados, e as normas constitucionais deveriam ser diretamente aplicadas em demandas judiciais, sem a necessidade de intervenção de normas infraconstitucionais. A par disso, o constitucionalismo da efetividade social consolida um rol de procedimentos judiciais que contribuem para instrumentalizar a atuação do Judiciário na construção das políticas públicas (CRUZ; GUIMARÃES, 2016).

É importante acrescentar que o paradigma do Estado Democrático de Direito também contribui para esse papel mais ativo do Judiciário. É nesse sentido que se resgata o estudo clássico de Menelick de Carvalho Netto acerca da transição paradigmática do Estado liberal, passando pelo Estado social, para o que aqui se apresenta como Estado Democrático de Direito.

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, *é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente*, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto (CARVALHO NETTO, 1999, p. 482, grifo nosso).

Diante disso, a expansão da jurisdição constitucional, diretamente ligada ao fenômeno da judicialização da política, tem como elementos facilitadores tanto aspectos políticos como institucionais, além da questão de expansão de direitos. Os aspectos políticos que favorecem a ascensão da jurisdição constitucional são a democracia, a separação dos Poderes e o

federalismo. Reunidos, esses aspectos geram fragmentação do poder, dificuldades de coordenação de ação e diversos pontos de veto, o que faz desaguar os conflitos no Poder Judiciário. Como condições institucionais destacam-se o próprio catálogo de direitos e a ampliação do controle de constitucionalidade, seja no aumento do rol de legitimados, seja na ampliação dos atos impugnáveis pelas ações de controle de constitucionalidade (BRANDÃO, 2013).

A essas condições políticas e institucionais pode-se acrescentar uma terceira dimensão que contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário e a consequente judicialização da política: o denominado *plano da teoria da argumentação*. Inspirada principalmente nas concepções principiológicas e no instrumental metodológico de Ronald Dworkin e Robert Alexy, a academia brasileira pavimentou o caminho para o ativismo judicial (CRUZ; GUIMARÃES, 2016).

Surge então uma outra vertente de análise ancorada na perspectiva da postura judicial denominada *ativismo judicial*, outro termo de difícil conceituação, tal como *judicialização*. Para alguns, o cerne do ativismo advém de uma disfunção no exercício da função jurisdicional, que vai além dos limites estabelecidos pelo ordenamento nas funções administrativa, de governo e, notadamente, legislativa (RAMOS, 2015). Para outros, o ativismo judicial é um conceito multidimensional que compreende um exercício expansivo do Poder Judiciário em detrimento dos demais atores, sendo necessário considerar os diversificados desenhos institucionais e fatores políticos, jurídicos e sociais de cada sociedade (CAMPOS, 2012).

O ativismo pode ser visto também como a tendência dos magistrados de realizar a prestação jurisdicional impondo ao Estado a efetivação de políticas públicas determinadas (FERNANDES, 2012). Em relação ao debate sobre judicialização e ativismo, pode-se consi-

derar que o ambiente criado pela judicialização da política oportunizaria a ocorrência do ativismo judicial quando as Cortes aceitam ditar as soluções para as demandas políticas que exsurtem (CAMPOS, 2012).

Corroboramos a percepção de que o ativismo e a judicialização são aspectos inter-relacionados e centrados na questão da efetivação de direitos por meio de posturas expansivas do Judiciário, tal como se verificou na Corte norte-americana na era Warren (FERNANDES, 2012) ou na Corte sul-africana no pós-*Apartheid* (CAMPOS, 2012).

É interessante notar que a atuação da Suprema Corte brasileira não pode ser vista apenas como comprovação do ativismo judicial, visto que não há de forma clara uma caminhada linear, e sim pendular, que se manifesta ora em posturas autocontidas, ora em condutas ativistas (CRUZ; GUIMARÃES, 2016).

A perspectiva dual da atuação do STF é também apontada por outros autores, com a imagem de um Supremo ora se atribuindo uma “retórica do guardião entrincheirado”, ora praticando uma posição de “guardião acanhado” (KOZICKI; ARAÚJO, 2015) – guardião entrincheirado quando afirma sua condição de guardião último da Constituição, o que o libera do ônus argumentativo; guardião acanhado quando, no julgamento de casos delicados, retoma posturas tipicamente autocontidas, como no caso *Ama Fialho* (CRUZ; GUIMARÃES, 2016). Mais que isso, não é possível identificar na atuação da Suprema Corte² brasileira uma ação concertada em torno da consecução de determinadas pautas políticas ou de políticas públicas. O que se vê é uma atuação volonta-

² Não nos parece acertada a aproximação com a experiência norte-americana proposta por alguns autores ao periodizar a história jurisdicional do STF em “Cortes” (FERREIRA; FERNANDES, 2013), seja pela ausência de uma clara coordenação, seja pela falta de dados empíricos mais sustentáveis da ação do STF como Corte.

rista, e não um ativismo. Essa postura voluntarista é fortemente criticável e criticada, seja pela falta de legitimidade democrática (SOUSA; TRAVASSOS, 2017), seja pela própria postura paternalista (MAUS, 2000) e personalista (LIMA, 2018).

Há quem posicione esse voluntarismo como a faceta mais intensa do ativismo judicial (CARVALHO FILHO; CARVALHO, 2019). Não comungamos desse entendimento, pois não se verifica qualquer atuação concertada. Não há projeto, não há programa abraçado pela Corte em torno de uma política de projeto econômico-social.

O próprio Luiz Werneck Vianna, entusiasta da judicialização, chegou a chamá-los de “Tenentes de Toga”, fazendo uma referência ao movimento tenentista de década de 1920:

“Essas Corporações tomaram conta do país (o Ministério Público e o Judiciário) [...] Tem uma metáfora [...] a dos tenentes. [...] a partir de certo momento, os personagens começaram a ter comportamentos bizarros. E que têm essa *visão iluminada* que os tenentes tiveram, nos anos 20. *Só que os tenentes tinham um programa econômico e social para o País. E esses tenentes de toga não têm.* São portadores apenas de uma reforma moral. [...] Este Judiciário que está aí ignora a existência de Maquiavel. Ele se comporta apenas com um ímpeto virtuoso, um ímpeto de missão” (VIANNA, 2016 apud FERNANDES, 2017, p. 88, grifos nossos).

O que alguns, em tom preocupante, chamam de *juristocracia* (HIRSCHL, 2004) ou *supremocracia* (VIEIRA, 2008, 2018) vemos na verdade como uma atuação errática – e ainda mais preocupante –, muitas vezes isolada dos ministros da Corte. Tanto que a expressão *supremocracia* tem sido convertida por alguns em *ministrocracia* (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018) ou mesmo “onze ilhas”³.

Engana-se quem pensa que a monocratização advém tão somente de uma reação à pleora de processos submetidos ao Supremo. Estudos têm demonstrado que esse fato é utilizado deliberadamente pelos ministros (FALCÃO; ARGUELHES, 2017). Como falar em uma Corte ativista se a maioria dos julgamentos do STF se dá monocraticamente? Em pesquisa publicada no ano de 2008, verificou-se que aproximadamente 88% das decisões do Supremo não foram tomadas pelos órgãos colegiados (Turmas e Plenário). No limite, no ano de 2006, somente 0,5% das decisões publicadas são acórdãos do Plenário (VERISSIMO, 2008). Apenas para lembrar um exemplo recente desse perfil, o ministro Alexandre de Moraes proferiu polêmica decisão monocrática nos autos

³ Expressão creditada a Mendes (2010), mas reivindicada por um ex-ministro da Corte, Sepúlveda Pertence (FONTAINHA; SILVA; NUÑEZ, 2015).

da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 663, relacionada ao procedimento das medidas provisórias em tempos de pandemia da Covid-19 (CRUZ; SILVA, 2020).

O desenho institucional do STF aponta para o exercício do poder judicial de forma individual e descentralizada tanto em relação aos mecanismos de decidir como de sinalizar ou definir agenda. “[E]ssa combinação tem sido funcionalmente equivalente ao que chamamos de *judicial review* individual, com ministros realizando o controle de constitucionalidade sem qualquer controle efetivo pelo plenário” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 15).

O fenômeno da monocratização não se deve apenas a deliberadas decisões individuais dos ministros. Outras condutas também corroboram esse fenômeno: entre elas, o poder discricionário dos relatores de liberarem o processo sob seu escrutínio para julgamento; o poder também discricionário de pedir vista e interromper o julgamento sem nenhum prazo para a devolução do processo; o poder de pautar os processos incumbido ao presidente do Supremo (FALCÃO; ARGUELHES, 2017).

Para que um processo seja levado a julgamento, é necessária a conjunção de dois fatores: o relator liberar o caso para julgamento, e o presidente do Tribunal ou da Turma incluí-lo em pauta. Nisso se percebe a presença do mecanismo de definição de agenda de forma individual descentralizada (na figura do relator) e centralizada (na figura do presidente). Mesmo depois de atendidos esses dois mecanismos, qualquer ministro pode pedir vista do processo (novamente poder judicial individual descentralizado). Todos esses mecanismos estão previstos regimentalmente (arts. 21, X, 128, § 2º, e 134 do Regimento Interno do STF (BRASIL, 2020)) e demonstram como o poder judicial se dilui fragmentariamente no STF (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018).

A regra processual interna que permite o poder de veto ao pedir vista demonstra a falta de disposição para um trabalho em equipe, condição para uma Corte deliberativa e, portanto, democrática (SILVA, 2013). Tal fragmentação revela-se como estratégia política, objeto de disputas internas de poder entre os ministros. “Um Supremo fragmentado abre as portas para o comportamento político estratégico individual” (FALCÃO; ARGUELHES, 2017, p. 21)⁴.

Essa atmosfera ministrocrática, de valentia constitucional e pouco apego à jurisprudência e às decisões colegiadas, produziu onze Supremos: ministros exercendo individualmente o controle de constitucionalidade de leis aprovadas pelo Congresso via liminar, ou paralisando, com pedidos de vista, decisões tomadas pela maioria do plenário (RECONDO; WEBER, 2019, p. 79).

A monocratização da atuação do STF, também denominada *judicial review individual*, revela um problema de teoria constitucional maior, já que seria duplamente contramajoritário, por atuar contra a maioria legislativa (externa) e contra a maioria do tribunal (interna) (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018).

O desenho institucional apresentado dificulta qualquer análise propositiva como a aqui pretendida. No entanto, apontaremos mais à frente a importância de o STF estar em permanente diálogo com setores da sociedade, com os demais órgãos do Poder Judiciário e com os demais Poderes para uma construção democrática do sentido da Constituição.

⁴ Exemplifica esse comportamento estratégico individual o relato de duas liminares concedidas pelo ministro Marco Aurélio no último dia do ano judiciário de 2018: uma que permitiria aos presos condenados em segunda instância recorrerem em liberdade, contrariando explicitamente decisão plenária; outra que determinava que a eleição para a Presidência do Senado fosse realizada com voto aberto (RECONDO; WEBER, 2019).

3 A jurisdição constitucional e a última palavra

Com o delineamento histórico do instituto do controle judicial de constitucionalidade, é possível perceber o surgimento de uma concepção constitucional supremacista (RIBEIRO, 2017), segundo a qual o Poder Judiciário, vocalizado principalmente por sua Corte Suprema, teria o monopólio da última palavra acerca do que a Constituição significa.

Ilustra essa visão um julgado da Suprema Corte brasileira (MS 26.603), de relatoria do então ministro Celso de Mello, que na ocasião defendeu o que se segue:

O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a *supremacia da Constituição*, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. [...] A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de “*guarda da Constituição*” (CF, art. 102, “caput”) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de *dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental* (BRASIL, 2007, p. 323-324, grifos nossos)⁵.

Vale lembrar que esse MS se refere ao caso em que o Supremo definiu a interpretação constitucional da infidelidade partidária. Percebe-se com clareza que, ao se converter o papel de

guardião no de monopolizador da última palavra, a supremacia que seria da Constituição se transmuta em supremacia do órgão jurisdicional – concepção equivocada da jurisdição constitucional (STRECK; SANTOS JÚNIOR, 2014).

Um dos debates acerca da jurisdição constitucional diz respeito à dificuldade contramajoritária em decorrência do déficit democrático do Poder Judiciário. Essa discussão é antiga e profícua na teoria norte-americana, mas chega ao Brasil mais recentemente, em grande parte devido à importância que a jurisdição constitucional vem ganhando pós-Constituinte de 1988. É importante frisar que, no caso brasileiro, a discussão é centrada na intensidade e na maneira como os magistrados, principalmente o STF, empregam o controle de constitucionalidade, já que sua previsão é expressa em nossa Constituição (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014).

A dificuldade contramajoritária não reside tanto no fato de as constituições subtraírem do legislador futuro a possibilidade de tomar decisões importantes. O cerne do debate está no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que a jurisdição constitucional acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 36).

O verdadeiro problema apresenta-se quando a jurisdição constitucional é concebida como detentora do poder de ditar a última palavra sobre o significado da Constituição, o que mais uma vez aponta para o fato de que a objeção democrática não está no uso do controle judicial de constitucionalidade como remédio, mas sim

⁵ Acórdão colhido como exemplo na obra de Souza Neto e Sarmento (2014).

na dosagem de sua utilização (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014).

Os teóricos do denominado *constitucionalismo popular* – que de forma geral se caracteriza por enfrentar a supremacia judicial e a visão elitista de que os juízes são os melhores intérpretes da Constituição – têm como ponto-chave em comum a percepção dos limites da supremacia judicial e a defesa da doutrina constitucional como uma agenda coletiva na qual o povo deve ser protagonista (ORTEGA apud NUNES JÚNIOR, 2017). Isso não significa que todos os teóricos dessa linhagem se oponham ao controle judicial, como veremos neste trabalho.

Com isso, postula-se a retirada da Constituição dos tribunais, na medida em que os mesmos não teriam legitimidade para se manifestar de forma final (*dar a última palavra*) no que tange à *interpretação constitucional*. Tushnet é um dos críticos do *Judicial Review* não pelo aspecto da “objeção contramajoritária” (questionamento tradicional da legitimidade dos magistrados da Suprema Corte, em face de sua origem não democrática, em decidirem questões complexas de conteúdo das normas constitucionais), mas sim, pela tese da “supremacia judicial” (ou seja, a consideração que o judiciário se torna poder condutor acima dos demais poderes). Nesses termos, *Tushnet* apresenta-se como um crítico da Suprema Corte no que tange ao *monopólio* da mesma em dizer *o que é* (o teor) *direito constitucional* (FERNANDES, 2014, p. 203, grifos nossos).

Esses problemas agravam-se quando “a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, [pois] passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social” (MAUS, 2000, p. 187).

É preciso refletir também se o STF teria a capacidade de tornar-se o guardião único dos valores constitucionais. Pela breve história da Corte na experiência republicana brasileira, podem-se ter sérias desconfiças dessa possibilidade, uma

vez que é “clara a insuficiência e a incapacidade do Supremo em tutelar de forma isolada a ordem constitucional, ao longo dos últimos 110 anos” (CRUZ, 2004, p. 312). Por essa razão, a verticalização da jurisdição democrática não coadunaria com o Estado Democrático de Direito, sendo difícil crer no STF com uma função iluminista (BARROSO, 2015) e esperar seu beneplácito (CRUZ, 2004).

As três formas de atuação descritas por Barroso tornam o STF um alvo móvel. Quando está contra o Congresso, está a favor da opinião pública (papel representativo); quando contra a opinião pública, defende os direitos fundamentais (papel contramajoritário); quando contrário à opinião pública e ao Congresso, atua como vanguarda iluminista. Dessa forma, o Supremo nunca erra ou, pelo menos, não há espaço para identificar seus erros e excessos (ARGUELHES, 2017).

Mendes (2008 apud KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 120) aponta com acerto que essa “responsabilidade da última palavra em matéria constitucional levou o Tribunal ao acanhamento frente a oportunidades para decidir mais ativamente, apenas agindo desse modo em casos com baixo e controlado potencial político”. Antecipando a questão do diálogo interinstitucional, seria melhor que a Corte fosse menos verborrágica e mais modesta na retórica e se colocasse como partícipe do processo interinstitucional de significação da Constituição, sem se acanhar quando detiver bons argumentos e sem se intimidar ao desafiar o legislador (MENDES, 2008 apud KOZICKI; ARAÚJO, 2015).

Quando declara inconstitucional determinado ato normativo em uma ação de controle de constitucionalidade, a Corte o faz com caráter de definitividade. Contudo, pode-se entender que a hermenêutica constitucional não se encerra com o processo judicial. O que ele faz é tão somente pôr fim a uma “rodada” na interpretação do texto

constitucional (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014). Diante dessa crítica, surge como possível alternativa a teoria dos diálogos constitucionais.⁶

4 A jurisdição constitucional e os diálogos

Um dos pontos centrais das teorias dos diálogos é enfatizar que o Judiciário não tem descritivamente nem deve ter normativamente o monopólio da interpretação constitucional (BATEUP, 2006). Retomando também a crítica do déficit democrático,

[a]s teorias do diálogo constitucional oferecem uma maneira alternativa de preencher a lacuna de legitimidade, pois, se os ramos políticos do governo e o povo são capazes de responder às decisões judiciais de maneira dialógica, a força do argumento contramajoritário é superado ou, pelo menos, muito atenuado (BATEUP, 2006, p. 1.110, tradução nossa).

Em interessante tese defendida na Universidade Federal do Paraná, Godoy (2015) trabalha com a perspectiva das teorias do diálogo constitucional, retomando primeiramente a discussão das premissas e capacidades institucionais delineadas por Cass Sunstein e Adrian Vermeule: a necessidade de certo grau de especialização funcional na concretização dos fins constitucionais; a falibilidade potencial de qualquer instituição atingir esses fins; e um consequencialismo fraco no sentido de analisar as possíveis soluções e suas diferentes consequências – tudo isso com o objetivo de perseguir a melhor decisão possível (GODOY, 2015).

⁶Não foi objeto da presente análise, mas é importante citar que também não nos alinhamos à visão capitaneada por Jeremy Waldron de que a legitimidade para decidir em última análise as questões sobre direitos e justiça estaria apenas com os legisladores (ANDRADA, 2016).

Apesar de aceitar a precedência *prima facie* do Poder Judiciário em questões de direitos, o autor nega a qualquer instituição o monopólio na interpretação da Constituição e abre espaço para o diálogo interinstitucional. Em uma sociedade plural – na qual a atuação das Cortes é influenciada por diferentes fatores e por interações com diversas outras instituições, por vezes até mesmo conflitivas –, a interação é necessária e até mesmo saudável, pois permite “rejeitar a ideia de que a última palavra sobre a Constituição deve caber ao Poder Judiciário ou, de forma oposta, ao Poder Legislativo” (GODOY, 2015, p. 149).

Em outro trabalho recente, Kozicki e Araújo (2015) apresentam alguns modelos alternativos ao tradicional *judicial review* norte-americano, que influenciou e ainda influencia a jurisdição constitucional à brasileira. Analisando as experiências canadense, inglesa e neozelandesa de implementação de formas mais “fracas” de controle judicial de constitucionalidade, os autores apontam teoricamente a vantagem do diálogo.

Em um mundo em que cortes e parlamentos discordariam razoavelmente sobre justiça e, especificamente, sobre a compatibilidade entre lei ordinária e lei suprema, o diálogo talvez seja a maior vantagem do modelo fraco de *judicial review*. O diálogo permitiria ao Judiciário informar o Legislativo sobre sua interpretação do texto constitucional e, também, autorizaria o Legislativo a responder e agir segundo sua interpretação, mas agora subsidiado pelo Judiciário sobre aspectos constitucionais das suas decisões que lhe faltassem em um primeiro momento. A forma fraca permitiria ao Legislativo a análise constitucional dos seus atos sem que lhe seja retirada a faculdade de reeditá-los caso conclua por sua inadequação ou inconsistência (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 125).

Mais uma vez, não se questiona a importância do STF na interpretação constitucional, nem mesmo seu papel de decidir com caráter de

definitividade os processos que julga. Todavia, isso colocaria fim apenas a uma rodada desse diálogo constitucional:

No contexto do diálogo, em que a decisão judicial suscitaria uma resposta consciente da legislatura, o controle de constitucionalidade não é exercido na condição de um veto. Para melhor ilustrar a ideia do diálogo, adaptá-la ao contexto brasileiro levaria à negação de que o Supremo Tribunal Federal detém a última palavra sobre o significado do texto constitucional. A declaração de inconstitucionalidade iniciaria uma comunicação interinstitucional, vez que o Parlamento deveria lidar com os argumentos trazidos pela Corte e conciliar objetivos sociais e direitos individuais. Melhor seria falar em última palavra provisória da rodada procedimental, em que Corte e Congresso possuiriam a legitimidade para serem ativistas desde que engajados no diálogo e no convencimento. A derrubada da última palavra alheia daria reinício ao circuito decisório com ônus argumentativo ao Poder cuja decisão foi substituída (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 126).

Esse entendimento deve-se à percepção de que, no modo de construção convencional da decisão jurídica, não se captura de maneira plena a interação entre o Judiciário, os demais Poderes e os agentes sociais em geral, fenômeno salutar para o processo de interpretação e aplicação da Constituição (BRANDÃO, 2015). O diálogo interinstitucional tem ocorrido no próprio STF, apesar da recalcitrância de alguns ministros. É farta de exemplos a doutrina que aborda essa questão. Apenas para ilustrá-la, serão abordados dois casos.

No primeiro, o STF tinha o entendimento sedimentado de que, para lograr a aposentadoria especial prevista nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da CRFB (BRASIL, [2021]), os professores precisariam exercer exclusivamente atividades dentro de sala de aula. Por não concordar com essa interpretação constitucional, o legislativo brasileiro editou a Lei nº 11.301/2006 (BRASIL,

[2009b]) estabelecendo que as atividades ligadas à escola, de cunho diretivo, de coordenação ou de assessoramento pedagógico, também deveriam ser computadas. Esse ato normativo foi questionado no Supremo, que reviu seu entendimento anterior, acatou a interpretação constitucional do legislador e julgou improcedente a ADI 3.772 (BRASIL, 2008), tendo inclusive cancelado o artigo enunciado da Súmula nº 726 (BRASIL, 2003).

Assim, a despeito da retórica da “supremacia judicial” na interpretação constitucional, constata-se na jurisprudência do STF alguma abertura para rever seus posicionamentos anteriores, quando postos em xeque por atos legislativos subsequentes. Essa abertura ao diálogo é salutar, pois permite o controle recíproco dos Poderes do Estado e viabiliza a correção de erros na hermenêutica constitucional (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 413). No entanto, observando a interação entre o STF e o Congresso Nacional, percebe-se que a forma típica desse diálogo é a aprovação de emendas constitucionais que buscam superar eventuais decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo (BRANDÃO, 2015).

O segundo exemplo é nesse último sentido. Ao regulamentar o art. 17 da CRFB, o Poder Legislativo inseriu na Lei que rege as eleições aquilo que a doutrina constitucional e eleitoral passou a denominar *cláusula de barreira*. Não obstante sua aprovação no Congresso Nacional e sanção pelo presidente da República, o dispositivo foi declarado inconstitucional pelo STF na ADI 1.351 (BRASIL, 2006). Para alguns analistas, tal decisão gerou a multiplicação de partidos nanicos em nossa dinâmica eleitoral. Para restabelecer as cláusulas de barreira, o Congresso aprovou recentemente, agora como norma constitucional, a EC nº 97/2017 (BRASIL, 2017), que reabre a rodada interpretativa ao inserir o § 3º no art. 17.

Além de praticados empiricamente na jurisdição brasileira, os diálogos constitucionais são

normativamente uma resposta mais adequada à supremacia judicial e ao dilema contramajoritário da jurisdição constitucional, por viabilizar que os Poderes construam uma hermenêutica constitucional mais dialogada e, portanto, mais pluralista e assertiva.

A nosso ver, e a teoria dos diálogos institucionais evidenciam isto, a interpretação da constituição é um empreendimento compartilhado entre os poderes. Dessa forma, a interpretação constitucional deve levar em consideração o sistema político-constitucional como um todo. Talvez a forma com que o “novo modelo constitucional” equilibra os poderes seja a mais adequada versão institucional para harmonizar o autogoverno, o pluralismo e a dispersão de poderes – que é o objetivo declarado das democracias consensualistas. Encontrar uma solução intermediária entre o puro *majoritarismo* e o *juricentrismo* é o desafio da política constitucional moderna (ANDRADA, 2016, p. 160, grifos do autor).

Entendemos que o diálogo entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo pode e deve ocorrer também com o Poder Executivo. Nesse sentido, traremos para o debate a reforma do Judiciário, que inseriu no contexto brasileiro as súmulas vinculantes e permitiu que eventuais violações aos seus enunciados por parte da Administração Pública fossem levadas diretamente ao STF por meio da reclamação constitucional.

5 A reforma do Judiciário e uma nova abertura para os diálogos interinstitucionais: as reclamações constitucionais

Entre diversas alterações promovidas pela reforma do Judiciário capitaneada pela EC nº 45/2004, abordaremos a inclusão da súmula vinculante em nosso ordenamento constitucional:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (BRASIL, [2021]).

Fica evidente que os enunciados de súmulas vinculantes adentram a sistemática constitucional como mais um instrumento de exercício da jurisdição constitucional pelo STF, mas agora com o condão de seus enunciados vincularem todo o Poder Judiciário e a Administração Pública brasileira naqueles assuntos em que o STF tiver maturado a questão constitucional em reiterados julgados e, com quórum qualificado de 2/3, resolver editar determinada súmula vinculante (MENDES; BRANCO, 2018).

O aspecto que nos importa para o presente estudo é a previsão, no § 3º, de se utilizar a reclamação constitucional – ação que já tinha

previsão constitucional (art. 102, I, *l*) (BRASIL, [2021]) – para preservar a autoridade da interpretação assentada pelo STF por meio da súmula vinculante. A inovação maior nesse aspecto – que conversará em particular com nosso raciocínio final – é a admissibilidade da reclamação constitucional também contra ato da Administração Pública que contrariar os enunciados vinculantes editados pela Corte Suprema brasileira (MENDES; BRANCO, 2018).

A opção do constituinte reformador de utilizar a reclamação constitucional como remédio para preservar a autoridade do Supremo também quanto às súmulas vinculantes favoreceria, por um lado, a redução do número de recursos extraordinários e, por outro, poderia gerar uma “nova e adicional sobrecarga de processos – agora de reclamações – para o Supremo Tribunal Federal” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1.088). Além da possibilidade de gerar milhares de processos de reclamações, esse efeito adverso já levantado à época da reforma tornaria o STF um oficial executor de sentenças (VIEIRA, 2004).

No entanto, o maior problema apontado por Vieira (2004, p. 203) é que a

criação da súmula vinculante, tal como proposta, castrará o Judiciário no seu papel de guardião dos direitos constitucionais. Essa tendência de centralização do poder político constitucional na cúpula do Poder Judiciário terá por consequência o enfraquecimento do exercício da jurisdição constitucional pelos juízes de primeiro e segundo graus, que tanto têm contribuído para a consolidação do Estado de Direito no Brasil.

Por esse motivo defendemos que a reclamação constitucional possa ser utilizada como um instrumento que reabra o diálogo e oportunize uma nova rodada de hermenêutica constitucional, seja com os juízes, seja com a Administração Pública.

Com base nos dados lançados no primeiro relatório da pesquisa *Supremo em Números*, conduzida pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), percebe-se um aumento no número de reclamações no STF já a partir de 2004, com pico no ano de 2008 (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011). Como esse relatório abrangeu os processos protocolados entre os anos de 1988 e 2009, buscamos no site do STF os dados referentes aos processos, por classe, de 1990 a 2019, com o objetivo de dar continuidade à pesquisa. Fundamentados nessas informações, estabelecemos a relação percentual entre os processos que ingressaram no Supremo por ano e as reclamações. Por fim, buscamos ordenar as classes processuais para verificar a posição da reclamação entre as demais.

De acordo com os dados, a reclamação era uma ação tímida nos primeiros 10 anos de vigência do texto constitucional, não atingindo mais que 0,5% em média dos processos que ingressavam no STF.

Tabela

Evolução do número de reclamações em relação ao número de processos no STF

| Ano | Nº de processos | Nº de reclamações | Proporção | Ano | Nº de processos | Nº de reclamações | Proporção |
|------|-----------------|-------------------|-----------|------|-----------------|-------------------|-----------|
| 1990 | 1.657 | 3 | 0,18% | 2005 | 85.165 | 976 | 1,1% |
| 1991 | 1.781 | 15 | 0,84% | 2006 | 129.054 | 848 | 0,7% |
| 1992 | 2.555 | 15 | 0,59% | 2007 | 108.038 | 894 | 0,8% |
| 1993 | 2.855 | 11 | 0,39% | 2008 | 73.185 | 1.684 | 2,3% |
| 1994 | 3.511 | 18 | 0,51% | 2009 | 63.732 | 2.262 | 3,5% |
| 1995 | 4.055 | 18 | 0,44% | 2010 | 74.803 | 1.300 | 1,7% |
| 1996 | 4.587 | 28 | 0,61% | 2011 | 63.629 | 1.856 | 2,9% |
| 1997 | 6.807 | 33 | 0,48% | 2012 | 73.489 | 1.895 | 2,6% |
| 1998 | 13.110 | 239 | 1,82% | 2013 | 72.097 | 1.894 | 2,6% |
| 1999 | 38.374 | 204 | 0,53% | 2014 | 80.025 | 2.375 | 3,0% |
| 2000 | 93.261 | 528 | 0,6% | 2015 | 93.560 | 3.273 | 3,5% |
| 2001 | 96.377 | 241 | 0,3% | 2016 | 89.971 | 3.283 | 3,6% |
| 2002 | 92.319 | 242 | 0,3% | 2017 | 102.225 | 3.326 | 3,3% |
| 2003 | 109.226 | 277 | 0,3% | 2018 | 98.291 | 3.467 | 3,5% |
| 2004 | 70.794 | 513 | 0,7% | 2019 | 91.874 | 5.789 | 6,3% |

Fonte: elaborada pelos autores.

Os dados coletados confirmam a hipótese de que, após a reforma do Judiciário, a reclamação ganharia contornos mais importantes e tenderia a aumentar seu quantitativo no STF. Nos anos anteriores à reforma do Judiciário, a reclamação dificilmente atingia a proporção de 1% dos processos que ingressavam na Suprema Corte brasileira. A partir de 2008, essa proporção começa a aumentar e, nos últimos anos, atinge um peso três vezes maior, até que no ano de 2019 passa a representar mais de 6% do número total de processos.

É interessante observar também que, apesar de o quantitativo anual de processos de todas as classes no Supremo ter sofrido uma queda após 2007 – como se esperava que acontecesse após a reforma do Judiciário –, os processos de reclamação seguiram curva diferente e ganharam relevância na pauta do STF. Atualmente, a reclamação constitucional tem sido a quarta classe processual que a Corte mais recebe a cada ano, perdendo apenas para o recurso extraor-

dinário, o agravo em recurso extraordinário e o *habeas corpus*. Esses dados confirmam as ideias do Relatório da FGV de que o Supremo encarna três cortes e porta-se principalmente como corte recursal (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011).

Aclarado esse ponto, podemos partir para o aspecto normativo deste trabalho: a defesa da ideia de que a ampliação de reclamações na Suprema Corte brasileira, apesar de ser vista como uma consequência indesejada por aqueles que ansiavam pela redução da carga de trabalho do STF (MENDES; BRANCO, 2018), propicia uma abertura dialogal em torno da edição da súmula vinculante ao permitir que reclamante e reclamado reabram o debate sobre os contornos e o alcance do enunciado, ampliando assim os diálogos interinstitucionais.

Como dito anteriormente, a maioria dos estudos brasileiros que adota a perspectiva dos diálogos constitucionais focaliza a relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

Entretanto, Mendes (2008), em sua tese de doutorado, já apontava em nota explicativa a necessidade de uma abordagem dialógica que inserisse na análise a participação do Executivo no processo de construção do significado da CRFB.

Consideramos que o ambiente processual criado pela reclamação cria exatamente essa possibilidade. Como vimos, a ação de reclamação pode ser proposta originariamente no STF em face da contrariedade na aplicação de uma súmula vinculante pela Administração Pública. Com isso, aquele enunciado aprovado pelo STF retornará para a pauta da Casa com algum órgão da Administração Pública como reclamado, o que permitirá o início de uma nova rodada de interpretação constitucional.

Isso não significa que, a qualquer processo de reclamação, o Supremo colocará em xeque a força vinculante de suas súmulas. Contudo, as peculiaridades do caso concreto, as expertises da Administração Pública e os argumentos das partes poderão atribuir novos sentidos à súmula vinculante, atenuar sua extensão, intensidade ou até mesmo levar à revisão ou ao cancelamento de seu enunciado, algo previsto na competência da própria Corte.

Diferentemente da visão de alguns ministros do Supremo para os quais “súmula não se interpreta, aplica-se”, temos a convicção de que a súmula vinculante, como mais um enunciado linguístico, demandará novos capítulos desse romance em cadeia (DWORKIN, 2000), que podem ser escritos de forma dialogal, com uma postura menos hiperbólica e mais plural do STF.

6 Considerações finais

O propósito deste estudo foi afirmar nossa crença nos diálogos constitucionais como modelo de jurisdição constitucional. No entanto, é preciso aclarar que as posturas insulares e as políticas estratégicas e estamentais promovidas pelos ministros do Supremo evidenciam a dificuldade de implementação efetiva desse modelo na atual conjuntura dos Poderes republicanos brasileiros. O STF ainda permanece arraigado no direito de, como guardião da Constituição, dar a última palavra e recentemente tem assumido a postura de intrusão na formulação de políticas públicas.

Diferentemente de Barroso ou Waldron – que idealizam ora o STF, ora o Parlamento –, estamos cientes de que nossas instituições são falhas: organizam-se com base em uma mentalidade patrimonialista e corporativista, e os diálogos podem ser obstados pelo entrincheiramento de competências. Assim, nossa crença nos diálogos é uma crença ressabiada, ciente dos entraves institucionais apontados.

Como limitação da presente pesquisa, apontamos o foco na atuação, estrutura e funcionamento do Poder Judiciário, “vício” recorrente na doutrina constitucional. Contudo, estamos conscientes de que a análise dos diálogos constitucionais deveria abraçar o exame mais detido dos demais Poderes. Portanto, para pesquisas futuras sugerimos a análise da atuação do Poder Executivo, ainda que no âmbito do sistema de Justiça, a exemplo da atuação da Advocacia-Geral da União.

Sobre os autores

Guilherme Scodeler de Souza Barreiro é mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Lavras, Lavras, MG, Brasil; doutorando em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor do curso de Direito do Centro Universitário de Lavras, Lavras, MG, Brasil; bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).
E-mail: guiscod@hotmail.com

Álvaro Ricardo de Souza Cruz é doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto III dos programas de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; procurador federal do Ministério Público Federal, Belo Horizonte, MG, Brasil.
E-mail: alvaro.sc@terra.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Última palavra e diálogos constitucionais: caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 181-200, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p181

(APA)

Barreiro, G. S. de S., & Cruz, A. R. de S. (2021). Última palavra e diálogos constitucionais: caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 58(231), 181-200. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p181

Referências

ANDRADA, Bonifácio. *Controle judicial de constitucionalidade*: constitucionalismo entre o direito e a política. Curitiba: Juruá, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2017. p. 81-107.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018. DOI: <https://dx.doi.org/10.25091/S01013300201800010003>. Disponível em: http://novosestudios.com.br/wp-content/uploads/2018/04/02_arguelhes_dossie_110_p12a33_baixa_vale.pdf. Acesso em: 12 abr. 2021.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-85, jan./jun. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322012000100003>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 5, n. especial, p. 24-50, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3180>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3180/pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, [s. l.], v. 71, n. 3, p. 1.109-1.180, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 615-658.

_____. Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 351-390.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017*. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. *Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006*. Altera o art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, definição de funções de magistério. Brasília, DF: Presidência da República, [2009b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11301.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.351/DF*. Partido político – funcionamento parlamentar – propaganda partidária gratuita – fundo partidário. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita [...]. Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B e outros; Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de dezembro de 2006. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.772/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade manejada contra o art. 1º da Lei Federal 11.301/2006, que acrescentou o § 2º ao art. 67 da Lei 9.394/1996. Carreira de magistério. Aposentadoria especial para os exercentes de funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator originário: Min. Carlos Britto. Relator para o acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, 29 de outubro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 26.603/DF*. Mandado de segurança – questões preliminares rejeitadas – o mandado de segurança como processo documental e a noção de direito líquido e certo – necessidade de prova pré-constituída – a compreensão do conceito de autoridade coatora, para fins mandamentais – reserva estatutária, direito ao processo e exercício da jurisdição [...]. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 726*. Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula. Brasília, DF: STF, 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1498>. Acesso em: 12 abr. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_a91f14735de1030b707a9f771930140d. Acesso em: 12 abr. 2021.

CARVALHO FILHO, Antônio; CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. Recuperação judicial e o voluntarismo judicial. *Revista Brasileira de Direito Processual*: RBDPro, Belo Horizonte, v. 27, n. 106, p. 83-95, abr./jun. 2019.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 473-486, maio 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GUIMARÃES, Frederico Garcia. Supremo Tribunal Federal entre a última palavra e diálogos interinstitucionais ou entre a autonomia e alteridade. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, DF, v. 3, n. 2, p. 545-599, jul./dez. 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SILVA, Guilherme Ferreira. Ativismo judicial na pandemia. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (org.). *A pandemia e seus reflexos jurídicos*. Belo Horizonte: Arraes, 2020. p. 27-41.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Coleção Justiça e Direito).

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze supremos: todos contra o Plenário. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). *Onze supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: JOTA: FGV Rio, 2017. p. 20-28. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17959>. Acesso em: 12 abr. 2021.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2011. (Novas Ideias em Direito: Resultados de Pesquisa). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>. Acesso em: 12 abr. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.

FERNANDES, Pedro de Araújo. *A judicialização da “megapolítica” no Brasil: o protagonismo do STF no impeachment da presidente Dilma Rousseff*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=31030@1>. Acesso em: 12 abr. 2021.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Confluências*, Niterói, v. 12, n. 2, p. 106-128, out. 2012. DOI: <https://doi.org/10.22409/conflu12i2.p121>. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/34336>. Acesso em: 12 abr. 2021.

FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas “cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-45, jan./jun. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322013000100002>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20851/19577>. Acesso em: 12 abr. 2021.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger (org.). *História oral do Supremo (1988-2013): Sepúlveda Pertence*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2015. v. 3. (História Oral do Supremo). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13672>. Acesso em: 12 abr. 2021.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>. Acesso em: 12 abr. 2021.

HIRSCHL, Ran. “Juristocracy”: political, not juridical. *The Good Society*, [Pennsylvania], v. 13, n. 3, p. 6-11, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1353/gso.2005.0020>.

KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Sequência*, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 107-131, dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p107>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p107>. Acesso em: 12 abr. 2021.

LIMA, Danilo Pereira. Os “donos” do Poder Judiciário: uma crítica à discricionariedade judicial, a partir de Max Weber e Raymundo Faoro. *Revista Jurídica do Uniaraxá*, Araxá, v. 22, n. 21, p. 118-132, 2018. Disponível em: <http://ojs.uniaraxa.edu.br/index.php/juridica/article/view/614>. Acesso em: 12 abr. 2021.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, [São Paulo], v. 3, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Disponível em: <http://novosestudios.com.br/produto/edicao-58/#59195f0755cd3>. Acesso em: 13 abr. 2021.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de Poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acesso em: 13 abr. 2021.

_____. Onze ilhas. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 1^a fev. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>. Acesso em: 13 abr. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. (Série IDP).

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RIBEIRO, Mariana da Silva. *Controle de constitucionalidade e Estado democrático de direito: “última palavra” ou diálogo interinstitucional*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Lavras, Lavras, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 11, n. 3, p. 557-584, July 2013. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/11/3/557/789359>. Acesso em: 13 abr. 2021.

SOUSA, Thanderson Pereira de; TRAVASSOS, Mayara Andrade Santos. Saúde, judicialização e paternalismo no estado social em crise. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, v. 89, n. 2, p. 184-208, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/110264>. Acesso em: 13 abr. 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Recurso especial, macro-lides e o puxadinho hermenêutico. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JUNIOR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2014. v. 3, p. 181-196.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: _____ (ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995. p. 1-10.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira?”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200004>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35158>. Acesso em: 13 abr. 2021.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

_____. Que reforma? *Estudos Avançados*, [São Paulo], v. 18, n. 51, p. 195-207, maio/ago. 2004. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142004000200012>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10008>. Acesso em: 13 abr. 2021.

_____. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 13 abr. 2021.

Atos notariais por meios eletrônicos

A quarentena trouxe o futuro aos cartórios e tabelionatos

MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO

Resumo: Há anos a legislação brasileira prevê a possibilidade de se realizarem atos notariais por meios eletrônicos com videoconferência. Contudo, somente em 26/5/2020, devido à busca por instrumentos tecnológicos que superassem a necessidade de distanciamento social provocada pela pandemia da Covid-19, a Corregedoria Nacional de Justiça, órgão vinculado ao Conselho Nacional de Justiça, editou o Provimento nº 100, que dispõe sobre atos notariais eletrônicos em todo o território nacional. Em face da importante função social dos cartórios e tabelionatos, este artigo analisa a evolução legislativa que levou à atual regulamentação e destaca suas inovações. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, que utiliza o método dedutivo e a análise de conteúdo como metodologia, com revisão bibliográfica, coleta de dados e estudo dos diplomas legais.

Palavras-chave: Atos notariais eletrônicos. Direito cartorial. Pandemia. Covid-19. Videoconferência.

Notarial acts by electronic means: the quarantine brought the future to notaries

Abstract: Although the Brazilian legislation has for years provided for the carrying out of notarial acts by electronic means with video conference, it was not until May 25, 2020, due to the need to better cope with the social distancing brought about the Covid-19 pandemic, that the Corregedoria Nacional de Justiça, a body linked to the National Council of Justice, issued Provision n. 100, which provides for notary acts through electronic means throughout the Brazilian territory. In view of the major social role of notary offices, this article both probes into the legislative evolution that led to the current regulation and highlights its innovations. It is a qualitative research the methodology of which is content analysis and deductive method coupled with bibliographical review, data collection and study on legal diplomas.

Recebido em 1/10/20
Aprovado em 1/2/21

Keywords: Electronic notarial acts. Notary law. Pandemic. Covid-19. Video conference.

1 Introdução

A legislação brasileira prevê há anos a possibilidade de se realizarem atos notariais por meios eletrônicos com videoconferência. Contudo, apenas recentemente, em 26/5/2020, a Corregedoria Nacional de Justiça, órgão vinculado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editou o Provimento nº 100, que dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos pelo sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica (MNE) e dá outras providências relacionadas à prestação desses serviços em ambiente virtual e remoto em todo o território nacional (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020c). Essa demora em criar um sistema eletrônico unificado e determinar a utilização dos recursos tecnológicos na prática cartorial indicaria que a burocracia no Brasil, de tão arraigada nas relações sociais, seria um traço cultural.

Antes da edição do Provimento nº 100, apenas algumas unidades da Federação haviam-se estruturado para a realização de atos notariais eletrônicos, conforme as regulamentações estabelecidas pelas corregedorias estaduais de Justiça, que muitas vezes apresentavam divergências. A recente normatização sistematizou e unificou os procedimentos a serem adotados em todo o Brasil por meio do e-Notariado, ao qual deverão aderir todos os tabelionatos ou cartórios de notas do País, o que implica a revogação do que foi anteriormente editado por alguns estados.

A nova regulamentação foi publicada pela Corregedoria Nacional de Justiça apenas após a Organização Mundial de Saúde ter declarado em 11/3/2020 a pandemia causada pelo novo coronavírus. O distanciamento imposto como única opção para o achatamento da curva de contágio da Covid-19 estimulou a busca por instrumentos tecnológicos que suprissem a presença física.

Além de enumerar as principais novidades trazidas pelo Provimento nº 100, este artigo analisa a evolução legislativa que levou à edição da nova regulamentação sobre atos notariais eletrônicos. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, que utiliza o método dedutivo e a análise de conteúdo como metodologia, com revisão bibliográfica, coleta de dados e estudo dos diplomas legais.

Para a consecução do objetivo proposto, o texto divide-se em três seções, além desta introdução e da conclusão: função e *status* legal dos tabelionatos

e registros; evolução legislativa até o advento da pandemia da Covid-19; e o Provimento nº 100 da Corregedoria Nacional de Justiça.

2 Função e *status legal* dos tabelionatos e registros

Em 1565, Estácio de Sá, sobrinho do então governador geral do Brasil, Mem de Sá, foi enviado pelos portugueses com a missão de expulsar os franceses da Baía da Guanabara e fundar a cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro. A criação de uma vila era acompanhada pela instituição de um notário, com a função de dar segurança e transmitir legitimidade aos atos praticados.¹ Em retribuição aos bons serviços prestados na armada de Estácio de Sá, Pero da Costa recebeu a provisão de Mem de Sá, tornando-se em 1565 o primeiro tabelião oficialmente designado do Brasil. A instituição do 1º Ofício de Notas da cidade do Rio de Janeiro, hoje com 456 anos, ajuda a compreender por que o tabelionato ou o cartório de notas está diretamente relacionado à história do País.

O tabelionato ou o cartório de notas é uma estrutura criada pelo Poder Público em que pessoas naturais nomeadas exercem funções previstas na legislação. Como destaca Santos (1954, p. 73), essa estrutura “atribui fé pública para instrumentarem ou exararem contratos, testamentos e outros atos de sua competência”.

Aos tabeliães ou notários cumpre, entre outras, as seguintes atribuições: (i) instrumentar e autenticar, na forma das leis civis, as declarações de vontade ou quaisquer contratos e convenções privadas permitidas em direito; (ii) escrever e

aprovar, ou somente aprovar, testamentos e codicilos; (iii) lavrar procuração, extrair certidão de suas escrituras ou assentos, bem como cópias, pública-forma ou traslado de quaisquer documentos; (iv) reconhecer letra e firma, além das cópias dos documentos, em cotejo com os originais (SANTOS, 1954, p. 76-77).

O serviço notarial e registral pode ser caracterizado como o trabalho de harmonizar com a lei a declaração desejada pelas partes nos negócios jurídicos. Essa compatibilização deve ser ativa, e não meramente passiva, explica Ceneviva (2014, p. 39), pois “a declaração emitida e assim transposta para o documento público se destina a retratar o ajuste dos direitos e obrigações afirmados e aceitos pelos intervenientes no ato”. O notário ou o tabelião “é a ponte entre a lei e a declaração, a qual, sob o preceito de que os pactos são obrigatórios, cria a normatividade própria do contrato por instrumento público, determinando os fins visados pelos contratantes” (CENEVIVA, 2014, p. 39).

A atividade de tabelião ou notário é privada: uma pessoa natural é nomeada por delegação para a realização de um múnus público conforme estabelece o art. 236 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2021a]). Nesse sentido, Rodrigues e Ferreira (2013, p. 47) explicam que, “a despeito de estar vinculado ao princípio da legalidade quanto aos atos que pode praticar, o tabelião pode formalizar a vontade das partes em consonância com a ampla liberdade contratual”. Campos (1981, p. 31) complementa que o tabelião ou o notário exercem uma atividade-meio, ou seja, após a lavratura do negócio, o particular deve encaminhá-lo ao registro para que surta seus efeitos.

Embora a função do registrador seja também delegada a pessoa natural e esteja prevista no mesmo art. 236 da CRFB, sua atuação é limitada pelo princípio da legalidade, podendo fazer apenas o que a norma permite. Assim, ao atuar na quali-

¹ “Em qualquer cidade, villa, ou lugar, onde houver casa deputada para os Tabelliães de Notas, starão nella pela manhã e à tarde, para que as partes, que os houverem mister para fazer alguma scriptura, os possam mais prestes achar [sic]” (PORTUGAL, 1870, p. 179-180).

ficação de títulos e documentos, o registrador exerce uma atividade-fim. Quando a parte não se conforma, explicam Swensson, Swensson Neto e Swensson (2006, p. 38-39), “o oficial suscita dúvida administrativa registral, instrumento que não existe para o tabelião”.

Como bem ensina Lopes (1947, p. 2), “o registro é a menção de certos atos ou fatos, exarada em registros especiais por um oficial público quer à vista dos títulos comuns que lhe são apresentados, quer em face de declarações escritas ou verbais das partes interessadas”. Os registros podem servir de meio de prova especial ou atuar como um simples processo de conservação de um documento. A sua função no Direito, explica o autor,

consiste em tornar conhecidas certas situações jurídicas, precipuamente quando se refletem nos interesses de terceiros. Por outro lado, a sua finalidade caracteriza-se por essa dupla face: ao mesmo tempo em que realiza uma defesa, serve de elemento de garantia (LOPES, 1947, p. 3).

Nos municípios de menor porte ou nos distritos, os estados podem organizar de forma conjunta as funções de tabeliães ou notários e de registradores. Em São Paulo, por exemplo, os registradores de municípios que não são sedes de comarcas ou de distritos podem acumular as funções dos tabeliães ou notários porque seria desgastante para o município ter que se deslocar até uma comarca. Funcionam desse modo o registro civil de pessoas naturais, o registro civil de pessoas jurídicas e o registro de títulos e documentos. Todavia, o registro de imóveis, exceção a essa regra, está sempre sediado nas comarcas.²

A Lei nº 8.935, de 18/11/1994 (BRASIL, [2017]), que regulamenta o art. 236 da CRFB, dispõe em seu art. 1º que “serviços notariais e de registro são os [atos] de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”. Chama a atenção o fato de que a palavra *cartórios* tenha sido substituída por *serviços* devido à carga negativa atribuída a essas entidades por representarem o chamado *Estado patrimonialista*. Para Faoro (2001, p. 866), patrimonialismo é basicamente uma estrutura de poder em que há mistura dos setores público e privado, “cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi”.

No mesmo sentido foi cunhado o termo *Estado cartorial*, que faz referência à estrutura administrativa que, embora se apresente como orientada para a prestação de determinados serviços à coletividade, é concebida na

² Por exemplo: Bonfim Paulista é distrito da cidade de Ribeirão Preto no interior do estado de São Paulo e tem registrador civil de pessoas naturais, de pessoas jurídicas e de títulos e documentos, mas todos os registros de imóveis devem ser feitos no Primeiro Registro de Imóveis localizado na cidade de Ribeirão Preto.

verdade para assegurar empregos e vantagens específicos a determinados grupos e pessoas.³

Segundo levantamento do CNJ (apud CHRISTOFOLETTI; FLOR, 2008), dos 13.558 tabeliães no País, menos de 37% são concursados. Isso significa que o cargo, de caráter vitalício, é ocupado por parentes que herdaram os tabelionatos ou por antigos funcionários que foram nomeados “provisoriamente”. São 5.001 titulares de cartórios aprovados em concurso público, 5.370 que conquistaram o cargo graças a um padrinho na administração e outros 3.187 que não aceitaram responder à enquete do CNJ.⁴

A insatisfação do administrado diante de uma estrutura que insiste em não se reformar e que muda para continuar sempre a mesma é alimentada por situações como essa.

3 Evolução legislativa até o advento da pandemia da Covid-19

A possibilidade de instituição de atos notariais por meios eletrônicos começou a ser regulamentada no Brasil com a edição da Medida Provisória (MP) nº 2.200-1, de 27/7/2001 (BRASIL, 2001), reeditada como a MP nº 2.200-2, de 24/8/2001

³“O termo Estado cartorial foi empregado por derivação da instituição judiciária dos cartórios e das atividades por [eles] exercidas no Brasil desde a Colônia e nos demais países de tradição luso-hispânica. O cartório é concebido, formalmente, como uma atividade auxiliar do sistema judiciário, destinada a assegurar a guarda e a boa tramitação de processos e respectiva documentação, a verificação de determinadas verdades factuais, como a autenticidade de assinaturas, e a prática de providências semelhantes. Na verdade, entretanto, ele constitui uma imposição, de baixa ou nula utilidade funcional, frequentemente, inclusive, constituindo um inútil ônus adicional sobre as transações correntes, destinada, efetivamente, a assegurar proveitos prebendatários ao respectivo titular” (JAGUARIBE, c2009).

⁴“O Justiça Aberta é um sistema que permite a consulta em ‘Serventias Extrajudiciais’ de dados sobre a produtividade dos cartórios, subdistritos e escritórios de notas, protestos e registros, que reconhecem, atestam e certificam atos particulares e públicos, como nascimentos, óbitos, imóveis, notas e processos jurídicos” (JUSTIÇA.A..., [201-]). Ver Painéis... ([2021?]).

(BRASIL, [2020b]), que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) “para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras”. O uso dessa certificação – o Cadastro Eletrônico de Pessoas Físicas (e-CPF) e o Cadastro Nacional Eletrônico de Pessoas Jurídicas (e-CNPJ) – garantiu a presunção de veracidade da declaração constante nos documentos perante o signatário. A norma permitiu também a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos eletrônicos que não necessariamente a certificação ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido.

No mesmo sentido, a aprovação da Lei nº 11.419, de 19/12/2006 (BRASIL, [2019]), contribuiu para a difusão da assinatura digital ao dispor sobre a informatização do processo judicial. Essa norma autorizou a digitalização, a produção, a assinatura e a transmissão eletrônica de documentos, o que gerou a presunção de originalidade documental dos meios judiciais virtuais. Posteriormente, a Lei nº 12.682, de 9/7/2012 (BRASIL, [2021b]), que dispôs sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos, definiu como digitalização a conversão da fiel imagem de um documento para o meio eletrônico. Reafirmou também sua presunção de veracidade, sua força probante, bem como sua integridade, autenticidade e confiabilidade.

Em 20/9/2019, a Lei nº 13.874 (BRASIL, [2020a]), decorrente da conversão da MP nº 881, de 30/4/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabeleceu garantias de livre mercado, considerou um direito da pessoa natural ou jurídica arquivar eletronicamente qualquer documento, conforme técnicas legais dispostas no Decreto nº 10.278, de

18/3/2020, que balizou as regras, os padrões e os requisitos para a digitalização.

Apesar da evolução legislativa apontar para a necessidade de se regulamentarem os atos notariais por meios eletrônicos, foi necessária uma pandemia para que isso realmente se concretizasse.

4 O Provimento nº 100 da Corregedoria Nacional de Justiça

Após a decretação de quarentena para evitar a disseminação do novo coronavírus, o CNJ editou o Provimento nº 91, de 22/3/2020 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020a), que dispõe sobre o atendimento remoto aos usuários das serventias extrajudiciais, e o Provimento nº 95, de 1º/4/2020, que define os serviços extrajudiciais como essenciais, regulamentando o atendimento a distância e o envio eletrônico de documentos aos tabelionatos de notas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020b).

O reconhecimento da necessidade e importância de uma regulamentação mais ampla sobre a prestação de serviços notariais em ambiente virtual e remoto em todo o território nacional levou à edição do Provimento nº 100, de 26/5/2020 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020c), que dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado – na plataforma do Colégio Notarial do Brasil –, cria a MNE e dá providências relacionadas a cadastros dos usuários, como a interconexão e os limites de atuação dos notários, a emissão de certificados notariais, entre outras.

O art. 2º do Provimento nº 100 traz algumas definições importantes para o objeto regulado pela norma, considerando: (i) *assinatura eletrônica notariada*: “qualquer forma de verificação de autoria, integridade e autenticidade de um documento eletrônico realizada por um notá-

rio, atribuindo fé pública”; (ii) *certificado digital notariado*: “identidade digital de uma pessoa física ou jurídica, identificada presencialmente por um notário a quem se atribui fé pública”; (iii) *assinatura digital*: “resumo matemático computacionalmente calculado a partir do uso de chave privada e que pode ser verificado com o uso de chave pública, cujo certificado seja conforme a Medida Provisória n. 2.200-2/2001 ou qualquer outra tecnologia autorizada pela lei”; (iv) *biometria*: “dado ou conjunto de informações biológicas de uma pessoa, que possibilita ao tabelião confirmar a identidade e a sua presença, em ato notarial ou autenticação em ato particular”; (v) *videoconferência notarial*: “ato realizado pelo notário para verificação da livre manifestação da vontade das partes em relação ao ato notarial lavrado eletronicamente”; (vi) *ato notarial eletrônico*: “conjunto de metadados, gravações de declarações de anuência das partes por videoconferência notarial e documento eletrônico, correspondentes a um ato notarial”; (vii) *documento físico*: “qualquer peça escrita ou impressa em qualquer suporte que ofereça prova ou informação sobre um ato, fato ou negócio, assinada ou não, e emitida na forma que lhe for própria”; (viii) *digitalização* ou *desmaterialização*: “processo de reprodução ou conversão de fato, ato, documento, negócio ou coisa, produzidos ou representados originalmente em meio não digital, para o formato digital”; (ix) *papelização* ou *materialização*: “processo de reprodução ou conversão de fato, ato, documento, negócio ou coisa, produzidos ou representados originalmente em meio digital, para o formato em papel”; (x) *documento eletrônico*: “qualquer arquivo em formato digital que ofereça prova ou informação sobre um ato, fato ou negócio, emitido na forma que lhe for própria, inclusive aquele cuja autoria seja verificável pela internet”; (xi) *documento digitalizado*: “reprodução digital de documento originalmente em papel ou outro meio físico”;

(xii) *documento digital*: “documento originalmente produzido em meio digital”; (xiii) *meio eletrônico*: “ambiente de armazenamento ou tráfego de informações digitais”; (xiv) *transmissão eletrônica*: “toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, tal como os serviços de internet”; (xv) *usuários internos*: “tabeliães de notas, substitutos, interinos, interventores, escreventes e auxiliares com acesso às funcionalidades internas do sistema de processamento em meio eletrônico”; (xvi) *usuários externos*: “todos os demais usuários, incluídas partes, membros do Poder Judiciário, autoridades, órgãos governamentais e empresariais”; (xvii) *Cenad*: “Central Notarial de Autenticação Digital, que consiste em uma ferramenta para os notários autenticarem os documentos digitais, com base em seus originais, que podem ser em papel ou natos-digitais”; (xviii) *cliente do serviço notarial*: “todo o usuário que comparecer perante um notário como parte direta ou indiretamente interessada em um ato notarial, ainda que por meio de representantes, independentemente de ter sido o notário escolhido pela parte outorgante, outorgada ou por um terceiro” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020c).

O art. 3º estabelece os requisitos da prática do ato notarial eletrônico:

I – videoconferência notarial para captação do consentimento das partes sobre os termos do ato jurídico; II – concordância expressada pela[s] partes com os termos do ato notarial eletrônico; III – assinatura digital pelas partes, exclusivamente através do e-Notariado; IV – assinatura do Tabelião de Notas com a utilização de certificado digital ICP-Brasil; V – uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020c).

O parágrafo único desse mesmo artigo determina que a gravação da videoconferência notarial deverá conter, no mínimo:

a) a identificação, a demonstração da capacidade e a livre manifestação das partes atestadas pelo tabelião de notas; b) o consentimento das partes e a concordância com a escritura pública; c) o objeto e o preço do negócio pactuado; d) a declaração da data e horário da prática do ato notarial; e e) a declaração acerca da indicação do livro, da página e do tabelionato onde será lavrado o ato notarial (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020c).

Estabelece o art. 4º que, para “a lavratura do ato notarial eletrônico, o notário utilizará a plataforma e-Notariado, [por meio do sítio] www.e-notariado.org.br, com a realização da videoconferência notarial para captação da vontade das partes e coleta das assinaturas digitais” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020c).

O art. 5º determina ao Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal a obrigação de manutenção de um registro nacional único dos Certificados Digitais Notarizados e de biometria.

O art. 7º especifica os objetivos do Sistema de Atos Notariais Eletrônicos:

I – interligar os notários, permitindo a prática de atos notariais eletrônicos, o intercâmbio de documentos e o tráfego de informações e dados; II – aprimorar tecnologias e processos para viabilizar o serviço notarial em meio eletrônico; III – implantar, em âmbito nacional, um sistema padronizado de elaboração de atos notariais eletrônicos, possibilitando a solicitação de atos, certidões e a realização de convênios com interessados; e IV – implantar a Matrícula Notarial Eletrônica – MNE (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020c).

Para garantir a idoneidade dos atos notariais eletrônicos, o art. 11 esclarece que o sistema e-Notariado contará com módulo de fiscalização e de geração de relatórios – chamado de *correção on-line* – para o acompanhamento dos juízes responsáveis pela atividade extrajudicial, pelas corregedorias de Justiça dos estados e do

Distrito Federal, e pela Corregedoria Nacional de Justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020c).

O art. 12 institui

a Matrícula Notarial Eletrônica – MNE, que servirá como chave de identificação individualizada, facilitando a unicidade e rastreabilidade da operação eletrônica praticada. § 1º A Matrícula Notarial Eletrônica será constituída de 24 (vinte e quatro) dígitos, organizados em 6 (seis) campos [...]. § 2º O número da Matrícula Notarial Eletrônica integra o ato notarial eletrônico, devendo ser indicado em todas as cópias expedidas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020c).

O art. 35 estabelece que o e-Notariado seria implementado com a publicação do Provimento CNJ nº 100/2020 e, “no prazo máximo de 6 meses, naquilo que houver necessidade de cronograma técnico, informado periodicamente à Corregedoria Nacional de Justiça” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020c).

O módulo da Cenad, integrado à plataforma e-Notariado e regulamentado pelo Provimento nº 100 da Corregedoria Nacional de Justiça, permite autenticar digitalmente documentos e realizar a verificação de sua autenticidade, o controle dos atos praticados e a autenticação de cópias de documentos em formato digital. A plataforma permite a autenticação tanto de documentos originalmente digitais quanto de documentos convertidos no formato PDF, com autenticação assegurada pelo Notarchain, a rede Blockchain dos notários brasileiros (PLATAFORMA..., 2021).

A possibilidade de os cidadãos enviarem seus documentos por meio de WhatsApp, e-mail ou qualquer outro recurso eletrônico a órgãos públicos ou a pessoas físicas e jurídicas representa um avanço em direção à simplificação e agilização dos serviços cartoriais. Com o mesmo valor do documento físico original, os documentos ele-

trônicos facilitam a concretização de negócios (PLATAFORMA..., 2021).

Os números mostram que o serviço digital atende à demanda da população. Em apenas quatro meses, Belo Horizonte contabilizou 2.232 páginas autenticadas em formato virtual. A procura por essa solução cresce a uma média mensal de 654% e atingiu seu pico no último mês de janeiro, em que mais de 1.800 páginas foram autenticadas. Minas Gerais registrou um total de 5.859 atos feitos de forma totalmente eletrônica, sendo 3.222 deles escrituras e procurações; e fevereiro de 2021 foi o mês com o maior número de serviços digitais: 535. Os cartórios de notas mineiros praticaram 2.637 autenticações digitais de documentos pela plataforma de serviços eletrônicos (PLATAFORMA..., 2021).

5 Conclusão

O Direito Notarial e Registral vive um novo paradigma segundo o qual conhecimento e boa técnica são condições para dar segurança aos atos e negócios jurídicos, com boa qualidade e a baixo custo. A sociedade concebe os cartórios como instituições da comunidade e deposita nessas entidades sua confiança na busca da prevenção de litígios.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (2020b), os serviços notariais e de registro são essenciais à concretização de direitos, como o exercício da cidadania, a circulação da propriedade, a obtenção de crédito com garantia real, a prova do inadimplemento de títulos e outros documentos de dívida com a chancela da fé pública.

A adoção de regras uniformes em todo o território nacional para a realização de atos notariais eletrônicos atende aos reclamos de uma sociedade que se acostumou, passo a passo, à tecnologia. O cidadão, que consegue consultar

sua previdência pelo computador e fazer transferências de dinheiro pelo celular, via-se obrigado a ir pessoalmente aos cartórios e tabelionatos brasileiros e, muitas vezes, a enfrentar filas para ser atendido.

A burocracia é instrumento de organização das atividades administrativas do setor público, mas seu excesso gera custos e até mesmo injustiças, na medida em que dificulta o acesso dos cidadãos aos serviços. Não se pode admitir que um desvio na prestação de serviços públicos que impede seu gozo pelos cidadãos seja apontado e aceito como traço cultural.

Sobre o autor

Marco Aurélio Gumieri Valério é doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista, São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Direito na Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor do programa de graduação da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP, Ribeirão Preto, SP, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Integração da América Latina da USP, São Paulo, SP, Brasil; advogado; membro da Comissão Especial de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: marcoaureliogv@usp.br

Como citar este artigo

(ABNT)

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Atos notariais por meios eletrônicos: a quarentena trouxe o futuro aos cartórios e tabelionatos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 201-211, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p201

(APA)

Valério, M. A. G. (2021). Atos notariais por meios eletrônicos: a quarentena trouxe o futuro aos cartórios e tabelionatos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(231), 201-211. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p201

Referências

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

_____. *Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994*. Regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 6 jul. 2021.

_____. *Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm. Acesso em: 6 jul. 2021.

_____. *Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012*. Dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112682.htm. Acesso em: 6 jul. 2021.

_____. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 6 jul. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 2.200-1, de 27 de julho de 2001*. Institui a [Infraestrutura] de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200-1.htm. Acesso em: 6 jul. 2021.

_____. *Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001*. Institui a [Infraestrutura] de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 6 jul. 2021.

CAMPOS, Antonio Macedo de. *Comentários à Lei de Registros Públicos*. 2. ed. rev. e atual. Bauru: Jalovi, 1981. 3 v.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores comentada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHRISTOFOLETTI, Lilian; FLOR, Ana. Mais da metade dos titulares de cartórios não fez concurso. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2212200806.htm>. Acesso em: 6 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Corregedoria Nacional de Justiça. *Provimento nº 91, de 22 de março de 2020*. Dispõe sobre a suspensão ou redução do atendimento presencial ao público, bem como a suspensão do funcionamento das serventias extrajudiciais a cargo dos notários, registradores e responsáveis interinos pelo expediente [...]. Brasília, DF: CNJ, 2020a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original151948202004025e8602949fdc7.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2021.

_____. Corregedoria Nacional de Justiça. *Provimento nº 95, de 1ª de abril de 2020*. Dispõe sobre o funcionamento dos serviços notariais e de registro durante o período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), em decorrência da infecção humana pelo novo Coronavírus (Sars-Cov-2) [...]. [Brasília, DF]: CNJ, 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original221227202004015e8511c1bc13d8.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2021.

_____. Corregedoria Nacional de Justiça. *Provimento nº 100, de 26 de maio de 2020*. Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências. [Brasília, DF]: CNJ, 2020c. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original222651202006025ed6d22b74c75.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2021.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

JAGUARIBE, Hélio. Estado cartorial. In: FGV CPDOC. Rio de Janeiro: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, c2009. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/estado-cartorial>. Acesso em: 6 jul. 2021.

JUSTIÇA aberta. [Brasília, DF]: CNJ, [201-]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoria/cnj/justica-aberta/>. Acesso em: 6 jul. 2021.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos: parte geral e parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: A Noite, 1947. v. 1.

PAINÉIS CNJ. [Brasília, DF]: CNJ, [2021?]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis-cnj/>. Acesso em: 6 jul. 2021.

PLATAFORMA acelera atos notariais. *Diário do Comércio*, Belo Horizonte, 6 abr. 2021. Disponível em: <https://diariodocomercio.com.br/legislacao/plataforma-acelera-atos-notariais/>. Acesso em: 6 jul. 2021.

PORTUGAL. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. 14. ed. por Candido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. v. 1. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 6 jul. 2021.

RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. *Tabelionato de notas*. Coordenação de Christiano Cassettari. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Cartórios).

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1954. v. 4.

SWENSSON, Walter Cruz; SWENSSON NETO, Renato; SWENSSON, Alessandra Seino Granja. *Lei de Registros Públicos anotada*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X



9 770034 835008 00231