

ISSN 2674-6263



R E V I S T A D A
**ADVOCACIA
PÚBLICA
FEDERAL**

Vol. 5, n. 1 (2021)

Anafe
Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais

Revista da Advocacia Pública Federal

Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE)

CENTRO DE ESTUDOS

SHIS QL 24 Conjunto 3 Casa 1 – Lago Sul/DF

CEP: 71665-035

Telefone (61) 3326-1729

E-mail: atendimento@anafenacional.org.br

PRESIDENTE DA ANAFE

Lademir Gomes da Rocha

VICE-PRESIDENTE

Luciana Hoff

EDITOR-CHEFE

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto

VICE-EDITORA

Cynthia Pereira de Araújo

ASSISTENTES EDITORIAIS

Gláucia Maria Alves Pereira e Roberta Mrad Maciel

DIAGRAMAÇÃO/CAPA

Renan Cerqueira Nunes

REVISÃO

Claudia Vanessa Bergamini

341.05 R454 Revista da Advocacia Pública Federal / Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais. – Vol. 5, n. 1 (2021) – Brasília: ANAFE, 2021-

Anual

ISSN 2674-6263

1. Advocacia Pública Federal - Periódicos. I. Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE).

COLEGIADO DA ANAFE - GESTÃO 2020 - 2022

DIRETORIA

Presidente

Lademir Gomes da Rocha

Vice-Presidente

Luciana Hoff

Diretor de Defesa de Prerrogativas

Ricardo Cavalcante Barroso

Diretora de Integração Social

Maria Dionne de Araújo Felipe

Diretora de Assuntos do Aposentado e Pensionista

Fátima Cristina da Silva Mendes

Diretora de Assuntos Parlamentares

Vânia Maria Bastos Faller

Diretor de Comunicação Social

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto

Diretor Financeiro

Ricardo Wey Rodrigues

Diretor de Ética e Integridade

Bruno Félix de Almeida

Diretora de Assuntos Institucionais

Patrícia Rossato Nunes

Diretor de Assuntos e Relações Jurídicas

Eduardo Christini Assmann

CONSELHO FISCAL

Celso Luiz Pastro

Arlton Bonifacio Goes

Aldemário Araújo Castro

Jailton Azevedo Cancio

Francisco Wendson Miguel Ribeiro

Silvia de Alencar Souza Figueiredo

COORDENAÇÃO DAS CARREIRAS

Advogada da União

Karina Carla Lopes Garcia

Procurador da Fazenda Nacional

Daniel Telles Menezes

Procurador do Banco Central – DF

Humberto Cestaró Teixeira Mendes

Procuradora Federal

Caroline de Sena Cova

COORDENAÇÃO DOS APOSENTADOS

Coordenadora da 1ª Região

Carlos Valder do Nascimento

Coordenadora da 2ª Região

Rosalina Corrêa de Araújo

Tiragem: 100 exemplares

Impressão: Athalaia Gráfica e Editora

CONSELHO EDITORIAL

- **Doutor Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto**

Editor-Chefe da Revista da Advocacia Pública Federal – Distrito Federal/Brasil

- **Doutora Cynthia Pereira de Araújo**

Vice-Editora da Revista da Advocacia Pública Federal – Belo Horizonte, MG/Brasil

- **Doutor Carlos Marden Coutinho**

Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE/Brasil

- **Doutor Carlos Mário da Silva Velloso**

Universidade de Brasília (UnB) – Distrito Federal/Brasil

- **Doutora Cristina Silvia Alves Lourenço**

Centro Universitário do Estado do Pará (CESU), PA/Brasil

- **Doutora Denise Lucena Cavalcante**

Universidade Federal do Ceará (UFC), CE/Brasil

- **Doutor Guilherme Centenaro Hellwig**

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), RS/Brasil

- **Doutor Grégore Moreira de Moura**

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC), MG/Brasil

- **Doutor Gustavo Costa Nassif**

Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência (IDCT), MG/Brasil

- **Doutor José Henrique Mouta Araújo**

Centro Universitário do Estado do Pará (CESU), PA/Brasil

- **Doutor Juarez Freitas**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC), RS/Brasil



- Doutor Lênio Luiz Streck

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Rio Grande do Sul/Brasil

- Doutora Lilian Rocha

Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), DF/Brasil

- Doutor Luís Cláudio Martins Araújo

Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), Rio de Janeiro/Brasil

- Doutor Marcelo Kokke Gomes

Escola Superior Dom Helder Câmara, Minas Gerais/Brasil

- Doutor Otávio Luiz Rodrigues Júnior

Universidade de São Paulo (USP), SP/Brasil

- Doutor Ricardo Cavalcante Barroso

Centro Universitário Tabosa de Almeida (AscesUnita), Pernambuco/Brasil

- Doutor Rodolfo Viana Pereira

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE), Belo Horizonte, MG/Brasil

- Doutor Thomas da Rosa de Bustamante

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), MG/Brasil

- Doutor Víctor J. Vázquez Alonso

Universidad de Sevilla, Sevilla/Espanha



PARECERISTAS

Ana Luiza Lacerda Amaral - Universidade de Coimbra, Portugal

Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pelo UniCEUB (2020). Graduada em Direito pelo Centro Universitário IESB (2020). Graduada em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade de Brasília (2014). Possui experiência em Grupos de Pesquisa que envolvem Direito e Processo; apresentou trabalhos em Congressos. Possui experiência em Direito Urbanístico, Processo Urbanístico; possui, também, experiência na área de Arquitetura e Urbanismo, com ênfase em Arquitetura e Urbanismo, atuando principalmente nos seguintes temas: cidade, Brasília e mudança climática. Publicou artigos em revistas brasileiras na temática de Direito, urbanismo, processo, democracia e outros.

Adriano da Silva Ribeiro - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – MG/Brasil

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA (2019). Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Bacharel em Direito da PUC Minas (2010). Licenciado em Letras e suas Literaturas PUC Minas Betim (2002). Associado, Coordenador Adjunto, Editor Chefe dos Periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Integrante do Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO) - Rede Avançada de Pesquisas em Direito - FUMEC, registrado no CNPq. Integrante do Grupo de Pesquisa Diálogos constitucionais e(m) crise de efetividade: análise de institutos de Direito Público e de Direito Privado - FUMEC, registrado no CNPq. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Associado do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Member ship do CAED-Jus e Coordenador de GT Direito Público no CAED-Jus 2020 e 2021. Coordenador de Simpósio Temático no CIDH Coimbra 2020 e 2021. Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor Orientador no Grupo Educacional IESLA/ESJUS. Professor de Teoria Geral do Estado no IEC/PUC Minas, em parceria com EJEJ/TJMG (2013).

Augusto Cezar Ferreira de Baraúna - Pontifícia universidade Católica de São Paulo – SP/Brasil

Doutor e Mestre pela Pontifícia universidade Católica de São Paulo. Professor da universidade Federal do Maranhão e universidade Estadual do Maranhão. Advogado Militante.

Carolina Angelo Montolli - Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, Minas Gerais/Brasil

Pós-Doutora em Ciências Jurídicas - Direito Penal Internacional Humanitário pela Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, Argentina. Pós-Doutora em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza, Buenos Aires, Argentina. Pós-Dou-

tora em Direitos Sociais e Vulnerabilidades da Università Degli Studi di Messina, Sicília, Itália. Doutora em Direito Público com ênfase em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Pesquisadora e professora do Observatório de Políticas Públicas em Segurança. Professora do Curso em Administração Pública da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Fundação João Pinheiro.

Celso Jefferson Messias Paganelli - Projuris-FIO em Ourinhos/SP

Doutor em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim (2009). Atualmente é professor de Direito na pós-graduação da Projuris-FIO em Ourinhos/SP. Tem experiência na área de Direito e Informática, com ênfase em Direito Digital e Direito Constitucional, atuando principalmente como advogado e docente. Articulista e colunista de diversas revistas e jornais

Diogo Viana dos Santos - Universidade Federal do Maranhão – MA/Brasil

Doutor PhD em International Cooperation--Governance and Law - Universidade de Nagoya-Japão (2010). MestrE em LL.M. Comparative Law - Universidade de Nagoya-Japão (2007). Graduado em Direito Bacharelado pela Universidade Federal do Maranhão (2003). Atualmente é professor da UFMA-Universidade Federal do Maranhão, de Direito Constitucional, Direito Internacional Público e Direito Econômico.

Gabriela Almeida Marcon Nora - Instituto dos Advogados de Santa Catarina – SC/Brasil

Mestre em Administração pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2017). Mestre em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina (2018). Pós-graduada em Direito. Graduada em Administração pela Universidade do Estado de Santa Catarina (2010). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2010). Tem experiência na área do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Administração Pública, Sustentabilidade, Avaliação de Desempenho, Responsabilidade Social Corporativa e Direito Público. Atualmente é Procurador Federal - Advocacia-Geral da União e membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina.

Gustavo Costa Nassif - Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência – IDCT - Belo Horizonte – Minas Gerais/Brasil

Pós-Doutor em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Doutor em direito Público com a distinção Magna cum laude - PuC-MG. Mestrado em direito Público - PuC-MG. Professor convidado da Pós Graduação da Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo - TCE-MG. Professor do Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência - IDCT (CCAP e IDCT Faculdade).

Gustavo Santanna - Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – RS/Brasil

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2019). MestrE em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2011). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2002). Atualmente é professor de graduação do Complexo de Ensino Superior Meridional - IMED, professor da especialização em Direito do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, professor da especialização em Direito digital, gestão da inovação e propriedade intelectual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, revisor técnico da SAGAH Educação S.A. e Procurador do Município - PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE ALVORADA/RS.

Juliana Diniz Fonseca Corvino - FATEC - SENAC/RJ – Rio de Janeiro/Brasil

Pós-Doutora em Direito pela PUC/RJ; Doutora em Ciência Política pelo IUPERJ/UCAM - conceito CAPES 7, com mérito bolsista de doutorado CNPq; Mestra em Direito pela UGF/RJ; Especialização em Direito Médico pela UERJ; Especialização em Direito e Processo do Trabalho - UCAM; Especialização em Direito Civil - Notáveis do Direito Civil - UCAM; Docente de Direito na FATEC - SENAC/RJ; Docente em Pós-Graduação na área do Direito em Mídias Sociais e na Pós-Graduação em Design de Interação na FATEC - SENAC/RJ. Desenvolve pesquisa e ministra aulas/palestras nas áreas de Gestão de Recursos Humanos (RH) (Legislação Trabalhista e Previdenciária), Direito Autoral e Propriedade Intelectual, Teoria do Direito e Ética (áreas de Design, Hotelaria, Logística, Redes de Computadores, Administração, Gestão Empresarial, entre outras) - Metodologia da Pesquisa Científica, Direito Civil, Administrativo, Empresarial e Empreendedorismo, Consumidor, Tributário e Constitucional; na área de Letras - Português e Literaturas (Comunicação Empresarial, Oralidade e Norma Culta da Língua Portuguesa); Licenciatura em Letras, Português e Literaturas de Língua Portuguesa pela Universidade Federal de Viçosa - UFV; Revisora de artigos para revistas científicas com conceito QUALIS (Revista da Advocacia Pública Federal, Revista da Advocacia Geral da União, CONPEDI, entre outras)

Leandro Sarai - Doutor (bolsista Mackenzie) e Mestre (bolsista Capes - Mackenzie) em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Advogado público. Membro do Comitê de Pós-Graduação (CPG) do Banco Central e da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Advocacia-Geral da União. Instrutor credenciado da Escola da AGU.

Leonardo Felipe de Oliveira Ribas - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – RJ/Brasil

Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito da PUC-Rio. Mestre em Teologia Sistemático-Pastoral pelo Departamento de Teologia da PUC-Rio. Especialista em Jurisdição Constitucional em Tutela de Direitos pela Universidade de Pisa. Bacharel em Filosofia, em Teologia e em Direito. É membro da ICON-S (International Society of Public Law), da International Studies Association (ISA), da Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede PENSSAN) e do Instituto Íbero-Americano de Direito Marítimo. Atualmente é assessor jurídico parlamentar

(de plenário) da 4ª Secretária da Mesa Diretora da ALERJ e coordena a assessoria jurídica da Presidência da Comissão Especial Processante do Impeachment do Governador do Estado do Rio de Janeiro. Atualmente é professor: 1) da Escola do Legislativo do Estado do Rio de Janeiro (ELERJ) das disciplinas de Poder Legislativo, Administração Pública, Direito, Controle Externo e Fiscalização, Políticas Públicas, Redação Parlamentar e Oficial, Inovação na Gestão Pública e Fundamentos de Ciência Política; 2) da disciplina Direito Constitucional à Saúde na Pós-Graduação de Direito da Saúde do Departamento de Direito da PUC-Rio; 3) de Teoria Geral do Direito Aduaneiro na Pós-Graduação de Direito Aduaneiro e Tributário Internacional da Maritime Law Academy (MLAW).

Leonardo Vizeu Figueiredo - Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro/Brasil

Doutor em Direito, Instituições e Negócios, com ênfase em Relações Econômicas pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, com ênfase em Ordem Econômica Internacional. Especialista em Direito Público pela UNESA/RJ, com ênfase em Direito Constitucional. Especialista em Direito do Estado pelo CEPED/UERJ, com ênfase em Sistemas de Saúde. Professor da pós graduação lato sensu da Fundação Getúlio Vargas nos LLM Litigations de Direito do Estado e da Regulação, Direito Regulatório e Novas Parcerias entre os Setores Público e Privado. É Presidente da Comissão de Direito Econômico da Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil. É escritor de ficção religiosa pela Chiado Editora, em Portugal. Conferencista em Law and Religion e Tolerância Religiosa. Membro da Procuradoria-Geral Federal, aprovado mediante concurso público de provas e títulos.

Luiz Gustavo Levate - Escola Superior Dom Helder Câmara - Belo Horizonte, Minas Gerais/Brasil

Pós- Doutor em Direito Público na Universidade de Santiago de Compostela (2018). Doutor em Direito Constitucional pela PUC-RIO (2016). Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela ESDHC (2012). Especialista em Direito Público (Unigranrio 2005) Especialista em Direito Público Municipal (IEC/PUC-Minas 2008). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2002). Atualmente é Procurador do Município de Belo Horizonte-MG, exercendo o cargo de Procurador-Chefe do Departamento de Execuções Fiscais da PGM/BH, Professor de Processo Civil da Escola Superior Dom Helder Câmara, ESDHC, BRASIL. Membro do conselho editorial e executivo da Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte. É coautor do livro Lei de Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência (Editora Fórum). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direito Tributário e Direito Administrativo.

Maurício Muriack Fernandes e Peixoto - Uniceub-DF – Distrito Federal/Brasil

Doutor em Direito pelo Uniceub-DF (abril de 2018). Mestre em Ordem Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (fevereiro de 2000). Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo do Uniceub-DF. Advogado da União desde abril de 2000, atualmente lotado no DEAEX/CGU/AGU.

Neuro Zambam – IMED Passo Fundo – Rio Grande do Sul/Brasil

Estágio de Pós-Doutorado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2014). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2009). Mestre em Sistemas Éticos pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2004). Especialização em Epistemologia das Ciências Sociais (1993) Graduado em Teologia pelo Instituto de Teologia e Pastoral de Passo Fundo (1989); Graduação em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo (1985). Atualmente é docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da IMED, desde 2013 e docente da graduação em Direito da IMED, desde 2009. Possui experiência como Pesquisador principalmente nos seguintes temas: democracia, justiça, desenvolvimento sustentável, liberdade e direitos. Líder do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen.

Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto - Universidade Paulista e Universidade São Judas Tadeu – São Paulo/Brasil

Doutora e Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Professora da Universidade Paulista e da Universidade São Judas Tadeu. Pesquisadora da Escola Superior da Advocacia de São Paulo (ESA-SP). Foi bolsista de Doutorado do programa The Ryoichi Sasakawa Young Leaders Fellowship Fund (Syllf) em 2019. Em 2019, foi contemplada na “Chamada Syllf Research Abroad” com financiamento para visitar a Organização Internacional do Trabalho (Genebra), a fim de concluir parte das pesquisas de Doutorado. Foi bolsista TT3 - FAPESP no projeto de pesquisa “Evidências empíricas sobre a regulação do Comércio Internacional e do Investimento Estrangeiro em Perspectiva Brasileira”, desenvolvido pela DIREITO-SP (FGV). Foi bolsista de Iniciação Científica com o apoio da FAPESP. Pesquisadora voluntária no Núcleo de Pesquisa e Extensão “O trabalho além do trabalho: dimensões da clandestinidade jurídico-laboral” desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Associada ao Instituto Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED). Membro da Comissão Especial de Direito do Trabalho da OAB-SP. Advogada.

Paulo Fernando Soares Pereira – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro/Brasil

* Pós-doutorando em Direito, na área de concentração em Teoria do Estado e Direito Constitucional, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC/Rio 2020-2021. ** Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB, 2019, pela linha Constituição e Democracia, onde desenvolveu pesquisa a respeito da formulação de políticas patrimoniais voltadas para as comunidades quilombolas. *** Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA, 2014, onde desenvolveu pesquisa sobre o direito ao desenvolvimento cultural, a necessidade de fortalecimento da sociedade civil local e a desburocratização das políticas patrimoniais, como forma de evitar a judicialização excessiva das questões que envolvem o patrimônio cultural imobiliário no Centro Histórico de São Luís/MA. **** Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima - UFRR, 2006, onde apresentou monografia sobre a delimitação normativa das agências reguladoras. Pesquisa, atualmente, Direito das relações raciais, racismo institucional e cultural, patrimonialização e reconhecimento de patrimônios subalternizados pelo Estado-Nação. ***** Integrante da Advocacia-Geral da União - AGU, exercendo o cargo de Procurador Federal. Atua em questões envolvendo a implementação de Políticas Públicas Federais: regulação, direitos à educação acesso, permanência e

sistema de cotas, saúde acesso ao SUS, através de hospitais universitários, cultura defesa do patrimônio cultural e outras questões culturais, povos indígenas, comunidades quilombolas, ambiental, minerário, reforma agrária, infraestrutura e responsabilidade civil da Administração Pública Federal Indireta, através da atuação em processos judiciais individuais e coletivos.

Rui Magalhães Piscitelli - Instituto de Educação Superior de Brasília – Distrito Federal/Brasil

Mestre em direitos Fundamentais. Especialista em Finanças e em Processo Civil. Procurador Federal da Advocacia-Geral da união. Professor de graduação e de pós-graduação em direito Administrativo - IESB-DF. Professor conteudista em direito Administrativo e Instrutor de Cursos fechados na área do direito Público. Palestrante. Autor de diversas publicações na área do direito Público.

Thiago Aguiar de Pádua - Centro Universitário do Distrito Federal – DF/Brasil

Pós-Doutoramento (UnB, Università degli Studi di Perugia e Univali). Doutor e Mestre em Direito (UniCEUB). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do UDF - Centro Universitário do Distrito Federal (Mestrado). Membro do Centro de Estudos Constitucionais – CBEC. Membro da Academia Brasiliense de Letras. Advogado.

Victor Werneck Gomes - Ordem dos Advogados do Brasil – Minas Gerais/Brasil

Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC (2020). Possui Especialização em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, FMP, Brasil. Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes, UCAM, Brasil. Especialização em Direito Público Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas, Brasil. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2015). Atualmente é advogado - Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito.

Vitor Gonçalves Machado - Faculdade de Direito de Vitória, Espírito Santo/Brasil

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória - FDV) Mestre em Direito Processual (Universidade Federal do Espírito Santo - UFES). Especialista em Direito do Estado e em Ciências Criminais (Anhanguera/Rede LFG). Bacharel em Direito (UFES). Advogado. Contato: vitor.g.machado@hotmail.com

Wassila Caleiro Abbud - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – SP/Brasil

Doutoranda e Mestre em direito Administrativo pela PUC/SP. Graduada em direito pela UNESP, com habilitação em direito, Estado e sociedade. Membro efetiva da Comissão de Estudos de Combate à Corrupção e Improbidade Administrativa do Conselho seccional da OAB/SP. Revisora de periódicos (parecerista ad hoc). Advogada na área de Direito Público.

AUTORES

Bruno Félix de Almeida – Universidade Federal do Ceará – CE/Brasil

Mestre em Direito pela UFC. Especialista em defesa da probidade (corrupção, má gestão e ineficiência grave no serviço público). Especialista em Direito Público pela UnB com ênfase em Direito Administrativo. Graduado em Direito pela UFC. Instrutor da Escola de Administração Fazendária – ESAF, tendo ministrado cursos na área de governança, integridade e improbidade administrativa. Instrutor da Escola da Advocacia-Geral da União. É integrante da equipe nacional de defesa da probidade administrativa da Procuradoria-Geral Federal. Procurador Federal desde 2006. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3566018402119673>.

Carlos Marden Cabral Coutinho - Centro Universitário Christus – Ceará/Brasil

Procurador Federal. Graduado em Direito, Especialista em Processo Civil e Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Doutor em Estado, Constituição e Democracia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/2755078445812059>.

Cristiane Rodrigues Iwakura – EAGU na 2ª Região (RJ/ES) – Rio de Janeiro/Espírito Santo/Brasil

Doutora e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Pós-Graduada em Direito Público pela UnB e em Regulação de Mercado de Capitais pelo Ibmecc. Pesquisadora na área de Processo, Tecnologia e Gestão. Membro do IBDP, da ABDPro, do IDASAN e Membro honorário do IDARJ. Procuradora Federal. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/2691796070631199>.

Cynthia Pereira de Araújo - PRU1 – Minas Gerais/Brasil

Mestre e Doutora em Direito pela PUC-Minas. Advogada da União. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/7058921603685998>.

Daniel Telles de Menezes – Procuradoria da Fazenda Nacional - Santo André, São Paulo/Brasil

Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do ABC (2016). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (2009). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (2002). Atualmente é Procurador da Fazenda Nacional em Santo André, São Paulo. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8165942081710947>.



Eduardo Raffa Valente – PGF – São Paulo/Brasil

Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Procurador Federal da Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4518386629162391>.

Flávio Matioli Veríssimo Silva – PGF- Minas Gerais/Brasil

Mestre em Direito pela FDSM. Especialista em Direito da Tecnologia e Informação pela UCAM. Instrutor credenciado da Escola da AGU. Procurador Federal – AGU. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5908935516925852>.

Graham Maddox - University of New England – United States

Professor Emérito de Ciência Política na University of New England, onde foi por doze anos Reitor da Faculdade. Membro vitalício de Clare Hall, Cambridge, e do Center of Theological Inquiry em Princeton (NJ). Foi presidente da Associação de Estudos Políticos da Austrália em 1995-6. Seus livros incluem “Political Parties in Australia” 1978 (co-autor); “The Hawke Government and Labour Tradition”, 1989; “Australian Democracy in Theory and Practice” 5ª ed. 2005; “Religion and the Rise of Democracy”, 1996; “Political Writings of John Wesley”, 1998. Editou e co-editou livros sobre o republicanismo australiano, a legitimidade política e o cosmopolitismo.

Leandro Rodrigues Doroteu – UNIPROJEÇÃO – Distrito Federal/Brasil

Mestre em Linguística pela Universidade de Franca UNIFRAN (2013). Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo CAES Academia de Polícia Militar do Barro Branco SP (2014). Mestre em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação (PROFNIT) pela UnB (2019). Possui graduação em Ciências Contábeis pelo UNIPROJEÇÃO (2021); Administração Pública pela Universidade Estadual de Goiás - UEG (2018). Pedagogia (2017) pelo Instituto Superior Albert Einstein, Letras (2015) e Direito (2006) pela Universidade Paulista (UNIP) e graduação em Curso de Formação de Oficiais (atual Bacharelado em Ciências Policiais) pelo Instituto Superior de Ciências Policiais (2000). Pós graduação em Docência do Ensino Superior (2004) em Direito Público - administrativo, constitucional e tributário - (2006), em Direito Empresarial (2013), em Formação Docente para Educação a Distância (2018), e MBA Executivo Empresarial em Gestão Estratégica de Recursos Humanos (2015) em Gestão de Processos Acadêmicos (2014). Major da Polícia Militar do Distrito Federal. DF/Brasil. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8206060991226658>.

Leandro Sarai – Banco Central - São Paulo/Brasil

Doutor (bolsista Mackenzie) e Mestre (bolsista Capes - Mackenzie) em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Advogado público. Membro do Comitê de Pós-Graduação (CPG) do Banco Central e da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Advocacia-Geral da União. Instrutor credenciado da Escola da AGU. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1292305862388485>.

Marcos Augusto Maliska – UniBrasil – Centro Universitário – Paraná/Brasil

Procurador Federal. Doutor em Direito Constitucional. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, do UniBrasil – Centro Universitário, em Curitiba-PR. Endereço do Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/2555397371714650>.

Mateus de Moura Ferreira – Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – Minas Gerais/Brasil

Doutor em Teoria do Direito (*Magna cum laude*) (PUC Minas). Mestre em Teoria do Direito (PUC Minas). Professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Professor do Instituto Elpídio Donizetti (IED) e no Instituto de Educação Continuada (IEC/PUC Minas). Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/9916390432014122>.

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto – Uniceub – Distrito Federal/Brasil

Doutor em Direito pelo Uniceub-DF (abril de 2018). Mestre em Ordem Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (fevereiro de 2000). Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo do Uniceub-DF. Advogado da União desde abril de 2000, atualmente lotado no DEAEEX/CGU/AGU. Endereço para acessar este CV:

<http://lattes.cnpq.br/2638874463594984>.

Michelle Lucas Cardoso Balbino – Faculdade Patos de Minas – Minas Gerais/Brasil

Doutora em Direito pelo Uniceub. Mestre em Sustentabilidade Socioeconômico e Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialização em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Pós-graduação em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-graduação em Direito Público pela Sociedade Universitária Gama Filho. Tem experiência na área de Gestão Educacional; Direito Ambiental/Sustentabilidade e Multinacionais. Professora Universitária. Advogada. Endereço para acessar o CV:

<http://lattes.cnpq.br/6069957017063656>.

Natália Ribeiro Machado Vilar - Centro Universitário Christus – CE/Brasil

Advogada da União. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (Fadisp). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus). Endereço para acessar este CV:

<http://lattes.cnpq.br/6524254936535632>.

Olívia Guimarães Ribeiro - UNICEUB - Centro Universitário de Brasília – Distrito Federal/Brasil

Doutoranda em Direito pelo UNICEUB - Centro Universitário de Brasília (2020-2023). Mestre em Direito Público pela UFU - Universidade Federal de Uberlândia (2014-2016). Possui Graduação em Direito e Especialização em Direito Empresarial pela Fundação do Ensino Superior de Rio Verde (1998 e 2000). É criadora e editora do blog acadêmico intitulado Blog da Professora Olívia. Aprovada no concurso para professor efetivo do Departamento de Direito Público Adjetivo da UNIMONTES. Advogada militante em Unai e região na área cível. Endereço do Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/4940718515478050>.

Pedro Gueiros – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – RJ/Brasil

Mestrando em Direito Civil pela PUC-Rio. Advogado na área de Proteção de Dados e Regulatório de Novas Tecnologias. Graduado em Direito pelo Ibmecc-RJ. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3185404403050883>.

Rafael Moreira Nogueira – Universidade Estadual do Ceará – CE/Brasil

Mestrando em Planejamento e Políticas Públicas da UECE - Universidade Estadual do Ceará. Especialista em Direito Constitucional pelo IDP/UNISUL (2007), Especialista em Direito Público com ênfase em Regulatório pela EAGU/UnB (2012). Coordenador da Equipe de Trabalho Remoto em Ações de Improbidade da PGF (2017- Atual). Procurador Federal da AGU. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/5280372404406177>.

Renata Silva Gomes – Univiçosa – Minas Gerais/Brasil

Mestre e Doutora em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professora de Direito Constitucional, Filosofia do Direito e Antropologia Jurídica no Centro Universitário Univiçosa. Membro do Conselho Editorial da Revista UNIJuris do Centro Universitário Univiçosa. Advogada especializada em posse e propriedade. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/8400924606740493>.

Rodrigo Vianna Silva - Pedro Leopoldo/Minas Gerais/Brasil

Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário na Universidade Gama Filho no ano de 2000 e em Ciências Penais na Universidade Estácio de Sá no ano de 2017. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999). Procurador Federal da Advocacia Geral da União desde 2016. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3347142884216326>.

Sabrina Pires Santos - Faculdade de Direito de Conselheiro de Lafaiete – Minas Gerais/Brasil

Graduanda em direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro de Lafaiete - FDCL (2017-2021). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8281186677681618>.

Samuel Henrique Duraes Cintra e Silva – Uniceub – Distrito Federal/Brasil

Graduando no curso de Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Experiências profissionais na 2ª Vara de Precatórias do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, bem como na Procuradoria Regional da República da 1ª Região, em Gabinete de Procurador Regional da República. Atualmente encontra-se no cargo de estagiário do Coordenador do Núcleo de Execuções Penais da Defensoria Pública do Distrito Federal.

Sérgio Luiz Milagre Júnior - Universidade Federal de Ouro Preto – Minas Gerais/Brasil

Doutorando em História pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Mestre em História pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Pós-Graduado em Direito Público Global pela Universidade Castilla-La Mancha (UCLM). Especialista em Direito Penal pela Faculdade

Damásio/Ibmec e em Direito Internacional pela EBRADI. Graduado em História pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG) e em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Professor e Coordenador na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/1429719832202961>

Thiago Aguiar de Pádua – Centro Universitário do Distrito Federal – DF/Brasil

Pós-Doutoramento em Direito (Perugia, Univali e UnB). Doutor e Mestre em Direito no UNICEUB. Professor do Mestrado e Doutorado em Direito do UDF. Membro da Academia Brasileira de Letras - ABrL. Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais - CBEC. Membro da - Associação Brasileira de Processo Civil - ABPC. Membro da Associação Nacional da Advocacia Criminal - ANACRIM. Ex-assessor de ministro do STF. Advogado. Endereço do Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/3028359492754395>.





SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Lademir Gomes da Rocha	22
------------------------------	----

EDITORIAL

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto	24
---	----

ARTIGO DE AUTORES CONVIDADOS

Instrumentalidade, Litigiosidade e Advocacia Pública

Carlos Marden Cabral Coutinho e Natália Ribeiro Machado Vilar	27
---	----

ARTIGO TRADUZIDO

Karl Loewenstein, Max Lerner e a Democracia Militante: Um Apelo à “Democracia Forte”

Graham Maddox

Tradução de Thiago Aguiar de Pádua	43
--	----

ARTIGOS

A Ilegalidade da Restrição de Vagas para Mulheres Nos Concursos da PMDF, Ante a Falta de Previsão Legal

The Illegality Restriction of Vacancies For Women in the Contests PM-DF Before the Lack of Legal Forecast

Leandro Rodrigues Doroteu	63
---------------------------------	----

Decisões Exclusivamente Automatizadas e a Necessidade de uma Supervisão Humana no Brasil

Exclusively Autonomous Decisions and the Need for Human Supervision in Brazil

Rodrigo Vianna Silva e Michelle Lucas Cardoso Balbino	77
---	----

Do Conflito ao Consenso: Reflexões Sobre a Mediação Envolvendo a Administração Pública

From Conflict to Consensus: Reflection About Mediation Involving Public Administration

Flávio Matioli Veríssimo Silva	104
--------------------------------------	-----



Estimativa Jurídica em Tempos de Crise do Humanismo: Uma Análise da Teoria de Recaséns Siches
Legal Estimate in Times of Humanism Crisis: an Analysis of the Siches Recaséns Theory

Renata Silva Gomes e Cynthia Pereira de Araújo 120

Invalidade do Controle Concreto de Constitucionalidade de Atos Legislativos pelo Tribunal de Contas da União: Um Silêncio Eloquente da Constituição da República de 1988

The Invalidity of Concrete Control of Constitutionality by the Federal Audit Court Upon Legislative Acts: An Eloquent Silence of the 1988 Republic Constitution

Eduardo Raffá Valente e Thiago Aguiar de Pádua 137

O Ativismo Judicial Brasileiro Sob a Ótica da Advocacia Pública Federal

Brazilian Judicial Activism From the Perspective of the Federal Public Advocacy

Olívia Guimarães Ribeiro 158

O Controle de Constitucionalidade em Perspectiva Comparada: o diálogo entre o modelo francês e o brasileiro e o ativismo judicial

Control of Constitutionality in a Comparative Perspective: the dialogue between the French and Brazilian models and judicial activism

Sabrina Pires Santos, Sérgio Luiz Milagre Júnior e Mateus de Moura Ferreira 173

O Papel da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Cooperativo

The Role of Constitutional Jurisdiction in the Cooperative Constitutional State

Marcos Augusto Maliska 198

Probidade, Governança e Controle: Uma Aposta Muito Grande nas Instituições?

Probity, Governance and Control: A Big Bet on Institutions?

Rafael Moreira Nogueira e Bruno Félix de Almeida 213

Regulação, Responsabilidade e Stablecoins

Regulation, Responsibility and Stablecoins

Leandro Sarai, Cristiane Rodrigues Iwakura e Pedro Gueiros 226

Princípio da Autonomia no Regime Jurídico dos Servidores Públicos após Emenda Constitucional 19/1998

Principle of Autonomy in the Legal Regime of Public Servants After Constitutional Amendment 19/1998

Daniel Telles de Menezes 246

A Auditoria Operacional e os Óbices à Implementação e Fiscalização de Políticas Públicas no Modelo Administrativo Atual

Operational Audit and Obics to Implementation and Supervision of Public Policies in the Current Administrative Model

Samuel Henrique Duraes Cintra e Silva e Maurício Muriack Fernandes e Peixoto 263



APRESENTAÇÃO

Lademir Gomes da Rocha

Presidente da ANAFE

A Revista da Advocacia Pública Federal, concebida para ser um espaço de produção e reflexão crítica e científica acerca de temas jurídicos relacionados, preferencialmente, com a atuação da Advocacia Pública, chega à sua quinta edição. Isso é motivo de orgulho e um desafio à nossa Associação, seus dirigentes e associados.

Orgulho, porque, em pouco tempo, nossa Revista firmou-se como uma referência junto à comunidade jurídica e à sociedade em geral. De um lado, ela conseguiu abarcar amplo espectro de questões jurídico-dogmáticas, direta ou indiretamente, afetas à atuação institucional da advocacia pública federal.

No presente volume, há artigos relacionados ao processo civil, à resolução consensual de conflitos, à atuação administrativa do Estado, à jurisdição constitucional, à proibidade administrativa, à regulação, ao regime jurídico dos servidores públicos e à implementação e fiscalização de políticas públicas. De outro lado, ele oportuniza reflexões filosóficas e teóricas, indispensáveis à adequada compreensão do Direito como ciência e instrumento de regulação social, com traduções de artigos estrangeiros e contribuições de natureza jusfilosófica.

Desafio, pois temos que não apenas dar continuidade ao trabalho realizado até aqui, como buscar o aprimoramento constante dos textos publicados e de sua relevância para o público ao qual esse periódico se volta.

Uma obra dessa envergadura não é possível sem o trabalho de múltiplos colaboradores: autores, pareceristas, membros do Conselho Editorial e prestadores de serviços, que contribuiram para que a Revista atingisse a maturação e a excelência acadêmica esperadas de uma coletânea organizada por advogados públicos federais. Agradeço-os por tornarem possível esta quinta edição.

Nossa Revista é uma dentre as diversas dimensões de atuação da ANAFE, que tem, entre suas missões, buscar o aprimoramento institucional do Estado brasileiro, objetivo que não se alcança sem reflexão crítica e sem produção científica de alto nível, verdadeiros antídotos contra a tentativa de aprisionamento do Direito ao círculo de giz da mera reprodução da vontade do poder e de “soluções” e “práticas” jurídicas meramente legitimistas.

Boa leitura a todos!



EDITORIAL

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto

Editor-chefe

Prezados leitores,

Se a literatura nesta terra ainda serve para alguma coisa, isto é, se for mais do que alguns estarem ainda a escrever para alguns estarem ainda a ler, torna-se urgente recuperá-la já que a nossa sociedade corre o risco, devido aos audiovisuais, de emudecer, ou seja, de haver cada vez mais uma minoria com grande capacidade para falar e uma maioria crescente limitada a ouvir, não entendendo sequer muito bem o que escuta.

“José Saramago: ‘Escrever é fazer recuar a morte, é dilatar o espaço da vida’”, *Jornal de Letras, Artes e Ideias*, Lisboa, n. 50, 18 de janeiro de 1983 [Entrevista a Fernando Dacosta]. In: “As palavras de Saramago”, Companhia das Letras, 2014, p. 131.

A frase acima, de José Saramago, Nobel de literatura em 1998, é um convite à reflexão acerca da atividade cada vez mais subversiva da leitura, em um mundo onde o “audiovisual” e as conexões tecnológicas convidam à inércia mental, afinal, a leitura é o melhor exercício neuronal para manter um cérebro funcional e ávido por novas experiências. A leitura nos permite adentrar em espaços desconhecidos e até imaginar realidades que estão distantes de nosso foco ou experimentação empírica, mas, o estilo de vida do “progresso” que nos alcança, traz esta olvidada e silente consequência: afasta-nos do melhor de nós, quando o pensamento flui, refletido e sem pressa, após a lenta e edificante ação de ler.

Talvez, na mesma linha crítica da lamentável decadência do hábito da leitura, uma instigante passagem da distopia atemporal de Aldous Huxley nos alerta para as consequências de nos deixarmos aprisionar pelos estímulos sensoriais externos ininterruptos que nos interdita a reflexão e o pensamento, os quais seriam mais facilmente alcançáveis se mantivéssemos o hábito de ler. Ao descrever de forma profética como o ser humano do futuro, que hoje é o presente, se deixa reter por “distrações” que apenas legam uma “sombria eternidade”, destituída da luz do sopesar, pela ausência do ócio necessário à meditação e à leitura, Huxley acentua, *in verbis*:

Atualmente, tal é o progresso, os velhos trabalham, os velhos copulam, os velhos não têm um instante, um momento de ócio para furtar ao prazer, nem um minuto para se sentarem a pensar; ou se, alguma vez, por um acaso infeliz, um abismo de tempo se abrir na substância sólida de suas distrações, sempre haverá o soma, o delicioso soma, meio grama para um descanso de meio dia, um grama para um fim de semana, dois gramas para uma excursão ao esplêndido Oriente, três para uma sombria eternidade na Lua; de onde, ao retornarem, se encontrarão na outra margem do abismo, em segurança na terra

firme das distrações e do trabalho cotidiano, correndo de um cinema sensível a outro, de uma mulher pneumática a outra, de um campo de Golfe-Eletromagnético a..." (HUXLEY, Aldous. Admirável mundo novo. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: 22. ed. Globo, 2014, p. 78).

Nessa conjuntura, poder apresentar uma edição de uma revista científica com pesquisas na área do direito público e temas afins é uma vera dádiva, porque propicia avultar a relevância do convite à dedicação de tempo que a leitura exige e seus bons reflexos.

Uma revista científica é fruto laborioso e dedicado de muitas pessoas, de seus editores, de sua equipe de apoio, de seus autores e coautores, de seus pareceristas, de seus financiadores, de seus colaboradores. De tal maneira, palavras de agradecimento jamais serão suficientes para realmente contraprestacionar o empenho laborioso de toda uma equipe, mas, por justiça, não posso deixar de agradecer com destaque às pessoas de Lademir Gomes da Rocha, Luciana Hoff, Ricardo Wey Rodrigues, Cynthia Pereira de Araújo, Leandro Sarai, Gláucia Maria Alves Pereira e Roberta Mrad Maciel.

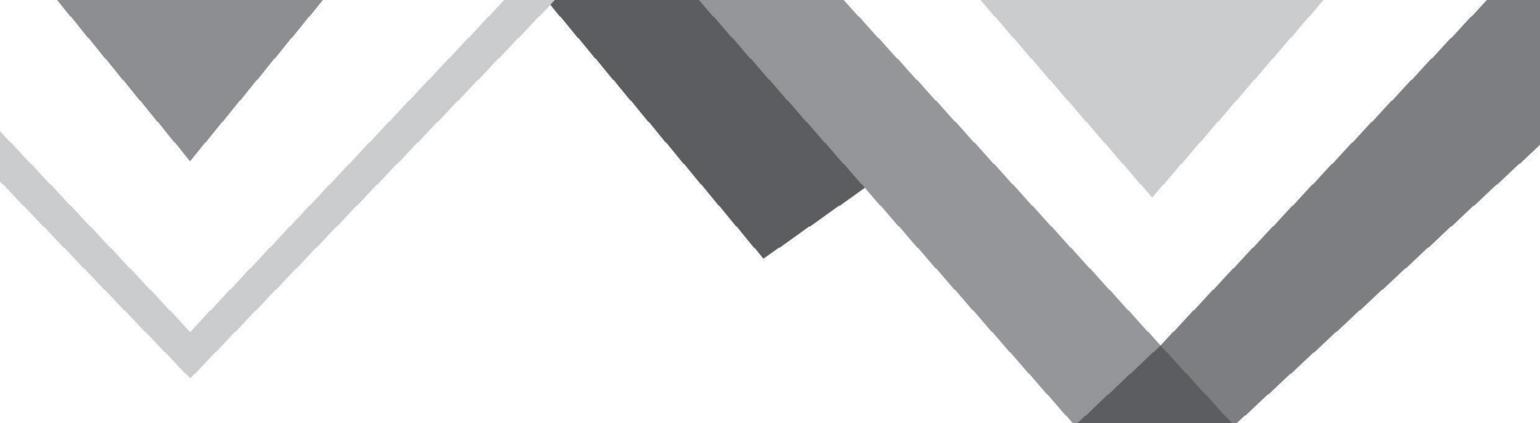
Face ao excelente nível dos artigos publicados e de sua relevância científica, epistemológica e até filosófica, considero uma redundância usar esse editorial para repetir os temas dos artigos que compõem esta edição, concitando o leitor a procurar no sumário as informações iniciais necessárias a que se permita dedicar suas horas à leitura de pesquisas que podem realmente acrescentar importantes informações e reflexões sobre o mundo do Direito.

Avante, apreciem o quinto volume (2021) da Revista da Advocacia Pública Federal publicada pela ANAFE!





ARTIGO DE
AUTOR CONVIDADO



.....

INSTRUMENTALIDADE, LITIGIOSIDADE E ADVOCACIA PÚBLICA

.....

INSTRUMENTALITY, LITIGIOSITY AND PUBLIC ADVOCACY

Carlos Marden Cabral Coutinho¹
Natália Ribeiro Machado Vilar²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Teoria da Relação Jurídica ao Modelo Constitucional de Processo: a estagnação brasileira na Escola Instrumentalista; 2 Como a Escola Instrumentalista condiciona a atividade da Advocacia Pública; 3 A atuação da Advocacia Pública conforme o Modelo Constitucional de Processo; 4 Conclusão; Referências.

1 - Procurador Federal. Graduado em Direito, Especialista em Processo Civil e Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Doutor em Estado, Constituição e Democracia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus.

2 - Advogada da União. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (Fadisp). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus).



RESUMO: No presente artigo, realizou-se uma análise sobre a relação das teorias de processo com a atuação da Advocacia Pública. Para tanto, foram apresentadas algumas das principais teorias de processo, desde a Teoria da Relação Jurídica ao Modelo Constitucional de Processo. Identificou-se que a Escola Instrumentalista ainda exerce forte influência na doutrina brasileira, com repercussões práticas na sociedade e no desempenho de atividades institucionais. Conclui-se que a Escola Instrumentalista também condiciona a atividade da Advocacia Pública e o Modelo Constitucional de Processo melhor se adequa à atuação institucional da Advocacia Pública (de Estado), conforme a sua natureza constitucional de função essencial à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública. Função Essencial à Justiça. Escola Instrumentalista. Modelo Constitucional de Processo.

ABSTRACT: In this article, an analysis is made of the relationship between process theories and the role of Public Advocacy. Some of the main process theories were presented, from the Theory of Legal Relationship to the Constitutional Process Model. It was identified that the Instrumentalist School still has a strong influence on Brazilian doctrine, with practical repercussions on society and on the performance of institutional activities. It is concluded that the Instrumentalist School also conditions the activity of Public Advocacy, and that the Constitutional Process Model is better suited to the institutional performance of Public Advocacy (of State), according to its constitutional nature as an essential function to justice.

KEYWORDS: Public Advocacy; Essential function to justice; Instrumentalist School; Constitutional Process Model.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, busca-se enfrentar a questão de como a perspectiva acerca da teoria de processo pode interferir na atuação da Advocacia Pública enquanto “função essencial à justiça”. Nesse sentido, procurar-se-á compreender qual o papel processual que a Advocacia Pública desempenha, refletindo-se sobre a adoção de uma postura de advocacia litigiosa e implacável do Poder Público, ou de uma defesa das garantias mínimas do Estado.

Assim, primeiramente serão analisadas algumas das principais teorias sobre o processo, desde a Teoria da Relação Jurídica ao Modelo Constitucional de Processo. Posteriormente, será enfrentada a questão de como a Escola Instrumentalista de Processo ainda exerce forte influência no direito pátrio, com repercussões práticas na sociedade brasileira e no desempenho de atividades institucionais, inclusive na atuação da Advocacia Pública.

Por fim, tentar-se-á identificar se o Modelo Constitucional de Processo é mais apropriado aos novos contornos do direito constitucional do “acesso à justiça”, bem como se melhor se adequa à atuação institucional da Advocacia Pública (de Estado), conforme a sua natureza constitucional de “função essencial à justiça”.

A metodologia empregada neste artigo é qualitativa, baseada na análise de documentos, dados disponíveis em sítios de consulta pública e em bibliografia especializada.

1 DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA AO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO: A ESTAGNAÇÃO BRASILEIRA NA ESCOLA INSTRUMENTALISTA

A princípio, faz-se uma breve exposição acerca de algumas das principais teorias do processo. Embora não seja objeto deste trabalho tecer a pormenores cada teoria, mostra-se necessária uma contextualização do tema, para melhor investigar sobre o tema central deste artigo.

Inicia-se com a exposição da “Teoria da Relação Jurídica”, de Oskar Bülow, que é tradicionalmente considerada como a doutrina que funda a própria ciência do direito processual, notadamente no que diz respeito a marcar a sua autonomia em relação ao direito material.

De fato, em “A Teoria das Exceções e os Pressupostos Processuais”, Oskar Bülow (1964) eleva o processo ao significativo *status* de instituto autônomo e independente do direito material, o que trouxe relevante contribuição à sistematização do estudo do direito processual.

Na referida obra, foi inaugurada a fase científica do direito processual (processualismo científico), evidenciando-se seu caráter de natureza pública. Com isso, operou-se a independência da disciplina processual, separando-a do direito material. Foram desenvolvidos conceitos primordiais, como “ação”, “jurisdição”, “processo” e “atuação das partes”, trazendo-se, assim, mais rigor aos critérios processuais (CASTILLO, 1947).

No entanto, esse importante caráter científico e autônomo, conquistado graças às valiosas contribuições de Oskar Bülow (1964), sedimentadas em sua “Teoria da Relação Jurídica”, custou a própria liberdade de agir das partes.

Além do mais, as ideias liberais, decorrentes da Revolução Francesa e da não interferência do Estado nas relações entre os particulares, foram afetadas pela disseminação do pensamento do Estado Social (assim entendido aquele que recupera o papel de centralidade para a autoridade estatal), o que se refletiu também na seara processual.

Assim, nesse contexto de remodelamento das funções do Estado, a obra de Oskar Bülow, publicada em 1868, foi extremamente difundida, afetando, evidentemente, o próprio modelo de processo e o interagir entre as partes.

De acordo com o referido autor, processo é uma relação jurídica processual que se forma em juízo. Com isso, Oskar Bülow (1964) separou a relação jurídica processual, que se forma entre as partes e o juiz, da relação jurídica material, que se forma unicamente entre as partes.

Para ele, processo é, também, uma relação jurídica de direito público, tridimensional, que se desenvolve entre o tribunal e as partes (BÜLOW, 1964). Assim, é o juiz que, ao exercer uma função estatal típica, assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo. Desse modo, para Oscar Bülow, o juiz ocupa posição central na relação jurídica processual, inclusive em caráter autoritário, contrariamente ao processo liberal, que é realizado somente pelas partes, sem protagonismo do Estado-juiz (BÜLOW, 1964 e 1995).

O modelo acima descrito, embora inovador ao seu tempo, foi desenvolvido há mais de cem anos, e, mesmo com todas as mudanças sociais e jurídicas, ainda vigora essa mesma base teórica na doutrina brasileira, gerando repercussões práticas significativas.

Isso não decorreu, contudo, de qualquer estagnação do próprio direito processual, uma vez que este seguiu evoluindo em teorias mais elaboradas e menos focadas no protagonismo do julgador.

De fato, o referido caráter autoritário não passaria imune à crítica de James Goldschmidt (1961), ao apontar que a “Teoria da Relação Jurídica” indevidamente sustentava que as partes tinham deveres e obrigações entre si e para com o magistrado. A seu ver, seria adequado falar em “ônus processual”, mas não em “obrigação”, cujo conceito tem caráter privado. Com isso, propôs a “Teoria da Situação Jurídica” e apresentou o processo como uma situação jurídica na qual se encontra a parte em juízo e à espera de uma decisão judicial (COUTINHO, 2012).

A teoria de James Goldschmidt, de 1961, serviu de importante base para a “Teoria Estruturalista”, apresentada em 1975, por Elio Fazzalari (2006), que, a partir da ideia de situação jurídica, elaborou o conceito de processo enquanto procedimento qualificado pelo contraditório.

Para Elio Fazzalari (2006), procedimento é uma sequência de normas, atos e posições subjetivas, que têm por objetivo a realização de um ato final, sendo o processo um procedimento qualificado pelo contraditório, o qual conduz à participação dos sujeitos (partes interessadas no ato final), em simétrica paridade.

De acordo com essa teoria, o conceito de ação deixa de ser relacionado ao pedido e à demanda, passando a ser tratado como direito de legitimação em um duplo aspecto: situação legítima e situação legitimada, ou seja, ambas as partes gozam de posições subjetivas. Assim, ação é uma situação subjetiva composta: é a sequência das posições processuais que cabem às partes,

ao longo do curso processual. Com isso, tanto o autor quanto o réu têm direito de ação, o que é inerente a todos aqueles interessados na decisão judicial. Logo, juiz que não tem interesse, não tem direito de ação, mas sim uma função, que é a atividade jurisdicional de natureza pública. Além do mais, não integra o contraditório porque ele não é interessado, nem destinatário dos efeitos do provimento (FAZZALARI, 2006).

Vê-se, assim, que, a partir de James Goldschmidt e de Elio Fazzalari, a figura central e protagonista do juiz foi mitigada. O primeiro criticou a defesa de uma postura autoritária, enquanto o segundo tirou o foco do julgador e orientou o processo a partir da perspectiva do contraditório, erigindo, com isso, a importância da participação e atuação das partes interessadas. Aqui, cabe chamar atenção para o fato de que o magistrado não faz parte do contraditório, na medida em que (por definição) não é interessado no caso.

A evolução da concepção de processo, contudo, não se limitou a essas contribuições. Mesmo a teoria de Elio Fazzalari foi alvo de crítica, porque a ela se atribuiu uma preocupação demasiada com o formalismo e com a questão estrutural, sem a devida atenção ao aspecto constitucional do processo. Assim, vários autores, como Eduardo Couture (2008) e José Alfredo de Oliveira Baracho (2008), embora sustentassem que processo é procedimento em contraditório, entendiam como imprescindível a sua abordagem sob um viés constitucional (COUTINHO, 2012).

Em contínua evolução, no final do século XX, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (1997) introduziram o conceito de modelo constitucional de processo. De acordo com essa abordagem, o processo teria uma eficácia irradiante, representada pelas seguintes características: (a) a *expansividade*, que condiciona cada um dos procedimentos jurisdicionais introduzidos pelo legislador ordinário e deve ser compatível com os traços do modelo constitucional; (b) a *variabilidade*, que possibilita a adaptação do referido modelo aos diversos tipos de procedimentos para assumir outras formatações e adequar as figuras processuais ao modelo constitucional; e (c) a *perfectibilidade*, que proporciona o aprimoramento do referido modelo pelo legislador infraconstitucional. Trata-se, portanto, de um modelo constitucional que limita a atuação do legislador ordinário, mas também lhe franqueia espaço de ação diante das situações concretas (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).

José Alfredo de Oliveira Baracho (2008), já na virada do século, sustenta que o processo é metodologia e ferramenta de efetivação dos direitos fundamentais. Identifica-se, assim, em sua abordagem, características de concepções instrumentais e constitucionais ao processo. Além disso, destaca-se uma preocupação com a discursividade democrática do processo, a necessidade de revisão dos institutos processuais sob a perspectiva constitucional, uma ênfase à ampla defesa e à argumentação, bem como a exigência de legitimidade dos atos decisórios.

Ademais, a visão sistemática do modelo constitucional de processo deve ser compatível com o Estado Democrático de Direito e, portanto, com a democracia. Foi Jürgen Habermas (2003) quem melhor desenvolveu o atual conceito de democracia ao condicioná-la aos conceitos de participação, procedimento e discurso. Retirou-se, assim, o caráter meramente plebiscitário e fundado na legitimidade da decisão das majorias. Nessa linha, para que uma decisão seja democrática, mostra-se necessário que seja construída pelas próprias partes afetadas, ou seja, os destinatários da norma devem ser seus autores, com verdadeira possibilidade de participação discursiva e direito de influência (COUTINHO, 2012).

Tal perspectiva é harmônica com os princípios do modelo constitucional do processo, e é nessa atual fase que deve estar inserida as concepções do direito processual.

Apesar disso, percebe-se que a doutrina processual brasileira ainda parece estagnada na Teoria da Relação Jurídica, de 1868, entoando-se os mesmos conceitos e concepções sem verdadeira remodelação, a partir das premissas constitucionais do Estado Democrático de Direito. Reiteram-se, nos textos científicos, as repetidas lições de processo sobre relação jurídica triangular e sobre processo como instrumento da pacificação social e mecanismo de fazer valer a vontade da lei.

Esse modo de conceber o processo é herança da forte Escola Instrumentalista do Processo, fundada por Cândido Rangel Dinamarco (2008), para quem o processo é instrumento estatal de alcance de escopos metajurídicos (sociais, culturais, políticos, econômicos). De acordo com seu ensinamento, a jurisdição ocupa papel central na teoria processual, e o processo é instrumento a serviço da função jurisdicional e de outros objetivos do Estado. Assim, a ordem processual é justificada por sua instrumentalidade, como meio cuja finalidade é o alcance de objetivos, de modo que os escopos do processo são a razão de toda a ordem jurídica processual. Dinamarco aponta, ainda, que a “paz social” é o *escopo fundamental* da função jurisdicional. Defende, assim, que a insatisfação é um sentimento que justifica e legitima a atividade jurídica e o exercício da jurisdição estatal, oferecendo a promessa de pôr fim a esses estados de decepções permanentes (DINAMARCO, 2008).

Por outro lado, toda essa carga socializante do processo, inevitavelmente, fomentou a própria atividade jurisdicional. Ora, o processo, como instrumento a serviço do Estado (e não das partes), serve como política estatal em busca de uma suposta realização de justiça. Sua realização, no entanto, dá-se por meio da figura central do julgador. Assim, as partes transferem ao Estado paternalista o poder de solucionar seus interesses conflitantes. Além disso, sendo instrumento de realização de justiça e da paz social, quanto menos demorado o processo, mais promoverá seus objetivos socializantes.

Com isso, não se pode negar que a forma de se conceber o processo pode impactar a própria cultura de uma sociedade. Será mais ou menos demandista, na medida em que deposita no Poder Judiciário a crença de solução de todos os problemas, aflições e conflitos sociais.

Conclui-se, desse modo, que a instrumentalidade, como teoria processual amplamente difundida no direito pátrio, incita a desmedida litigiosidade hoje identificada no Brasil.

2 COMO A ESCOLA INSTRUMENTALISTA CONDICIONA A ATIVIDADE DA ADVOCACIA PÚBLICA

Como identificado anteriormente, entende-se que a concepção sobre o processo pode impactar a própria cultura de uma sociedade, sendo mais demandista quando deposita no Poder Judiciário o protagonismo das decisões e a crença de solução de todos os problemas. Concluiu-se, nesse contexto, que a Escola Instrumentalista contribui para a litigiosidade atualmente constatada no Brasil.

Não se pretende, evidentemente, atribuir toda a litigiosidade à Escola Instrumentalista do Processo. Em verdade, são muitas as possíveis causas concernentes ao excesso de litigiosidade³, talvez inesgotáveis. Não se pode deixar de verificar, ainda, que, em países de democracia tardia e de Poderes com crise de legitimidade e eficiência, ocorre uma hipertrofia do papel do Poder Judiciário, atraindo-se para o seu âmbito discussões que poderiam se desenvolver melhor se tratadas no âmbito dos demais Poderes constituídos.

Visto sob a perspectiva da criação do excesso de litigiosidade, esse problema também pode ser percebido a partir da vertente cultural e sociológica do descumprimento crônico de regras, de que é importante cumpri-las⁴, seja pela ausência de percepção, pelo povo e, até mesmo, pelas autoridades, seja pelo sentimento nacional do ineficiente estado das coisas.

Por outro lado, também é possível analisar a questão pelo viés de solução dos litígios, em que se verificam problemas instrumentais, relativos aos mecanismos de resolução desses conflitos, bem como relacionados à escassez dos meios materiais para tanto. De fato, os recursos são finitos e exigem demasiadamente do orçamento público, para manter o funcionamento do sistema de justiça⁵.

De todo modo, o fato é que o Brasil vive, hoje e historicamente, uma crise de excesso de litigiosidade. O relatório “Justiça em números de 2018” mostra que, no ano de 2017, houve um crescimento do estoque de processos, com variação de 0,3% e total de 80,1 milhões de processos que aguardam uma solução definitiva. Isso significa um incremento de 244 mil casos pendentes em relação a 2016, mesmo tendo sido o ano de maior produtividade do Judiciário, conforme apuração realizada na série histórica do CNJ⁶.

Outrossim, foi constatado (em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, ao analisar sobre a litigiosidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal) que “o grande cliente do STF

3 - Rodolfo de Camargo Mancuso (2015) enfrenta as possíveis concausas: a) a cultura demandista; b) a fúria legislativa; c) o binômio judicialização da política-politização do judiciário; c) o ativismo judicial fomentado pela conduta dos outros poderes; e) a existência de litigantes habituais; f) o gigantismo da máquina judiciária que retroalimenta a demanda; g) a litigiosidade contida e sua recepção pelos Juizados Especiais; h) a deficiente divulgação de outros meios de solução de conflitos (Mancuso, 2015).

4 - Hugo de Brito Machado conclui: “realmente, a cada dia se faz mais forte a convicção que alimentamos de que a crença no Direito é o fundamento de sua eficácia. E essa crença é proporcional à observância das normas por parte daqueles que dispõem de poder suficiente para escapar das sanções prescritas pela ordem jurídica, especialmente aqueles que, investidos do poder estatal, como autoridades, deixam de observar as normas que não atendem a seus interesses pessoais, ou mesmo a um suposto interesse público”. Em outro trecho, o autor esclarece: “na prática, o que se vê em muitos casos é a inércia dos órgãos do Estado, responsáveis pela aplicação da lei, quando esta se mostra contrária à vontade nacional. Exemplos eloquentes dessa inércia são os que ocorrem com o dispositivo legal que define o jogo como contravenção penal, e o que proíbe a prática de operações de câmbio de moeda por pessoas não autorizadas. A prática de jogo do bicho é pública e notória, e a prática de operações de câmbio de moeda por pessoas não autorizadas chega a formar um mercado, conhecido como *paralelo*, que é referido em todos os noticiários que informam o valor do dólar norte-americano em relação à moeda nacional. (MACHADO, 2004, p. 110 e 82)

5 - Nagibe de Melo Jorge Neto (2016) informa que “para processar e julgar de 2.000 a 5.000 processos em um tempo hábil, o juiz precisa ser auxiliado por um corpo de servidores preparado. O ideal seria que cada vara tivesse entre 10 a 20 servidores entre oficiais de justiça, assessores, analistas. Essas pessoas atuam sob a direção do juiz e auxiliam o juiz no impulsionamento dos feitos e no cumprimento das ordens judiciais. O problema é que, em muitas unidades jurisdicionais, em muitas varas, o juiz tem apenas dois ou três auxiliares, normalmente cedidos das prefeituras e sem a adequada capacitação técnica. Nesses casos podemos dizer que o juiz tem somente ele e as próprias unhas para fazer tudo. O resultado é que os juízes trabalham à exaustão, mas os processos não andam. Os juízes só conseguem dar conta dos pedidos urgentes, como prisões, liminares, para fornecimento de medicamentos etc. Todo o resto fica se acumulando nas prateleiras. Além de servidores qualificados, muitas vezes faltam também equipamentos, como instalações adequadas, c

6 - Conforme o “Relatório “Justiça em números de 2018”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

Recursal é de natureza pública, do Executivo Federal”. Portanto, de acordo com o referido estudo, o próprio Estado brasileiro (o “Executivo Federal”) representa, sozinho, mais de 50% de todos os processos que estão tramitando na Suprema Corte⁷.

Importante registrar que o excesso de litigiosidade dificulta a realização do próprio direito constitucional de acesso à justiça. E que, cada vez mais, o Poder Judiciário é procurado como o principal (senão o único) instrumento de resolução de conflitos⁸. Dessa forma, essa busca desmedida impede a realização de uma solução adequada para a multiplicidade de demandas que ingressam, anualmente, nas estatísticas forenses.

Como dito anteriormente, acredita-se que há forte influência da forma como se concebe o processo em relação à cultura demandista. Ademais, entende-se que a míope perspectiva instrumentalista resulta em métodos limitados para combater o excesso de litigiosidade. Isso ocorre porque os próprios métodos são restringidos pela concepção instrumentalista, por exemplo: a sucessiva alteração da legislação processual; o uso ilógico de precedentes; as cláusulas de barreira de recursos; a compactação de procedimentos; as cognições parciais etc.⁹ Não há, contudo, uma reflexão profunda sobre os efeitos dessas medidas em relação ao próprio direito fundamental ao processo.

Acredita-se que as medidas demasiadamente focadas em aspectos metodológicos, em verdade, diminuem aquilo o que de mais valioso o processo deveria resguardar: a participação e a capacidade de influência das partes interessadas na construção da decisão judicial. Assim, ao lado do protagonismo judiciário, a ideia de efetividade passa a ser a mola propulsora do ideal da instrumentalidade, a nortear a compreensão de todo o processo e da própria questão da litigiosidade.

Nesse ponto, interessante registrar que uma visão instrumentalista pode desvirtuar até mesmo o princípio constitucional da duração razoável do processo, na medida em que é considerado como sinônimo de celeridade. Nesse sentido, trata-se o tempo como sendo sempre deletério ao processo, aniquilando-se a ideia de possibilidade de solução construída pelas partes em um devido espaço de tempo (MARDEN, 2015).

De fato, o sistema, excessivo e unicamente focado na eficiência e na instrumentalidade, desconfigura não apenas o próprio modelo constitucional do processo, como também o próprio direito fundamental ao processo. A questão não se limita, portanto, a uma discussão teórica, mas traz consequências a todo o sistema e ao próprio modo de atuação das instituições, cujo enfoque é instrumentalista.

Nesse contexto, o Poder Legislativo atua a partir da orientação da máxima celeridade processual, o que pode ser identificado pela obsessiva necessidade de reformas processuais, cujo enfoque é o abarrotamento do Poder Judiciário, destacando-se os artifícios já mencionados, como a compactação de procedimentos e cognições parciais, dentre outros.

7 - Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>. Acesso em: 19 jun. 2019.

8 - “A expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressupões de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular” (MAUS, 2000, p. 190)

9 - Rodolfo de Camargo Mancuso (2015) registra: “tais filtros, barreiras ou elementos de contenção vêm sendo positivados sem uma indagação mais profunda (...), e sem uma preocupação maior com a questão de fundo que está à base do problema (...): uma cultura demandista ou judiciarista” (p. 31).

O Poder Judiciário, evidentemente, opera conforme essa legislação, e o Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, também apresenta demasiada preocupação com a eficiência, estipulando metas de celeridade a partir da supervalorização de indicadores de quantidade, produção e desempenho dos juízes¹⁰.

Dessa forma, não é diferente em relação à Advocacia Pública, que também se organiza em função dos efeitos da litigiosidade excessiva, com enfoque na instrumentalidade processual e de acordo com os padrões de celeridade e eficiência do sistema. Destaque-se, inclusive, que o Poder Público, ao menos no âmbito federal, ocupa a posição de maior litigância no país, conforme as estatísticas já apresentadas.

Nesse contexto, embora a Advocacia Pública tenha o *status* constitucional de “função essencial à justiça”, inclusive com competência de controle interno de juridicidade do ato administrativo¹¹, tradicionalmente, atua com mais ênfase na atividade contenciosa e defensiva. Sendo assim, não se verificam incentivos institucionais voltados a uma atuação jurídica mais direcionada à responsabilidade administrativa, fora do âmbito da defesa judicial.

Pelo contrário, a Advocacia Pública, ao menos no âmbito federal, é, de fato, direcionada a uma atividade predominantemente contenciosa e especialmente focada em indicadores de produtividade, que consideram critérios meramente quantitativos, dado o significativo volume de demandas judiciais.

O próprio critério de lotação das procuradorias judiciais de âmbito federal, em regra, é feito a partir de dados quantitativos de processos, sem muita preocupação sobre a relevância e complexidade dos tipos de causa. Em regra, são considerados índices que valorizam muito mais posturas litigiosas (apresentação de impugnações e recursos) do que posturas cooperativas (acordo, reconhecimento jurídico do pedido, dispensa de recurso quando a matéria é manifestamente ilegal ou está em harmonia com precedentes reiterados e pacificados).

Desse modo, para os advogados públicos, dentro do atual sistema ao qual é submetida a Advocacia Pública federal, é muito mais fácil e viável impugnar e recorrer do que simplesmente propor um acordo ou elaborar manifestações de ausência de interesse recursal. Evidentemente,

10 - Reunidos sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ocorreu o XII Encontro do Poder Judiciário, em 3 e 4 de dezembro de 2018, onde foram fixados objetivos para tribunais, dentre os quais a redução do estoque de processos. Destaca-se o seguinte trecho de notícia veiculada a respeito do referido encontro: “Quanto à redução do estoque de 80 milhões de processos em tramitação no país, a Meta no 1 estabelece que os tribunais de todos os segmentos deverão julgar número de causas maior do que a quantidade de processos distribuídos no ano corrente (...) Segundo afirmou (...) o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do CNJ, ministro José Antonio Dias Toffoli, além de bater as Metas Nacionais, o grande desafio do Poder Judiciário em 2019 será criar uma base nacional de dados processuais que possa ser utilizada para desenvolver diagnósticos precisos, parâmetros, diretrizes e políticas que garantam maior celeridade processual. ‘Não se planeja o futuro sem conhecimento da realidade e não se desenvolvem metas sem a construção de indicadores (...) Nos dar a conhecer será uma forma de deixarmos de ser criticados, porque se verá a qualidade e a quantidade de produção da magistratura brasileira’ (...) Dias Toffoli também ressaltou que ‘A sociedade deposita muita esperança no Poder Judiciário e anseia por resultados. Os cidadãos urgem por prestação judicial eficiente, célere, coerente e previsível. Essa é uma grande preocupação que temos (...) o corregedor nacional de Justiça, ministro Humberto Martins (STJ), tocou nas mesmas teclas ao comentar a importância das Metas Nacionais: ‘Precisamos ter um Judiciário ágil, produtivo, de qualidade e que dê respostas com bastante brevidade aos reclamos da sociedade brasileira’ (...) O ministro Marco Aurélio Buzzi disse que no ano passado o STJ superou, dentre outras, a Meta Nacional no 1, ao julgar 20% mais processos do que os distribuídos. ‘Se levarmos em conta apenas a produtividade, nós, juízes brasileiros, somos os melhores do mundo’”. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/cnj-define-metas-nacionais-para-2019/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

11 - “Os advogados públicos, quando exercem a consultoria jurídica e o contencioso judicial, realizam, então, uma terceira atividade típica, que consiste no controle da aplicação do direito pela Administração Pública” (MADUREIRA, 2016, p. 109).

isso gera um ciclo vicioso e estimula uma litigiosidade desnecessária do Poder Público Federal. Não se pode negar que as pessoas reagem a incentivos e, dentro da Advocacia Pública, o regime de incentivos tem sido orientado para promover litigiosidade.

Assim, notoriamente, a cultura litigiosa no âmbito da Advocacia Pública é forte, razão pela qual se entende que não é devidamente implementada uma atuação harmônica com o Modelo Constitucional de Processo e nos moldes do desenho constitucional de “função essencial à justiça” que lhe foi atribuído, o que precisa ser revisado, conforme será abordado no próximo ponto.

3 A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA CONFORME O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Anteriormente, sustentou-se que a excessiva influência do enfoque instrumentalista do processo dificulta a atuação da advocacia pública conforme o desenho constitucional de “função essencial à justiça” que lhe foi atribuído, bem como não se harmoniza com o devido Modelo Constitucional de Processo.

De acordo com o desenho constitucional, a Advocacia Pública foi inserida em capítulo próprio e dedicado às “funções essenciais à justiça”¹²⁻¹³, ou seja, não foi incluída no capítulo do Poder Executivo. Assim, não pode ser enquadrada como advocacia de governo¹⁴, pois a natureza de advocacia de Estado foi delineada pelo próprio texto constitucional.

Evitar essa confusão não conduz sustentar que a Advocacia Pública não deve estar alinhada às políticas públicas traçadas pelo Poder Executivo (democraticamente eleito). Pelo contrário, deve atuar em colaboração e ajudar a construir essas políticas, no âmbito de suas atribuições institucionais. Devem assegurar que sejam realizadas dentro da legalidade e juridicidade necessárias, mas ao mesmo tempo, respeitar as opções discricionárias e políticas dos gestores públicos.

Como bem registrado, “a construção de um regime democrático estável passa pela formação de instituições sólidas que possam servir de base à defesa dos valores republicanos e democráticos” (COUTINHO, 2016, p. 85). De fato, as funções essenciais à justiça assumem um protagonismo fundamental, independentemente de quem ocupe o governo, e a reflexão sobre suas atribuições e autonomia refletem na própria viabilidade do cumprimento da função do Estado, como agente de efetivação de direitos fundamentais (COUTINHO, 2016).

12 - Conforme expressamente estabelecido na Seção II (Da Advocacia Pública) do Capítulo IV (Das Funções Essenciais À Justiça) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2019.

13 - É de se ressaltar que o artigo 131 da CF/88 estabelece que “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”. Como se vê, a Constituição fala em representação judicial e extrajudicial do ente federal, o que inclui os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), não podendo esgotar sua atuação, portanto, relativamente ao Poder Executivo. Ao lado disso, ainda estabelece a Constituição que, cabe ainda à Advocacia-Geral da União as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

14 - “Advocacia de Governo: espécie de advocacia, que, em suma, é desprovida de perenidade e de *status* constitucional; possui algum tipo de subordinação (ordinariamente administrativa) ao Executivo e cujo órgão, ou instituição, seria carente de autonomias funcional, administrativa e financeira/orçamentária; seus integrantes mais proeminentes seriam ocupantes de cargos comissionados; inexistiria privatividade de funções nem haveria garantias e prerrogativas, para os membros efetivos” (KIRSH, 2016, p. 139).

Ora, o advogado público tem como atribuição constitucional representar judicial e extrajudicialmente o Estado, decorrendo daí a sua atribuição de representar o povo, território e governo, participando, ainda, da rede de controle governamental e da viabilização de políticas públicas (PEREIRA, 2016).

No entanto, apesar da relevância de suas funções e do *status* constitucional que ocupam, não se pode ignorar o receio dos advogados públicos de serem responsabilizados e punidos pela não apresentação de defesa contenciosa nos casos concretos ajuizados.

De fato, o exercício do cargo de advogado público, nos âmbitos de todos os entes federados, envolve muitas responsabilidades, e uma má atuação pode colocar o próprio Estado em situação de vulnerabilidade. Assim, mostra-se adequada e pertinente a disposição do artigo 184 do Código de Processo Civil de 2015, que prevê a responsabilidade do advogado público quando agir com dolo, má-fé ou fraude no exercício das funções. Ressalvadas essas hipóteses, estabelece o artigo 38, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.327/2016, que não serão responsabilizados os ocupantes dos cargos das carreiras jurídicas federais¹⁵ quando no exercício de suas funções, exceto pelos respectivos órgãos correccionais ou disciplinares, e que compete exclusivamente a esses órgãos a apuração de falta disciplinar.

Apesar da previsão legal e do avanço institucional que ela representa, não é raro, contrariamente à lei, que órgãos de controle, como tribunais de contas, iniciem procedimentos investigativos de atos praticados por advogados públicos, mesmo quando respaldados pelas chefias das procuradorias onde exercem suas funções, muitas vezes realizadas no contexto de uma política institucional de estímulo à conciliação (reconhecimento jurídico do pedido, desistência e renúncia de recursos, transação, dentre outros). Essa situação não apenas viola a autonomia técnica desses profissionais, como frustra o modelo cooperativo adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 (BRANCO, 2018).

Portanto, a ausência de autonomia pelos membros da Advocacia Pública não apenas os coloca em uma postura defensiva e litigiosa, como vai de encontro com os contornos do princípio constitucional do “acesso à justiça”¹⁶, de acordo com o qual o processo judicial é apenas uma de suas possibilidades. Isso, é claro, prejudica não apenas a própria Fazenda Pública, mas todas as partes envolvidas.

Ademais, refletir sobre as competências institucionais da Advocacia Pública (de Estado) e sobre sua natureza jurídica de “função essencial à justiça” pode trazer eficiência e legitimação às próprias atividades de Estado, o que também contribuiria ao acesso e à efetividade do sistema de justiça.

De fato, a atuação da Advocacia Pública (contencioso e consultivo), com maior autonomia e respaldo de orientações institucionais, mais focada na análise de juridicidade dos atos ad-

15 - A Lei nº 13.327/2016 estabelece o seguinte: “Art. 27. Este Capítulo dispõe sobre (...) questões que envolvem os ocupantes dos cargos: I - de Advogado da União; II - de Procurador da Fazenda Nacional; III - de Procurador Federal; IV - de Procurador do Banco Central do Brasil (...) Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas: (...) § 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correccionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude. § 3º A apuração de falta disciplinar dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo compete exclusivamente aos respectivos órgãos correccionais ou disciplinares”.

16 - “a expressão de acesso à justiça, inicialmente informada pela vetusta concepção de monopólio estatal (...) vai cedendo espaço a novas ideias e propostas aderentes à tendencial e crescente desjudicialização dos conflitos” (MANCUSO, 2015, p. 27).

ministrativos e proposições para o Executivo, poderia resultar em uma entrega mais satisfatória do próprio serviço público, além de colaborar verdadeiramente para a diminuição das genuínas causas de litigiosidade.

Entende-se, assim, que uma atuação independente, com autonomia técnica da Advocacia Pública, é condição da sua própria missão delineada no modelo constitucional brasileiro.

Deve-se abandonar, com isso, a ideia de se recorrer a qualquer custo, e não se deve fazer isso somente porque o Poder Público está envolvido com mais de 50% da demanda judicial em tramitação no país, o que, por si só, já exigira uma reflexão sobre as competências institucionais da Advocacia Pública de Estado. Também se deve adotar uma postura menos litigiosa porque o advogado público tem o dever institucional de apreciar a juridicidade dos casos sob sua análise, não devendo se comportar como defensor cego e fervoroso de qualquer ato irresponsável da Administração Pública.

Essa atuação com independência técnica decorre do próprio desenho constitucional que situou a Advocacia Pública no capítulo próprio das “Funções Essenciais à Justiça” (Capítulo IV da CF/88) e investiu o advogado de inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão (art. 133 da CF/88) (BRASIL, 1988).

É evidente que se deve valorizar sempre uma atuação coordenada da Advocacia Pública, priorizando-se as diretrizes e orientações dos órgãos centrais, a fim de se obter os resultados mais eficientes na defesa do Estado.

Não é mais possível defender que o advogado público apresente impugnações e recursos a qualquer custo. O que se deve promover é uma atuação institucional de advocacia de Estado, à altura do *status* constitucional de “função essencial à justiça”, em harmonia com o Modelo Constitucional de Processo.

Acredita-se que, desse modo, a Advocacia Pública, como “função essencial à justiça”, poderia colaborar com uma Administração Pública mais efetiva, além de viabilizar o próprio Estado Democrático de Direito.

Ademais, diante dos novos contornos do direito constitucional do *acesso à justiça*, o processo judicial é apenas uma de suas possibilidades, sendo, também, portanto, uma das técnicas para se atingir o interesse público. Deve-se, assim, cada instrumento de “acesso à justiça” ser avaliado no contexto das circunstâncias do caso concreto, o que se mostra muito mais adequado ao Modelo Constitucional de Processo.

4 CONCLUSÃO

Neste trabalho, demonstrou-se como a perspectiva acerca da teoria de processo pode trazer consequências práticas relacionadas à litigiosidade, bem como à atuação da Advocacia Pública.

Para tanto, foi necessário expor sobre algumas das principais teorias do processo, iniciando-se pela “Teoria da Relação Jurídica”, de Oskar Bülow, que, embora tenha trazido valoroso caráter científico e autônomo ao direito processual, custou a própria liberdade de agir das partes.

Observou-se, ainda, que sobrevieram significativas contribuições à teoria de processo, como a “Teoria Estruturalista”, de Elio Fazzalari, quem elaborou o importante conceito de processo como procedimento qualificado pelo contraditório, sendo posteriormente fundido à ideia de que o processo é, intrinsecamente, um direito fundamental.

Verificou-se, também, que, no final do século XX, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera introduziram o conceito de modelo constitucional de processo, com eficácia irradiante e limitação de atuação do legislador ordinário.

Ademais, constatou-se que a visão sistemática do modelo constitucional de processo deve ser compatível com o Estado Democrático de Direito, de modo que lhe deve ser agregado o conceito de democracia de Jürgen Habermas, para que haja, no processo, participação, procedimento e discurso, com capacidade de influência dos interessados na construção da decisão judicial.

Apesar da evolução contínua das teorias de processo, averiguou-se que a doutrina processual brasileira permanece estagnada na “Teoria da Relação Jurídica”, de 1868, sem uma verdadeira remodelação com as premissas constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Foi observado que isso decorre de um modo de perceber o processo ainda fortemente vinculado à Escola Instrumentalista do Processo, fundada por Cândido Dinamarco, para quem o processo é instrumento estatal de alcance de escopos metajurídicos. Viu-se que essa abordagem fomenta a própria atividade jurisdicional, tendo em vista a perspectiva de que o processo é instrumento a serviço do Estado, e não das partes. Trata-se de uma perspectiva de política estatal que busca uma realização de justiça de modo demasiadamente centralizado na figura do julgador, com transferência do poder de solucionar os interesses conflitantes das partes ao Estado paternalista.

Conclui-se, desse modo, que a instrumentalidade, como teoria processual amplamente difundida no direito pátrio, impacta na própria cultura brasileira, tornando-a mais demandista, na medida em que se deposita no Poder Judiciário a crença de solução de todos os conflitos sociais, incitando-se a desmedida litigiosidade hoje identificada no Brasil.

Demonstrou-se, ademais, que a excessiva influência do enfoque instrumentalista do processo dificulta a atuação da Advocacia Pública conforme o desenho constitucional de “função essencial à justiça” que lhe foi atribuído, além de não se harmonizar com o devido Modelo Constitucional de Processo.

Identificou-se que os próprios métodos de diminuição da litigiosidade são concebidos a partir da perspectiva instrumentalista. Para tanto, exemplificou-se as sucessivas alterações da legislação processual, o uso desmedido de precedentes, as cláusulas de barreira de recursos, a compactação de procedimentos, as cognições parciais, dentre outros, sem, contudo, haver uma reflexão mais aprofundada a respeito dos efeitos dessas medidas em relação ao próprio direito fundamental ao processo.

O sistema passa, assim, a ser excessiva e unicamente focado na eficiência e na instrumentalidade, trazendo consequências a ele próprio e ao modo de atuação das instituições, supervalorizando-se os indicadores de produção e desempenho baseados nas quantidades de processos.

Efetivamente, demonstrou-se que a Advocacia Pública se organiza em função dos efei-

tos da litigiosidade excessiva, com enfoque na instrumentalidade processual e de acordo com os padrões de celeridade e eficiência do sistema, especialmente porque promove a defesa do Poder Público, o qual, no que diz respeito ao âmbito federal, ocupa a posição de maior litigância no país.

Foi constatado que a reflexão sobre as competências institucionais da Advocacia Pública (de Estado) e sobre a sua natureza jurídica de “função essencial à justiça” pode trazer eficiência e legitimação às próprias atividades de Estado, o que também contribuiria ao acesso e à efetividade do sistema de justiça.

Desse modo, verificou-se que uma atuação da Advocacia Pública, com maior autonomia e respaldo de orientações institucionais, mais focada na análise de juridicidade dos atos administrativos e proposições para o Executivo, poderia colaborar de fato para a diminuição das legítimas causas de litigiosidade.

Concluiu-se, por fim, que o advogado público não deve apresentar impugnações e recursos a qualquer custo, mas promover uma atuação institucional de advocacia de Estado, conforme a sua natureza constitucional de “função essencial à justiça” e em harmonia com o Modelo Constitucional de Processo, o que se mostraria também mais adequado aos novos contornos do direito constitucional do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRANCO, Janaina Soares Noleto Castelo. Advocacia Pública no CPC/15. In: Juvêncio Vasconcelos Viana. **Novo CPC: parte geral**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2018**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BÜLOW, Oskar. **La Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtscheín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1964.

BÜLOW, Oskar. **Statutory law and judicial function**. American Journal of Legal History nº 39, 1995.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. **História, pensamento e terminologia processuais**. Revista de Derecho Procesal, 1947.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Advocacia Pública de Estado e autonomia das funções essenciais à Justiça. In: Aldemário Araújo Castro, Rommel Macedo. **Advocacia Pública Federal: afirmação como função essencial à Justiça**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, v.10, fas.14, p. 24-41. 2012

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Abrindo a caixa preta: por que a Justiça não funciona no Brasil?** 1. ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

KIRSH, César do VALE. Advocacia Pública (de Estado) como função essencial à justiça e parceira do Executivo na viabilização de políticas públicas. In: Aldemário Araújo Castro, Rommel Macedo. **Advocacia Pública Federal: afirmação como função essencial à Justiça**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MADUREIRA, Claudio. **Advocacia Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã'. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. **Revista Novos Estudos**, n. 58. 2000.

PEREIRA, Carlos André Studart. Das prerrogativas da advocacia pública. In: Aldemário Araújo Castro, Rommel Macedo. **Advocacia Pública Federal: afirmação como função essencial à Justiça**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016.





ARTIGO TRADUZIDO

.....

KARL LOEWENSTEIN, MAX LERNER E A DEMOCRACIA MILITANTE: UM APELO À “DEMOCRACIA FORTE”¹

.....

KARL LOEWENSTEIN, MAX LERNER, AND
MILITANT DEMOCRACY: AN APPEAL TO
“STRONG DEMOCRACY”

Graham Maddox²

Tradutor: Thiago Aguiar de Pádua³

1 - Publicado originalmente em “*Australian Journal of Political Science*”, Volume 54, Issue 4, 2019. Autorização para a tradução datada de 02/06/2021.

2 - Graham Maddox é Professor Emérito de Ciência Política na University of New England, onde foi por doze anos Reitor da Faculdade. Membro vitalício de Clare Hall, Cambridge, e do Center of Theological Inquiry em Princeton (NJ). Foi presidente da Associação de Estudos Políticos da Austrália em 1995-6. Seus livros incluem “*Political Parties in Australia*” 1978 (co-autor); “*The Hawke Government and Labour Tradition*”, 1989; “*Australian Democracy in Theory and Practice*” 5ª ed. 2005; “*Religion and the Rise of Democracy*”, 1996; “*Political Writings of John Wesley*”, 1998. Editou e co-editou livros sobre o republicanismo australiano, a legitimidade política e o cosmopolitismo.

3 - Pós-Doutoramento (UnB, Università degli Studi di Perugia e Univali). Doutor e Mestre em Direito (UniCEUB). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do UDF - Centro Universitário do Distrito Federal (Mestrado). Membro do Centro de Estudos Constitucionais – CBEC. Membro da Academia Brasileira de Letras. Advogado.



RESUMO: Na década de 1930, Karl Loewenstein reagiu à facilidade com que o Partido Nazista subiu ao poder dentro da democracia parlamentar. Na América do Norte, Max Lerner ecoou o apelo de Loewenstein por uma “democracia militante”, mas identificou um diferente “inimigo interno”, os maliciosos interesses capitalistas. A resposta de Loewenstein ao populismo foi uma “Democracia autoritária”, enquanto Lerner desejava envolver as pessoas em um compromisso público. Este artigo busca um caminho do meio para uma concepção de democracia que evite as vicissitudes de maiorias transitórias, sem ceder terreno a qualquer minoria entrincheirada ou momentânea. Em sua aparência moderna de “neoliberalismo”, o capitalismo corporativo fez incursões nas sensibilidades dos democratas e precisa ser confrontado por uma noção de “democracia forte”, expressa através do engajamento de todas as populações.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Constitucionalismo. Autoritarismo. Fascismo.

ABSTRACT: In the 1930s Loewenstein responded to the ease with which the Nazi Party rose to power within parliamentary democracy. In America Lerner echoed Loewenstein’s call for a ‘militant democracy’, but identified a different ‘enemy within’ – rogue capitalist interests. Loewenstein’s response to populism was an ‘authoritarian democracy’, whereas Lerner wished to embrace the people in a public engagement. This paper seeks a middle path towards a conception of democracy that avoids the vicissitudes of transient majorities without yielding the ground to either transient or entrenched minorities. In its modern guise of ‘neoliberalism’, corporate capitalism has made inroads into the sensibilities of democrats, and needs to be confronted by a notion of ‘strong democracy’ expressed through the engagement of whole populations.

KEYWORDS: Democracy. Constitutionalism. Authoritarianism. Fascism.

INTRODUÇÃO

A atual atenção generalizada sobre os movimentos populistas foca a resposta dos anos 1930 ao populismo na forma de “democracia militante”. Este artigo busca analisar as aplicações divergentes do termo na década de 1930, utilizadas por Karl Loewenstein e por Max Lerner, considerando sua possível relevância para os estudos contemporâneos da democracia e do populismo de direita. No contexto do pré-guerra, a democracia estava, sem dúvida, sob ameaça, e o debate Loewenstein-Lerner pode lançar luzes sobre questões contemporâneas, quando a comunidade internacional está experimentando um declínio no apoio à ideia de democracia.

Quando Loewenstein lançou, em 1937, seu projeto para recomendar uma “democracia militante” para o mundo liberal, era uma época de grave perigo para o moderno estado democrático em razão das forças fascistas. A perplexidade mais profunda de Loewenstein foi despertada pela facilidade com que o Partido Nazista Alemão, originalmente um movimento minoritário, chegou ao poder através dos meios legais. A propaganda nazista foi amplamente dirigida contra os milhões de judeus, feitos para viverem como estrangeiros em suas terras natais, e que então sofreram uma opressão indescritível (cf. Kallis, 2005). A designação da população judaica como “o Outro” tinha a intenção de provocar um sentimento de resposta “emocional” da população alemã, tornando-os desejosos de um *Führer*, como salvador.

1. KARL LOEWENSTEIN

Quando a democracia estava em maior perigo na era das guerras mundiais e na era dos ditadores no século XX, seus defensores, como Dewey (1916), McIlwain (1939), Barker (1942; cf. Stapleton 1994, p. 210-14) e Lindsay (1943), produziram uma boa literatura. Karl Loewenstein expressou uma paixão genuína pela (sua versão de) democracia. Ele tinha estudado direito público e ciência política em sua cidade natal, Munique, e fugido do regime nazista quando a perseguição aos judeus e dissidentes se tornou perigosa. Estabeleceu uma carreira acadêmica em Amherst, Massachusetts, onde se concentrou no estudo das instituições políticas. Ao longo dos anos cinquenta a setenta, ele ensinou os alunos a distinguirem entre “constituições nominais” (observadas apenas no nome, uma vez que se ajustam vagamente à realidade política) e “constituições normativas” (totalmente operacionais). O termo “semântico” ele reservou para Constituições impostas cinicamente apenas para reforçar o poder dos regimes autoritários (Loewenstein, 1951). Ele declarou que a Constituição “normativa” era “como um traje que se encaixa, e que realmente é usado” (Loewenstein, 1965, p. 148). Os nazistas de quem ele escapou rasgaram cada fragmento de restrição constitucional sobre suas próprias ações e, efetivamente, destruíram a ideia de uma Constituição “normativa”.

Em seus dois artigos publicados na *American Political Science Review*, de 1937, Loewenstein montou uma defesa contra políticas inconstitucionais sob a rubrica de “democracia militante”. O *ethos* da democracia que alimentou a tolerância, a liberdade de expressão, de reunião e de imprensa, eleições abertas e sufrágio universal permitiu que partidos fascistas competissem no mesmo nível que partidos democráticos estabelecidos. O autoritarismo do nazismo foi “enraizado no emocionalismo”, manifestado pelo “entusiasmo nacionalista agudo” e pela “permanente coerção psíquica”, com “intimidação e terrorismo, cientificamente aplicados” (Loewenstein, 1937a, p. 418). O povo judeu era um bode expiatório conveniente para o derrame da emoção impregnada

de ódio que mobilizou muitos no apoio à sua eliminação. O *Lügenpresse* (“fake news”) ajudou a concentrar o ódio no “Outro” (cf. Ash, 2017). Em contraste, os democratas britânicos estavam acostumados a manter o “entusiasmo” sob suspeita; sua forma parlamentar e o governo de gabinete eram adequadamente racionais (Loewenstein, 1937a, p. 418). No entanto, a “racionalidade” da democracia abriu vias de procedimento legal que amaciaram o terreno para invasões autoritárias. O fascismo só poderia ter sucesso “sob as condições extraordinárias oferecidas pelas instituições democráticas”. O nazismo estava perfeitamente “ajustado à democracia”. Ele “oficialmente ane-xou a legalidade”. (Loewenstein 1937a, p. 423-44). O grande paradoxo foi que, enquanto o fas-cismo explorou os mecanismos legais da democracia (seu “Cavalo de Tróia”) para seus próprios fins, denegriu publicamente tudo o que ela representava como a antítese da autêntica cultura, denunciando as instituições liberais como estéreis, corruptas e inúteis.

A incapacidade da República de Weimar de se defender contra a ascensão do Partido Nazista exerceu muita influência sobre Loewenstein.⁴ Ele culpou a “igualdade formal” da representação política proporcional como a maior falha da democracia: “Sob o encanto da igualdade formal, é o formalismo exagerado do Estado de Direito que não exclui do jogo os partidos que negam a própria existência das regras” (1937a, p. 424).

O fascismo exibiu um “impulso missionário” para conter a maré do “caos bolchevique” (Loewenstein, 1937a, p. 419). Seu “entusiasmo” se espalhou para pequenos movimentos reacionários em democracias como França, Holanda, Suíça, Noruega, Tchecoslováquia, Irlanda e até mesmo a “racional” Grã-Bretanha. As recomendações de Loewenstein foram dirigidas principalmente às democracias que ainda mantêm os ideais centrais de seus regimes. Ele acreditava que os nazistas só poderiam ser resistidos pela adoção de seus próprios métodos, defendendo a “preservação da democracia por métodos não democráticos”. Ele elogiou as medidas tomadas pelos vizinhos da Alemanha, incluindo as medidas óbvias e razoáveis de banir exércitos privados, o uso de uniformes paramilitares e a exortações à rebelião.

Esses excessos normalmente poderiam ser tratados pelos códigos criminais existentes na maioria dos países (Loewenstein, 1937b, p. 645). No entanto, Loewenstein desejava apoiar a introdução de legislação antifascista, como a proibição de partidos alegadamente fascistas, restringindo a liberdade de discurso que se torna “abuso político” (Loewenstein 1937b, p. 652), a vigilância rigorosa das comunicações e a capacitação da polícia secreta para filtrar a propaganda subversiva. Esses oficiais deveriam ser cuidadosamente selecionados e intensamente treinados. “Na política”, escreveu Loewenstein, “a defesa é moldada de acordo com os métodos de luta do agressor” (1937b, p. 642; cf. Minkenberg, 2006). Ele citou Leon Blum, para dizer que “durante a guerra, a legalidade tira férias” (Loewenstein 1937a, p. 432). Loewenstein recomendou medidas de repressão contra órgãos que possam entrar legalmente na política eleitoral e subverter o sistema por dentro. A triagem geral das comunicações dificilmente poderia ser confiada aos potencialmente subversivos; portanto, seria uma intromissão na liberdade das pessoas. Ele começou condenando o autoritarismo do fascismo, e terminou com uma democracia autoritária.

4 - K. D. Bracher argumentou que a própria república de Weimar carecia de uma cultura democrática, sendo “uma democracia sem democratas”, em Inglehart e Welzer (2005, p. 245).

Loewenstein evidentemente pensava que a democracia era muito preciosa para ser confiada às pessoas. Ele, então, sutilmente transformou a democracia em uma aristocracia, uma vez que “a democracia liberal, adequada ... apenas para os aristocratas políticos entre as nações, está começando a perder o dia para as massas despertas” (1937b, p. 657). “Emocionalismo” é a característica falha do povo:

“A salvação dos valores absolutos da democracia não deve ser esperada a partir da abdicação em favor do emocionalismo, utilizado para propósitos egoístas desenfreios por líderes autoproclamados, mas por transformação deliberada de formas obsoletas e conceitos rígidos nas novas instrumentalidades ‘disciplinadas’, ou mesmo - não tenhamos medo da palavra - ‘democracia autoritária’. (Loewenstein 1937b, p. 657, ênfase adicionada)”

Loewenstein, portanto, queria *redefinir* a democracia como “autoridade disciplinada por homens de mente liberal”. E o velho enigma surge novamente: *Quis custodiet custodes ipsos?* Quem decidirá quem são os homens e mulheres de “mentalidade liberal”, e quem guardará os guardiães? Embora suas prescrições possam prenunciar uma espécie de democracia caracterizada pelo governo das “elites”, em breve promovido por Joseph Schumpeter (1943, 269), sua tese em si é um desafio à democracia entendida no contexto histórico e filosófico.

Loewenstein era um observador atento das constituições comparadas e da política comparada em geral. Ele encontrou nas vicissitudes das antigas constituições romanas uma sucessão de modelos, ou “tipos ideais”, pertinentes à erudição moderna. Perto do final de sua vida, em 1973, ele escreveu um relato substancial dos sucessivos sistemas políticos romanos: “*The Governance of Rome*”. Os modelos apresentados foram a República; o Principado, que Loewenstein alegou ser uma monarquia constitucional; e o *Dominato*, uma autocracia coerciva de pleno direito. Pertinente para a presente discussão foi sua apresentação do ofício republicano da ditadura. Ele pretendia que as medidas de emergência da democracia militante fossem temporárias, e o modelo romano era instrutivo. A ditadura era uma magistratura estabelecida, embora ocasional, da república inicial: “Para lidar com o que pode ser chamado de governo de crise, os romanos encontraram a solução na instituição da ditadura constitucional, uma magistratura regular, embora extraordinária” (Loewenstein 1973, p. 75). Significativamente, ele observou que o ditador era o único “magistrado republicano importante sem investidura por eleição popular” (1973, p. 77), mas escolhido por um dos cônsules da época. O mandato do ditador foi estritamente limitado a seis meses, durante os quais ele reinou supremo sobre todas as outras magistraturas, e não foi sujeito ao veto de outros funcionários. Loewenstein ficou impressionado que aqueles romanos chamados para o serviço de emergência desta forma agiram com honra, muitos renunciando ao poder assim que sua tarefa atribuída foi concluída, não esperando o término de seu mandato de seis meses (1973, p. 79). Voltando ao problema moderno, Loewenstein insistiu que “nenhuma Constituição bem construída de nosso tempo pode se dar ao luxo de ignorar as exigências e potencialidades da situação de crise, e deixar de reconciliá-la, na medida do possível, com os princípios de uma sociedade livre sob o estado de direito” (Loewenstein 1965, p. 220).

Endossando a intenção de Loewenstein de modificar a “estrutura mental” da época, pode-se propor uma base mais histórica / filosófica para a democracia que desloque a opinião da “maioria transitória” (mas não privilegie a opinião da minoria transitória). Como Karin Bischof explica, “o conceito de democracia de Loewenstein é um conceito de democracia liberal e representativa, com uma postura forte de controle parlamentar, e é grosso modo orientado pelo

entendimento de Max Weber de democracia como uma “autoridade jurídica racional”, como um “sistema racional” (Bischof, 2016; Loewenstein 1937a, p. 428). Evitando a ideia de Rousseau de uma democracia “radical”, Loewenstein seguiu as concepções britânica e americana de governo liberal-representativo (Bischof, 2016).

Se pudéssemos excluir da reforma de Loewenstein o autoritarismo, poderíamos endossar seu planejamento de reestruturação mental e ficaríamos num espaço mais confortável, pois este é o território da cultura política, e é evidente, a partir do exemplo histórico, que pelo menos um clima protodemocrático prevalece, receptivo à introdução de instituições democráticas, como um pré-requisito para a democracia (Inglehart e Welzer, 2005, p. 145–147). Como o próprio Loewenstein diz, “temos que pensar em décadas ou séculos ao medir a recessão ou o avanço de grandes movimentos seculares, como democracia ou capitalismo” (1939, p. 521). A democracia militante de Loewenstein foi logo assumida por Max Lerner, na América do Norte.

2. MAX LERNER

Max Lerner era bem conhecido antes de escrever seu primeiro livro individual: “It’s Later Than You Think. The Need for a Militant Democracy” ([1938] 1989a). Ele já era amplamente reconhecido como editor da *The Encyclopaedia of Social Science* (1927-1932) e também da *The Nation*, uma revista de notícias liberal. Defensor ferrenho do *New Deal*, ele ensinou em várias universidades influentes, incluindo Harvard, Notre Dame e Brandeis, e tornou-se jornalista de várias publicações.

Lerner estava tão perturbado com o avanço do nazismo quanto Loewenstein. Ele escreveu seu livro à sombra da incursão de Hitler na Renânia. Sempre otimista sobre a perspectiva de uma completa “Frente Popular” democrática⁵, ele “cortejou a democracia como um de seus soldados” (Lerner, 1989b, p. 83), mas estava bem ciente dos perigos que as estruturas de poder internas representavam. Em sua reflexão de cinquenta anos sobre a publicação de seu livro, ele disse que tinha sido “um ataque contra um dinossauro em casa, um expansionista do fascismo no exterior, e, um clássico liberal passivo que se mostrou impotente na luta contra qualquer um” (Lerner, 1989b, p. 83). Ele parece ter antecipado a angústia com que alguns autores mais recentes lamentaram o declínio dos ideais democráticos nos Estados Unidos modernos, a “Superpotência” e declínio da sociedade civil. Foi quando os cidadãos foram ensinados a pensar em si mesmos como “consumidores”, e quando as associações voluntárias foram suplantadas por corporações legitimadas como “pessoas jurídicas”, que as forças do mercado começaram a invadir e esmagar a sociedade civil ao lado do setor privado (Barber, 2001, p. 282). A perda da sociedade civil acabou por abrir o terreno para um estado democrático “incorporado”. Sheldon Wolin toma o estado nazista como ponto de referência, revertendo ou invertendo a aplicação da ideia “totalitária”. O regime totalitário invertido é:

“... decididamente capitalista, não amigo das classes trabalhadoras e, claro, visceralmente antissocialista. Em contraste com os nazistas, a economia em constante mudança da Superpotência, apesar de sua afluência, faz do medo o companheiro constante da maioria dos trabalhadores. Redução do tamanho, reorganização, bolhas explodindo, sindicatos falidos, habilidades rapidamente desatualizadas e transferência de empregos

5 - Muito otimista, de acordo também com suas reflexões posteriores (Lerner 1989b, p. 83-86).

para o exterior não criam apenas medo, mas uma economia de medo, um sistema de controle cujo poder se alimenta da incerteza, mas um sistema que, segundo seus analistas, é eminentemente racional. (Wolin, 2008, p. 67; cf. Maddox, 2016, p. 267-269)⁶.

Lerner apelou a uma “democracia militante” investida no poder do povo. Mais recentemente, Benjamin Barber despertou esse sentimento em um apelo por uma “democracia forte”, que pede as pessoas para governar. Não depende da chegada de um democrata credenciado como salvador, mas do recrutamento do “povo”, por mais falhos que sejam, para a tarefa de autogoverno: “É necessário apenas a fé nos efeitos democratizantes que a participação política tem sobre os homens [sic], uma fé não no que os homens são, mas no que a democracia faz deles” (Barber, 2003, p. 237).

Uma vez que Lerner pegou emprestado o termo “democracia militante” de Loewenstein, não era surpreendente que Loewenstein fosse um crítico proeminente de seu livro. O otimismo de Lerner sobre a possibilidade de educar a “maioria democrática” nasceu em sua crença de que Roosevelt deu grandes passos no sentido de motivar o público a favorecer suas políticas. Loewenstein era cético ao extremo. Lerner está em desacordo com Loewenstein, quando ele lamenta “a estima que muitos de nós sentimos pelas elites do mundo e o desprezo que alguns de nós ainda possuem pelo homem comum” (Lerner, 1989a, p. 245). Loewenstein retruca: “Um partido trabalhista como unidade política independente, pelo menos neste país [os EUA], seria um desastre de primeira magnitude, porque destruiria de uma vez o equilíbrio entre os dois partidos alternados” (Loewenstein, 1939, p. 520).⁷ Firmemente comprometido com o modelo bipartidarista adversarial, ele considerava a representação proporcional que produzia sistemas multipartidários como “o erro mais grave da ideologia democrática” (Loewenstein, 1937b, p. 424).

No entanto, Lerner (1989a) segue Loewenstein até certo ponto: “Por “militante” quero dizer uma democracia que, para usar uma frase de William James, tornou-se resistente e não sensível. Deve aprender a reconhecer e saber quem são seus inimigos, entender suas táticas, estar disposta a descobrir essas táticas e confrontá-las”.

Lerner começou com uma discussão sobre a ascensão dos nazistas na Alemanha, observando quão “astutos foram os cálculos de Hitler sobre os pontos fracos da armadura do mundo democrático”, mas observou que ele falhou, ao final, ao calcular seriamente seus pontos fortes. Para ele, os nazistas estavam conduzindo uma contrarrevolução contra o progresso alcançado pelo mundo democrático, mas eles “superestimaram a força da tenacidade de classe nas democracias capitalistas em oposição à força do orgulho nacional e do instinto democrático” (Lerner, 1989a, p. xix). Desde o início, ele identificou a revolução democrática como uma etapa do ciclo que foi:

“emitido do mundo anárquico dos estados-nação capitalistas para evitar o colapso econômico e guerras aniquiladoras. ... Os governantes da Inglaterra, França e - até o New Deal - América, tentaram agir como se as rachaduras na estrutura econômica fossem

6 - Alguns aspectos da tese de Wolin foram há muito antecipados por Polanyi (1944) e Galbraith (1967).

7 - A ascensão do Partido Trabalhista na Grã-Bretanha, em grande parte substituindo o antigo Partido Liberal, não eventualmente perturbou o equilíbrio de dois partidos no sistema.

apenas uma invenção de descontentes, e as reivindicações dos homens comuns [sic] sobre padrões de vida decentes fossem apenas senhas de grupos fechados de visionários. Seu afastamento da realidade foi completo e, na natureza das coisas, como deveria ser: dificilmente se poderia esperar qualquer outra coisa deles. (Lerner, 1989a, p. xx)”

Em contraste com as preocupações de Lerner sobre as ameaças à democracia, representadas pelo capitalismo descontrolado, Loewenstein chegou bem perto de associar a própria democracia à economia capitalista. “*Apesar dos riscos decorrentes do sufrágio universal, o capitalismo prospera melhor sob a democracia com a previsibilidade do estado de direito*” (Loewenstein, 1937a, p. 422 - ênfase adicionada). O estado de direito é totalmente contrastado com o emocionalismo das massas, o que, em uma disputa, não é páreo para o entusiasmo dos totalitários. Democracia e capitalismo juntos “*precisam de mais paz e segurança para investimentos do que qualquer outra coisa*” (*ibid.* - ênfase adicionada).

No crescimento desenfreado do capitalismo, Lerner viu uma afinidade com o fascismo Europeu. As sementes da contrarrevolução de Hitler já estavam germinando “nos profundamente reacionários elementos de nossa própria sociedade” (Lerner, 1989a, p. xxi). A crítica de Loewenstein, que foi amplamente direcionada contra as recomendações de Lerner sobre o planejamento de uma reforma econômica e política, não abordou as observações de Lerner sobre a contrarrevolução do fascismo em que os magnatas conservadores do mundo democrático foram cúmplices. Apesar de seus artigos de 1937, ele reconheceu o fascismo como um “movimento mundial” e, de fato, enumerou os dissidentes movimentos fascistas internos dentro das sociedades democráticas, mas Loewenstein se recusou a reconhecer as forças sociais e econômicas por trás da revolução democrática. Seus artigos não abordaram o tipo de análise que Lerner ofereceu sobre o nazismo, mas se concentraram na fraqueza inerente ao ideal democrático. Ele, portanto, pareceu ser um crítico não qualificado para a abordagem que Lerner ofereceu à democracia militante:

“Quero dizer uma democracia que, embora calmamente determinada em dar expressão aos desejos de suas minorias, não hesita em cumprir as decisões das regras da maioria ... Refiro-me a uma democracia disposta a agir de forma decisiva quando uma ação decisiva é necessária, não movida pelo medo de aumentar ou concentrar o poder governamental, disposto a usar esse poder com rapidez e tenacidade para fins sociais. (Lerner, 1989a, p. 103-4)”

Lerner reconhece que não há “vontade da maioria que seja válida para todas as questões públicas e que sempre agrupe a mesma maioria contra a mesma minoria”. Ele afirma o “princípio da maioria” simplesmente para resolver decisões políticas. É o medo da “multidão” que divide os “homens inteligentes [sic] e a democracia” (Lerner, 1989a, p. 107). Ele propõe que a captura da comunidade democrática pelo monopólio capitalista tende à formação de oligarquias poderosas. Lerner reconhece o progresso feito pelo capitalismo, mas procura domesticá-lo por um sistema de “capitalismo de estado”, uma vez que testemunhou as poderosas manobras corporativas usadas para frustrar as reformas econômicas de Roosevelt. “A propriedade privada e a iniciativa industrial privada permaneceriam; mas os capitalistas podiam tomar suas grandes decisões apenas dentro de uma estrutura definida pelos conselhos de planejamento” (Lerner, 1989a, p. 158). “Monopólios definitivos”, no entanto, devem ser nacionalizados imediatamente (1989a, p. 163).

A democracia coletivizada de Lerner depende do aumento da renda nacional, que em seu tempo foi restringido por empresas que retinham a venda do excedente de produção em

suas recusas em reduzir os preços ao nível de mercado real, e por trabalhadores que retêm mão de obra ao tentar aumentar os salários e minimizar as horas de trabalho. O resultado foi que a maior parte da força de trabalho tinha renda insuficiente para gastar com os produtos excedentes da indústria, levando a uma estagnação da economia. Lerner endossou o planejamento econômico para coincidir com o poder de compra da população com capacidade de produção industrial. Tendo vivido através da crise financeira, quando fundos públicos foram pagos a bancos que eram grandes demais para falhar (cf. Collins, 2015), podemos ser tentados a creditar a Lerner mais previsão do que Loewenstein. “A socialização do sistema bancário e de crédito é um elemento necessário em qualquer economia planejada, seja capitalista ou socialista” (Lerner, 1989a, p. 162).

Loewenstein desprezava o desejo de Lerner de mobilizar um “coletivismo democrático”. Ele o criticou por identificar o capitalismo monopolista como uma grande ameaça à democracia. Lerner desejava planejar um “coletivismo democrático”, claramente projetado para colocar “o povo” na vanguarda de seu esquema. Ao criticar o livro que tomou dele emprestado o termo “democracia militante”, Loewenstein disse que “não pode ter escapado a um observador astuto do calibre do Dr. Lerner o fato de que a maioria democrática é uma abstração, incapaz de decisão”. “Subscrevendo a “lei de ferro”, ele argumentou que “qualquer maioria [não é mais uma abstração?] torna-se uma oligarquia...” (Loewenstein, 1939, p. 520).

Igualmente preocupado em invocar uma democracia militante contra seus inimigos, Lerner reverteu a posição de Loewenstein, encontrando um “inimigo interno” diferente e investindo o potencial para reforma na comunidade do povo, em vez de nas elites tradicionais, “liberais” ou não. A posição de Lerner é bastante justificada pelos recentes eventos da política nos Estados Unidos. O impasse entre os dois partidos “equilibrados” – os democratas e os republicanos – e o impasse entre o Congresso e a Presidência foram totalmente observados e documentados bem antes da administração Trump (Gutmann e Thomson, 2012; Fiorina, 2013; Maddox, 2016, p. 180–183; Kane, 2017).

Mesmo em 1938, Lerner estava preocupado com a profundidade do compromisso com a democracia entre os jovens. Em seus termos, a força da ideia democrática residia nas reverberações dos movimentos revolucionários no Reino Unido, Estados Unidos e França (cf. Palmer, 1959, p. 213–232; p. 469–489). Hostilidades iminentes na década de 1930 despertaram nova energia democrática: “Uma doutrina não se torna uma força viva, se não for tida como certa, e sem que sacrifícios tenham que ser feitos para isso. Mas sob grande tensão e perigo, é colada às tradições do passado e abre possibilidades ilimitadas para o futuro”. (Lerner, 1989a, p. 104). No entanto, existem outras arenas de luta além da guerra total:

“Mas não é apenas no campo de batalha, onde o sangue é derramado, que esse milagre se renova. Na realidade cada campanha sindical, cada plano legislativo, cada passo no domínio sobre o prejuízo, todo esforço administrativo nas democracias, hoje, é um campo de batalha. O advogado-economista que estuda a estratégia de uma indústria e traça planos para o seu controle, e quem na América hoje se tornou a figura chave na transição para um coletivismo democrático, é tanto um herói quanto o soldado que algum dia terá que lutar para defender a ordem democrática que está sendo construída”. (Lerner, 1989a, p. 104)

3. O VALOR DA MILITÂNCIA?

É claro que o conceito de Loewenstein, embora bem intencionado, era uma proposição arriscada, não apenas em seus próprios termos, mas também nas aberturas de uso que deu aos modernos destemperados; o que Alexander Kirshner chama de paradoxo da democracia militante: os métodos pretendidos para defender a democracia podem conduzir ao seu enfraquecimento (Kirshner, 2014, p. 2). A noção de excluir setores da população do acesso à atividade política diminui a integridade do “*demos*”. Kirshner reconhece os sérios interesses morais dos “antidemocratas” na participação, “não apenas em votar, mas ocupar cargos, falar e se associar a outros”, atividades que “garantem” o bem-estar individual do cidadão (Kirshner, 2014, p. 27; 33; p. 36). Embora se preocupando com poucos detalhes do relato de Loewenstein (sugerindo um paralelo entre suas recomendações e o macarthismo [Kirshner, 2014, p. 2-3; p. 82-93]), Kirshner aborda as deficiências gerais da “democracia militante”. Seu tema principal é uma advertência de que remédios para ameaças à democracia podem causar mais danos do que o que está ameaçado. Seu argumento é que ser antidemocrático não é uma causa para desqualificação de participação no sistema político (Kirshner, 2014, p. 33; 41). Silenciar as opiniões intolerantes seria como diminuir a legitimidade das instituições democráticas (p. 63). O programa não deve ser a exclusão do “*demos*”, mas sim evitar “violações de direitos” (p. 57). A solução de Kirshner é “polarizar as instituições de fundo”, o que poderia envolver regulamentação das autoridades subsidiárias em conformidade com os ideais democráticos (p. 69-74).

Kirshner densifica o *direito de participação política* com a manutenção dos ideais democráticos de liberdade e igualdade. Um conceito mais forte de democracia abraça os ideais em sua essência. Fica proposto que uma “democracia forte” pode ser um substituto relevante para a democracia militante, com todos os seus problemas. Na verdade, foi algo desse tipo que Max Lerner defendeu ao recomendar “a comunhão do povo” (cf. Fennema e Maussen, 2000, p. 380–384). Além disso, os métodos defendidos por Loewenstein para combater o fascismo são, como ele próprio reconheceu livremente, antagônicos às tradicionais normas da democracia em si. A exigência de polícia secreta e vigilância da população, incluindo a triagem de comunicações suspeitas, quando “normalizados” nos métodos do estado, minam suas reivindicações de integridade democrática. No entanto, a incursão do Partido Nazista no sistema político alemão por meios legais foi um grande desastre, e ainda há forças minando decididamente os ideais democráticos, e que precisam ser confrontadas.

Embora Kirshner tenha pouco tempo para as recomendações iliberais de Loewenstein, ele abre espaço para uma necessária acomodação à militância. Ele faz a observação sensível de que a democracia representativa é sempre um negócio setorial (Kirshner, 2014, p. 165). As instituições representativas são projetadas para acomodar o pluralismo, abraçando as necessidades de todos os cidadãos, independentemente de suas convicções filosóficas, afiliações institucionais, sua raça, religião ou outros credos, realizações educacionais ou status socioeconômico. Ele poderia acrescentar que a própria democracia pode ser interpretada como um negócio inacabado, enquanto a conversa dialética entre os diferentes partidos busca aberturas para melhorar o bem-estar da sociedade como um todo e de seus habitantes individuais.

Para Kirshner, o caso paradigmático da democracia militante é o Congresso dos Estados Unidos durante a Reconstrução, após a Guerra Civil. Os estados do sul haviam se separado da

União quando travaram guerra contra a República. Mesmo após a Proclamação de Emancipação, eles continuaram a se comportar antidemocraticamente ao negar os benefícios da cidadania plena aos ex-escravos afro-americanos (Kirshner, 2014, p. 145). Que os cidadãos adotem crenças antidemocráticas não é motivo para desqualificação política. A República adotou o engenhoso artifício de colocar os sulistas na posição de terem de “optar” pela União, por meio da “aceitação de elementos fundamentais da prática democrática. A exclusão do Congresso terminaria assim que os estados ratificassem as garantias institucionais de um sistema aberto e democrático” (Kirshner, 2014, p. 153). Os sulistas se tornaram os autores de sua própria exclusão. No final das contas, a solução não funcionou, pois a República não conseguiu comprometer os extensos recursos necessários para policiar o regime reformado no sul.

No entanto, a situação apresentada pelo rescaldo da Guerra Civil não é especialmente útil no combate à subversão de dentro da política democrática. Os estados do sul foram separados pela guerra a partir da política contínua da República. Os termos de seu assentamento ofereceram ao Norte a oportunidade de impor as condições para a restauração da cidadania.

Considerando que Kirshner havia permitido que a circunstância incomum e extrema da guerra civil pudesse validar a exclusão de cidadãos “antidemocráticos”, Carlo Acceti e Ian Zuckerman não abrem qualquer espaço para a exclusão de cidadãos. Eles argumentam que a democracia militante é inerentemente um fracasso em seus próprios termos, “porque a decisão sobre o que constitui um inimigo da democracia atinge os limites da própria entidade política e, portanto, não pode ser subsumida de qualquer norma democrática anterior” (Acceti e Zuckerman, 2017, p. 184). A questão é explorada com alguma profundidade por Meindert Fennema e Marcel Maussen. Eles concordam que a discussão democrática deve incluir todos os cidadãos, independentemente de sua opinião ou origem. Os direitos democráticos são “irrevogáveis” (Fennema e Maussen, 2000, p. 383). No entanto, há um problema quando uma democracia precisa enfrentar visões extremistas desde dentro. Enquanto ela está preparada para censurar a fala que é um incitamento direto à violência, os conflitos entre os cidadãos devem ser tornados públicos e sujeitos a um debate aberto. “Opiniões não devem ser proibidas por serem racistas, por serem blasfêmias ou moralmente repugnantes” (Fennema e Maussen, 2000, p. 384). Sem dúvida, há uma linha tênue entre discurso racista e a “incitação à violência”, como as vítimas de calúnia racista podem muito bem afirmar, ainda que o discurso sem intenção violenta aparentemente deva ser protegido.

Fennema e Maussen postulam padrões para o debate público, que incluem respeito e responsabilidade. Eles fazem a observação interessante de que, uma vez que a democracia está sujeita a repetidas renovações e fortalecimentos, encontros com opiniões extremistas são oportunidades abertas para um progresso construtivo:

“Um debate com extremistas oferece a possibilidade de reconhecer problemas sociais, para aumentar a legitimidade do governo e para refletir sobre a qualidade do sistema político. Pode trazer à tona irracionalidades e preconceitos, e pode, eventualmente, convencer os adeptos de partidos extremistas da superioridade dos valores democráticos. Mesmo que apenas alguns destes objetivos sejam alcançados, o que fortalecerá o processo democrático. (Fennema e Maussen, 2000, p. 398)”

4. DEMOCRACIA FORTE

Meindert Fennema clama por “uma concepção mais substancial de democracia ... [que] não pode, em uma sociedade multicultural, ser baseada no consenso popular”, e que evita a “repressão” de dissidentes, já que isso mina seus ideais básicos (2000, p. 29). Em qualquer caso, Miodrag Jovanovic se opõe à ideia de que “os valores democráticos gozam do status especial de padrões morais absolutos contra os quais se possa julgar que, independentemente do contexto, certas ações e crenças sejam moralmente certas ou erradas”. Ele apoia seu argumento com a afirmação de que “a democracia é, antes de mais nada, um método de governo” e tributa a Lowenstein a falha em não explicar o “caráter absoluto” dos valores democráticos (Jovanovic, 2016, p. 746). No entanto, as pré-condições culturais indispensáveis para uma democracia são baseadas em ideais morais evoluídos, que exigem a participação do “*demos*” no governo e a garantia de proteção aos habitantes. É neste ponto que a “democracia forte”, promovida por Benjamin Barber, entra em cena. Barber, concentrando-se na situação dos Estados Unidos, clama por uma reconstrução da sociedade civil, que ele vê como amplamente prejudicada na nova era mercantilista. Ele reage a uma concepção tênue de democracia, “o resíduo pálido do pluralismo democrático liberal, que retrata a política como nada mais do que a camareira de interesses privados” (Barber, 2003, p. 118). A democracia forte, por outro lado, envolve totalmente o público em um empreendimento comum. Isto é:

“... a política no modo participativo, onde o conflito é resolvido na ausência de uma base independente, por meio de um processo participativo de autolegislação contínua e próxima, e a criação de uma comunidade política capaz de transformar indivíduos dependentes e privados em cidadãos livres e interesses parciais e privados em bens públicos. (Barber, 2003, p. 132)”

Respeitando a preocupação liberal tradicional com a proteção de uma esfera individual de atividade, este tipo de engajamento público e consentimento ativo à riqueza comum forneceriam uma defesa democrática contra as pretensões de políticas extremistas.

Para oferecer uma versão de democracia que valha a máxima defesa, precisamos destilar os elementos da experiência histórica e reflexão filosófica em uma concepção que transcenda as fronteiras de tempo e de espaço nacional. O próprio Loewenstein desejava enraizar a democracia em um amálgama internacional de prática democrática. No entanto, o ideal democrático abraça a prática além do círculo das nações que lutam para manter seus sistemas em face da agressão fascista. Há um profundo paradoxo nisso tudo, tendo em vista que uma verdadeira democracia, ao contrário de uma democracia de quadro amplamente liberal, exige o envolvimento das pessoas. Lerner recorre a Thomas Mann, também um combatente pela democracia na década de 1930, quem fez “uma apreciação eloquente do valor da força criativa da democracia, com base na premissa de que a democracia é uma das expressões polares inerentes e universais do caráter humano” (cf. Mann, 1938; Lerner, 1989a, p. 87). No verdadeiro estilo platônico / hegeliano, Thomas Mann declara a democracia como sendo uma verdade permanente, quase transcendente: “... estou conectando-a com os atributos humanos mais elevados, com a ideia e com o absoluto; estou relacionando-a com a dignidade inalienável da humanidade, que nenhuma força, por mais humilhante que seja, pode destruir”. Ela:

“É [a fé na vitória sobre o fascismo], e deve ser fundada no aspecto humanamente atemporal de democracia, sobre os poderes ilimitados de auto renovação, que são sua consequência, e em seu estoque inesgotável de juventude potencial, que é nutrida pelo absoluto. (Mann, 1938, p. 20-21; cf. Moses, 2016)”

Ao mesmo tempo, plebiscitos instantâneos destinados a discernir a “vontade do povo” podem muito bem ser contrários aos ideais permanentes de uma comunidade democrática. Decisões “do povo” que assediam as minorias ou colocam seus direitos em perigo, ou as suas pessoas em risco, devem ser reconhecidas como antidemocráticas. Como Wolin argumenta:

“Em um sistema genuinamente democrático, ao contrário de um pseudodemocrático no qual uma “amostra representativa” da população é questionada sobre “aprovar” ou “desaprovar”, os cidadãos seriam usados como agentes ativamente envolvidos no exercício do poder e na contribuição para a direção da política. Em vez disso, os cidadãos são mais como “pacientes” que, na definição do dicionário, “suportam ou convivem (com o mal de qualquer tipo) com compostura: sofrimento ou tolerância”. (Wolin, 2008, p. 60)”

Os ideais de uma democracia duradoura tratam as pessoas como indiscutivelmente iguais em seus valores como seres humanos, livres dentro dos limites definidos pela comunidade, e responsáveis por seu autogoverno.

5. UM NOVO DESAFIO?

Tanto Loewenstein quanto Lerner abordaram problemas que possuem ressonância significativa no mundo contemporâneo: Loewenstein contra o populismo “emocional”, e Lerner contra capitalismo corporativo entrincheirado. Em uma reviravolta irônica, a democracia militante de Loewenstein tornou-se disponível como uma arma para o mesmo tipo de grupo contra o qual antes se opunha. Karin Bischof explora o retorno distorcido da ideia de democracia militante no Parlamento Austríaco. Em uma reversão das intenções de Loewenstein, mas de uma forma não inesperada no clima atual, o termo foi arregimentado para a causa do ultraconservadorismo contra a política popular ou radical. *‘Wehrhafte’* ou *‘streitbare Demokratie’* tornou-se um conceito defensivo no contexto da “segurança”, ao invés de uma defesa do estado democrático em si. Desde os ataques terroristas nos Estados Unidos, em 2001, o termo tem sido cada vez mais usado contra o “Islamismo”, presumivelmente “extremismo” islâmico. Mais recentemente, surgiu no Parlamento Austríaco como defesa contra a maré de refugiados que surge na Europa. Isso também foi usado como um gancho argumentativo “para reformar” a democracia, ou seja ... para abolir o controle parlamentar da polícia, e implementar um “Chanceler-Presidente forte”, eleito diretamente (Bischof, 2016). Esta proposta de Jörg Haider (falecido líder carismático do populismo FPÖ de direita, Partei Österreich), recomendando uma mudança fundamental para uma constituição republicana, estava de certa forma alinhada com o desejo de Loewenstein em dar a defesa da democracia às elites confiáveis.

Esse movimento pode ser mais bem denominado de “nacionalismo étnico”, mas sem dúvida foi apanhado por uma preocupação generalizada sobre o “populismo” internacional. Alan Scott observa que este termo “foi reduzido a um rótulo depreciativo que visou pintar direita e esquerda com o mesmo pincel” (Scott, 2018, p. 219) (ao mesmo tempo, seu uso abrangente encobre um sentido em que “populismo” pode se referir ao legítimo apoio a um regime [Tormey, 2017]).

Movimentos “étnicos”, semelhantes ao austríaco, são evidentes na Alemanha, França, Holanda, Grécia, Hungria, Suécia, Itália, Estados Unidos e Austrália (cf. Minkenberg, 2006; Morieson, 2017; Schultheis, 2017; Scott, 2018, p. 217-218).

Os atuais movimentos étnico-nacionalistas podem não ser tão potentes quanto a ameaça nazista que Loewenstein confrontou, mas eles significam um crescente descontentamento com os procedimentos democráticos. Enquanto eles anunciam um autoproclamado patriotismo, seu efeito é diminuir as reivindicações de democracia, agindo de uma forma que Kirshner identifica como limitadora dos direitos de cidadania dos outros, particularmente residentes “estrangeiros” e imigrantes recentes. Em um mundo onde o prestígio dos políticos eleitos caiu a profundidades inesperadas, e onde muitas pessoas estão inclinadas a declarar seu desprezo pela democracia, é difícil a tarefa de reconstruir o apoio em tal clima retórico adverso.

Parte da insatisfação dos cidadãos é a percepção de que os governos parecem preferir atender às demandas das grandes corporações do que ao bem-estar de muitas. Lerner não estava sozinho em discernir a ameaça da ideologia de mercado em sua época. Em 1944, por exemplo, a famosa impugnação de Karl Polanyi à autonomia das relações de mercado: “... a ideia de um mercado auto-ajustável implicava uma utopia total. Tal instituição nunca poderia existir por qualquer período de tempo sem aniquilar a substância humana e natural da sociedade” (Polanyi, 1944, p. 3). Não se pode tirar dessa visão que os “neoliberais” não sejam sinceros em sua confiança no mercado, pois “os neoliberais em todo o mundo compartilham uma crença comum no poder de “autorregular” mercados livres para criar um mundo melhor” (Steger e Roy, 2010, p. 3). O neoliberalismo pretende ser um recrudescimento do “liberalismo clássico” associado à economia de Adam Smith, para quem o mercado foi “autorregulado” por uma mão oculta e benigna. O neoliberalismo surgiu na década de 1970 como uma reação ao keynesianismo e à economia geralmente controlada. Em seu cerne estava um individualismo agressivo que não tolerava nenhuma ação política coletiva por parte de outras pessoas, além de suas transações no mercado. A dignidade da pessoa individual e sua reivindicação a um alto grau de liberdade pessoal estavam no centro ético da ideologia de mercado.

O neoliberalismo herdou de seu ancestral clássico a ideia do estado de “vigia noturno”, cujas funções se restringiam em manter a paz e oferecer proteção contra criadores de problemas internos e externos. Suas funções policiais e militares eram importantes, embora pudesse implantar seu monopólio da violência para proteger os direitos de propriedade, fazer cumprir contratos “sagrados” e proteger o mercado de interferências externas. Acima de tudo, exigia que o governo fosse impedido de interferir nas transações do mercado. No entanto, os neoliberais foram muito mais longe, estendendo sua proibição de “interferência” a um enfraquecimento coordenado sobre a própria ideia de governo. Os governos são sempre burocráticos, ineficientes e equivocados, eles fazem as escolhas erradas, que são apenas disponíveis para o funcionamento do mercado livre. Ronald Reagan declarou que o governo não é a “solução”, e sim “o problema”. O “fundamentalismo” de mercado (Stilwell, 2007, p. 155), portanto, insistiu que os impostos deveriam ser reduzidos ao mínimo indispensável, uma vez que a tributação em si seria “interferência”, e que o governo deveria se desfazer dos ativos públicos, por meio de “privatizações”, entregando serviços públicos nas mãos privadas que deveriam tomar decisões mais eficientes. A experiência real com concessionárias privatizadas nem sempre é tão otimista, um subproduto da privatização, cada instância disso foi “sobre o fim da democracia” (Barber, 1999, p. 95), que é um enfraquecimento da confiança no governo.

Sob “fundamentalismo de mercado”, o mercado engloba tudo, uma “ética em si” que presume orientar todos os aspectos da vida (Treanor, apud, Harvey, 2005, p. 4). Esta é uma má notícia para a democracia, da qual os teóricos neoliberais são “profundamente desconfiados” (Harvey, 2005, p. 66). Uma vez que a “eficiência” do mercado deriva da competição, os vencedores no concurso estão satisfeitos, mas, infelizmente, “vencedores” também implicam perdedores. David Harvey chega à melancólica conclusão de que: “Para aqueles deixados ou lançados para fora do sistema de mercado – uma vasta reserva de pessoas aparentemente descartáveis, desprovidas de proteção social e estruturas sociais de apoio – há pouco para ser esperado da neoliberalização, exceto pobreza, fome, doença e desespero. (Harvey, 2005, p. 185)”

Fortes evidências dos temores de David Harvey vêm dos Estados Unidos, mas também são aparentes em outros lugares. É reconhecido que as instâncias “realmente existentes” de neoliberalismo podem diferir em ênfase umas das outras (Ryan, 2016). No entanto, Lerner previu a distopia de Harvey em sua própria época e apresentou um caso resiliente em favor de uma democracia que abrange todo o povo na gestão conjunta de seus assuntos coletivos. O que passamos a chamar de “democracia forte” envolve a comunidade na atividade social que educa para a crença na esfera pública e vacina contra a propaganda implacável do mercado como o ponto-chave e o fim da vida.

6. CONCLUSÃO

“Democracia militante” evidentemente significava a fé investida no estado democrático, tanto por Loewenstein quanto por Lerner. Ambos pensaram que a democracia deveria ser poderosamente defendida, embora as medidas que eles propuseram divergissem agudamente. A controvérsia entre eles, na verdade, destacou as diferenças entre duas versões distintas de democracia: uma, aquela que depende da boa vontade da população, mas que conta com elites para assumir a gestão, e a outra, abrangendo a população em geral em uma atividade cooperativa. Como vimos, existem dificuldades conceituais com a democracia militante, o que implica, pelo menos, a possível implementação de medidas “antidemocráticas”. Por esta razão, invoca-se uma “democracia forte”. Isto implica a restauração da sociedade civil, que traz uma atividade mais vigorosa por parte do povo na esfera pública. Vai além dos métodos de pesquisa e teste focal de grupos para promover mais expressão, por meio de reuniões públicas e demonstrações, exigindo o envolvimento dos cidadãos mais diretamente com seus representantes. Nos termos de Lerner, a sociedade civil é limitada pela influência do capitalismo corporativo sobre o governo democrático, algo que é tão relevante hoje quanto já era na década de 1930. Se a democracia deve ser defendida, precisa exigir transparência nas atividades das corporações empresariais e introduzir a regulamentação necessária, que é persistentemente atacada pelos líderes empresariais como uma restrição à empresa. Há uma escolha a ser feita entre a conduta de uma comunidade democrática aberta e a acumulação oculta e perpétua dos recursos da comunidade em algumas poucas mãos privilegiadas.

O ideal democrático também é amplamente minado pela ascensão de “movimentos populistas”, tendo pelo menos alguma semelhança com o “nacionalismo étnico”, expresso pelos nazistas nos anos 1930. Loewenstein está em terreno seguro quando recomenda o uso de métodos coercitivos dos poderes do Estado contra a violência política ou atividade paramilitar subversiva. Entretanto, é evidente que as recomendações de Loewenstein são inadequadas em vários aspectos. A democracia autoritária que ele busca é claramente uma contradição em termos. Proibir

partidos ou movimentos por suspeita de que tenham o apoio de grupos substanciais de cidadãos seria um ataque ao próprio “*demos*”. A abordagem Schumpeteriana, favorecendo governo de elite que Loewenstein denuncia, é inadequada no mundo neoliberal e pós-crise financeira – para Wolin, o mundo “totalitário invertido”.

Em suma, embora as soluções de Loewenstein pareçam inaceitáveis, e as de Lerner talvez pareçam utópicas, os temores pela democracia na década de 1930 eram reais e indicam a necessidade de uma democracia vigilante no atual clima de governo de elite. O projeto de Lerner para engajar populações democráticas e governos abertos contra os governantes do capitalismo corporativo denuncia a necessidade de os democratas modernos dissecarem as reivindicações de livre mercado do neoliberalismo, para montar um caso forte para a manutenção do domínio público e para promover o exercício efetivo do poder do povo. Este artigo procurou reivindicar a abordagem de Lerner para a “democracia militante” e, evitando o uso de Loewenstein, para se adaptar à noção de uma “democracia forte”.

REFERÊNCIAS

ACCETI, Carlo I., and Ian Zuckerman. “What’s Wrong with Militant Democracy?” **Political Studies** 65 (15): 182–199, 2017.

ASH, Timothy Garton. ‘It’s the Kultur, Stupid.’ **New York Review of Books**. 7 December, 2017.

BARBER, Benjamin R. “As Quoted in Krysmanski, ‘Elite Ethics’.” **International Journal of Politics, Culture and Society** 13 (1): 83–106, 1999.

Barber, Benjamin R. **Jihad vs McWorld: Terrorism’s Challenge to Democracy**. New York: Ballantine, 2001.

BARBER, Benjamin R. **Strong Democracy**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 2003.

BARKER, Ernest. **Reflections on Government**. Oxford: Clarendon, 1942.

BISCHOF, Karin. “Loewenstein’s Concept of “Militant Democracy” and its use – Austrian Postwar Parliamentary Rhetoric and its Underlying Concepts of *Demos* and Democracy.” **Paper presented to the Annual Conference of the European Consortium for political Research**. Prague, September, 2016.

COLLINS, Mike. “**The Big Bank Bailout**.” *Forbes*, July 14, 2015.

DEWEY, John. **Democracy and Education**. New York: cmillan, 1916.

FENNEMA, Meindert. “Legal Repression of Extreme-Right Parties and Racial Discrimination.” **In Challenging Immigration and Ethnic Relations Politics**, edited by R. Koopmans, and P. Statham, 1–35. Oxford: Oxford University Press, 2000.

FENNEMA, Meindert; MAUSSEN, Marcel. “Dealing with Extremists in Public Discussion: Front National and “Republican Front” in France.” **Journal of Political Philosophy** 8 (3): 379–400, 2000.

FIORINA, M. P. “America’s Polarized Politics: Causes and Solutions.” *Perspectives on Politics* 11 (3): 852–859, 2013.

GALBRAITH, John Kenneth. **The New Industrial State**. Boston: Houghton Mifflin, 1967.

GUTMANN, Amy; THOMSON, Dennis. **The Spirit of Compromise: Why Government Demands it and Campaigning Undermines It**. Princeton: Princeton University Press, 2012.

HARVEY, David. **A Brief History of Neoliberalism**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

INGLEHART, Ronald; WELZER, Christian. **Modernization, Cultural Change, and Democracy. The Human Development Sequence**. New York: Cambridge University Press, 2005.

JOVANOVIĆ, Miodrag. “How to Justify “Militant Democracy”: Meta-ethics and the Game-like Character of Democracy.” **Philosophy and Social Criticism** 42 (8): 745–762, 2016.

KALLIS, Aristotle. **Nazi Propaganda and the Second World War**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2005.

KANE, John. “Political Leadership and Political Parties in the Age of Trump.” **Social Alternatives** 36 (3), 18–24. 2017.

KIRSHNER, Alexander. **A Theory of Militant Democracy**. New Haven: Yale University Press, 2014.

LERNER, Max. **It is Later than you Think. The Need for a Militant Democracy**. New Brunswick: Transaction. new edn, 1989a [1938].

LERNER, Max. “It’s Later Than You Think.” **Society** 26 (September): 83–86, 1989b. LINDSAY, A. D. **The Modern Democratic State**. London: Oxford University Press, 1943.

LOEWENSTEIN, Karl. “**Militant Democracy and Fundamental Rights – Part 1.**” *American Political Science Review* 31 (3): 417–432, 1937a.

LOEWENSTEIN, Karl. “**Militant Democracy and Fundamental Rights – Part 2.**” *American Political Science Review* 31 (4): 638–658, 1937b.

LOEWENSTEIN, Karl. “Review of Max Lerner (1938).” **American Political Science Review** 33 (3): 519–521, 1939.

LOEWENSTEIN, Karl. “Reflections on the Value of Constitutions in our Revolutionary Age.” **In Constitutions and Constitutional Trends since World War II**, edited by Arnold Zurcher, 201–210. New York: New York University Press, 1951.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political Power and the Governmental Process**. Chicago: University of Chicago Press, 1965.

LOEWENSTEIN, Karl. **The Governance of Rome**. The Hague: Nijhof, 1973.

MADDOX, Graham. **Stepping Up to the Plate. America, and Australian Democracy**. Carlton: University of Melbourne Press, 2016.

MANN, Thomas. **The Coming Victory of Democracy**. Translated by A. E. Meyer. Lecture with which Mann toured the United States, February to May, 1938.

MCILWAIN, C. H. **Constitutionalism and the Changing World**. Cambridge: Cambridge University Press, 1939.

MINKENBERG, Michael. “**Repression and Reaction: Militant Democracy and the Radical Right in Germany and France**.” *Patterns of Prejudice* 40 (1): 25–44, 2006.

MORIESON, Nicholas. “**Religion, and Right-wing Populism in the Netherlands**.” Paper presented to the Annual Conference of the Australian political studies Association, Melbourne, September, 2017.

MOSES, John A. “**Rejecting Kultur: Thomas Mann’s and Dietrich Bonhoeffer’s Reactions to Wilhelminism, National Socialism and the USA: An Historian’s Perspective**.” *The Bonhoeffer Legacy* 4 (2): 23–40, 2016.

PALMER, R. R. **The Age of the Democratic Revolution**. Princeton: Princeton University Press, 1959.

POLANYI, Karl. **The Great Transformation**. New York: Farrar and Reinhart, 1944.

RYAN, Matthew. “Contesting ‘Actually Existing’ Neoliberalism.” **Journal of Australian Political Economy** 76: 79–102, 2016.

SCHULTHEIS, Emily. “**A New Right-wing Movement Rises in Austria**.” *The Atlantic*, 16 October, 2017.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. London: Allen and Unwin, 1943.

SCOTT, Alan. “Shifting Repertoires of Populism and Neo-nationalism: Austria and Brexit



Britain.” **In The Rise of Right Populism.** Pauline Hanson’s One Nation and Australian Politics, edited by B. Grant, T. Moore, and T. Lynch, 217–235. Singapore: Springer, 2018.

STAPLETON, Julia. **Englishness and the Study of Politics. The Social and Political thought of Ernest Barker.** Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

STEGER, M., and M. Roy. **Neoliberalism.** A Very Short Introduction. Oxford: Oxford University Press, 2010.

STILWELL, Frank. “The Cult of the Market. Fundamentalism and its Discontents.” **Journal of Australian Political Economy** 60 (2007): 155, 2007.

TORMEY, Simon. “**Populism: Democracy’s Pharmakon?**” Paper presented to the Annual Conference of the Australian political studies Association, Melbourne, September, 2017.

WOLIN, Sheldon S. **Democracy Incorporated: Managed Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism.** Princeton: Princeton University Press, 2008.





ARTIGOS

Data do recebimento: 15/06/2021

Data do aceite: 20/08/2021

A ILEGALIDADE DA RESTRIÇÃO DE VAGAS PARA MULHERES NOS CONCURSOS DA PMDF, ANTE A FALTA DE PREVISÃO LEGAL

THE ILLEGALITY RESTRICTION OF VACANCIES
FOR WOMEN IN THE CONTESTS PM-DF BEFORE
THE LACK OF LEGAL FORECAST

Leandro Rodrigues Doroteu¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Igualdade e Gênero no Ordenamento Jurídico; 1.1 O Princípio da Igualdade de Gêneros nos Concursos Públicos; 2.2 Igualdade de Gênero nos Concursos Públicos; 2 Regulamentação da Inserção da Mulher na Polícia Militar; 2.1 Histórico da Inserção da Mulher na PMDF; 3 O Posicionamento dos Tribunais Superiores Acerca de Restrições de Acesso a Cargos Públicos com Fundamentos Apenas Editalícios; 5 Conclusão; Referências.

1 - Mestre em Linguística pela Universidade de Franca UNIFRAN (2013). Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo CAES Academia de Polícia Militar do Barro Branco SP (2014) Mestre em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação (PROFNIT) pela UnB (2019). Possui graduação em CIÊNCIAS CONTÁBEIS pelo UNIPROJEÇÃO (2021); ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA pela Universidade Estadual de Goiás - UEG (2018). PEDAGOGIA (2017) pelo Instituto Superior Albert Einstein, LETRAS (2015) e DIREITO (2006) pela Universidade Paulista (UNIP) e graduação em CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS (atual Bacharelado em Ciências Policiais) pelo Instituto Superior de Ciências Policiais (2000). Pós-graduação em DOCÊNCIA DO ENSINO SUPERIOR (2004) em DIREITO PÚBLICO - administrativo, constitucional e tributário - (2006), em DIREITO EMPRESARIAL (2013), em Formação Docente para Educação a Distância (2018), e MBA Executivo Empresarial em Gestão Estratégica de Recursos Humanos (2015) em Gestão de Processos Acadêmicos (2014). Major da Polícia Militar do Distrito Federal. DF/Brasil. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8206060991226658>.

RESUMO: A presente pesquisa tem como tema de estudo a ilegalidade da restrição de vagas para mulheres no âmbito da Polícia Militar do Distrito Federal, em face do princípio da igualdade, levando em consideração a igualdade de gênero elencada no ordenamento jurídico, bem como nos concursos públicos. A regra direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerando o sexo, tomando por base o artigo 5º, inciso I, Carta Federal. A restrição de vaga ocorre por meio de um percentual mínimo de dez por cento das vagas reservadas para mulheres, o que não encontra respaldo na nossa Carta Magna, pois a partir da vigência da lei 12.086 de 2009 não há razão para tal restrição, dado que a lei vigente não elenca, no seu conteúdo, distinção de vagas. Portanto, visto que as mulheres da PMDF vêm desempenhado de forma idônea e eficiente suas funções, desenvolvendo as mesmas atividades que os homens, envolvendo-se em atividades operacionais e especializadas, não há argumento que justifique a restrição.

PALAVRAS-CHAVE: Mulher. Policiais Militares. Restrição. Igualdade.

ABSTRACT: This research is to study the issue of illegality of vacancies restriction for women within the Military Police of the Federal District, in the face of the principle of equality, taking into account gender equality elencada in law and in public procurement. The rule directs with unconstitutionality of hiring criteria difference considering gender, based on Article 5, paragraph I, Federal Charter. The wave of restriction occurs through a minimum of ten percent percentage of seats reserved for women, which is not supported by our Constitution, as from the 2009 rule of law 12,086 there is no reason for such a restriction, as the current law is not on their lists distinção content vacancies. So how women see the PMDF played from reputable and efficiently their duties, developing the same activities of men engaging in operational and specialized activities, there is no argument to justify the restriction.

KEYWORDS: Woman. Cops. Restriction. Equality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a pretensão de discorrer sobre a ilegalidade de restrição de vagas em razão de gênero, cometida pela Administração Pública na condução de um certame público, especificamente nas vagas destinadas a mulheres, nos concursos públicos da Polícia Militar do Distrito Federal.

Como objetivos, buscaremos compreender os dispositivos legais que elecam discordância com a restrição de vagas para o sexo feminino na Polícia Militar, bem como compreender também de que forma se deu a inserção da mulher na PMDF, mostrando a sua importância, e que não há razão para tal limitação.

A fundamentação teórica se baseia, em primeiro lugar, na Carta Magna, que em seu conteúdo dispõe sobre a não discriminação entre homens e mulheres, uma vez que estes são iguais em direitos e obrigações, sendo, portanto, proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo.

Apesar do grande avanço da inserção da mulher nas Corporações das PMs, existe uma lentidão em sua escalada nessa instituição, pois mesmo a mulher ganhando força na Corporação da Polícia, a porcentagem de vagas reservadas para o sexo feminino vem limitando sua ascensão nessas organizações, por isso, o estudo aqui apresentado tem grande valor, uma vez que busca demonstrar que não há razão para tratar de forma diferenciada o sexo feminino.

Nesse sentido, além das irregularidades que vêm ocorrendo até então, violando acima de tudo a Constituição Cidadã, mostraremos o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca das restrições de acesso a cargos públicos, baseando-se em editais.

Os 10% de vagas reservadas para mulheres na PMDF, estabelecidos em editais, não têm mais respaldo legal ou regulamentado, a partir da vigência da lei 12.086 de 2009, o que acaba sendo um elemento gerador de insegurança e preocupação. Além disso, o artigo aqui apresentado faz referência às consequências da ilegalidade de restrição de vagas em razão do gênero, sendo uma destas, o não aproveitamento das qualidades femininas no contexto corporativo, pois a mulheres são poucas.

Por fim, demonstraremos que não há razão para tal restrição, pois as mulheres vêm provando sua grande importância nesse órgão, visto que têm desempenhado de forma idônea e eficiente suas funções, não sendo de nenhuma forma diferenciadas do sexo masculino no que diz respeito às atividades exercidas.

1. IGUALDADE E GÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Prontamente, no seu Preâmbulo, a Constituição Federal de 1988, reporta à igualdade como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, e traça como objetivo a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

A respeito dos objetivos fundamentais da República, Moraes (2007, p. 65) faz a seguinte

observação: “Os poderes públicos devem buscar os meios e instrumentos para promover condições de igualdade real e efetiva e não somente contentar-se com a igualdade formal, em respeito a um dos objetivos fundamentais da República: construção de uma sociedade justa”.

Assim sendo, para efetivar esse preceito “[...] deve existir uma política legislativa e administrativa que não pode contentar-se com a pura igualdade legal, adotando normas especiais tendentes a corrigir os efeitos díspares ocasionados pelo tratamento igual dos desiguais” (MORAES, 2007, 65).

O princípio da isonomia é consagrado como o maior princípio no âmbito da Administração Pública: o art. 5º, inciso I, da nossa Carta Magna, elenca que não haverá distinção entre os sexos, ou seja, deve-se tratar homens e mulheres de forma igualitária, somente dessa forma podemos materializar a garantia da acessibilidade ao serviço público, que é um direito fundamental do cidadão.

1.1 O Princípio da Igualdade nos Concursos Públicos

O art. 37, inciso II da Constituição Federal de 1988 mostra que o concurso público depende exclusivamente de aprovação prévia de provas, ou de provas e títulos, de acordo com a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei (BRASIL, 1998).

Portanto, o concurso público tem natureza jurídica de processo administrativo de gestão, que tem por finalidade maior selecionar as pessoas mais aptas e capazes para o exercício das funções e atribuições referentes aos cargos e empregos públicos.

Nas palavras de Meirelles (1999, p. 387): “O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, ao mesmo tempo proporcionar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei [...]”.

Ainda nas palavras de Meirelles (1999), o concurso público é o meio de afastar os inábeis que costumam encher as repartições, numa atração de nepotismo e falta de honestidade política que se erguem e se conservam no poder arrematando cargos e empregos públicos.

Concernente ao tema, de acordo com Antônio de Oliveira Lima (2009), podemos delimitar a respeito do concurso público duas perspectivas, a saber: de um lado, a administração pública, que disciplina os seus princípios, e, de outro, a opinião dos administradores, que relacionam a igualdade de oportunidade.

[...] de fato, o concurso público, do ponto de vista da administração, constitui um meio de concretização dos princípios administrativos, principalmente os da moralidade, impessoalidade e eficiência. Já sob na ótica dos administrados, funciona como instrumento democrático de acesso aos cargos públicos, na medida em que proporciona igualdade de oportunidade a todos que preenchem os requisitos estabelecidos na lei [...] (LIMA, 2009, p. 36).

Por conseguinte, temos que o concurso público autoriza o acesso a cargos e empregos públicos de forma democrática e ampla, assegurando, assim, igualdade de oportunidade aos interessados. O concurso público é o instrumento que melhor representa o sistema do mérito,



sistema esse formado por princípios, traduzindo, assim, um certame em que todos podem participar nas mesmas condições, ou seja, permitindo que sejam selecionados os melhores candidatos.

Esse instrumento baseia-se em três postulados fundamentais: “O primeiro é o princípio da igualdade, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos”. Em continuidade, o autor cita o princípio da moralidade e o da competição, ambos buscam, assim como o princípio da igualdade, a justa competição entre os candidatos, vedando o favorecimento e perseguições pessoais (CAETANO *apud* FILHO 2001, p. 473).

Portanto, a igualdade é o primeiro princípio a ser observado nos concursos públicos, sendo assim, a mulher deve ser tratada igual ao homem. O princípio da igualdade é considerado o firmamento para os demais direitos fundamentais. Em vista disso, Jorge Miranda (1998, p. 201) leciona que “os direitos fundamentais não podem ser estudados *à margem da* idéia de igualdade”.

A lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, no seu artigo primeiro, elenca que: “Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade [...]” (BRASIL, 1995).

Portanto, como averbou Pimenta Bueno (1857, p. 424): “a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.

Para que não haja violação ao princípio da igualdade, o tratamento diferenciado para certos grupos de pessoas ou para situações específicas deve estar de acordo com os interesses protegidos pela Constituição Federal vigente.

1.2 Igualdade de Gênero nos Concursos Públicos

A Carta da República de 1998, considerada a Constituição cidadã, é declarada como uma das mais avançadas e democráticas do planeta, uma vez que privilegia os direitos e garantias do cidadão. Dessa forma, em seu artigo quinto, temos que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1998).

O art. 5º, caput, da Constituição Federal assegura mais do que uma igualdade formal perante a lei, mas, uma igualdade material, que se baseia em determinados fatores. O que se busca é uma igualdade proporcional, porque não se pode tratar igualmente situações provenientes de fatos desiguais. “O raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais” (BULOS, 2002, p. 79).

É evidente a igualdade presente no caput do artigo quinto, em seu inciso primeiro: “I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Em continuidade à análise da Carta Magna, observa-se o Art. 7º, que elenca em seu con-

teúdo os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, visando a melhoria das condições sociais, além do incentivo ao trabalho da mulher, como observado: “XX-proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (BRASIL, 1998).

Ainda especificamente visando acabar com as diferenças salariais, no mesmo artigo 7º: “XXX- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (BRASIL, 1988). Já no art. 226, § 5º, o Legislador assegura que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Podemos notar que pelo princípio da isonomia, repetido em diversos dispositivos constitucionais, não se admite discriminação de qualquer natureza em relação aos seres humanos. Analisando os três dispositivos citados acima, vemos que eles sozinhos já seriam suficientes para vedar qualquer tipo de distinção de critérios de admissão baseados em sexo do candidato, principalmente em casos de cargos públicos.

O Ministro do STF, Marco Aurélio, manifestou-se a respeito do assunto da seguinte maneira: “Concurso público – critério de admissão – sexo. A regra direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerando o sexo – artigo 5º, inciso I, e par. 3º do artigo 39 da Carta Federal.” Segundo o Julgador, a exceção ocorre à conta das hipóteses aceitáveis, tendo em vista a ordem sócio-constitucional. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1995).

Nesse mesmo sentido, Medina (2013, p. 71) cita a súmula 683 do STF:

Em consonância com a Súmula 683, segundo a qual “o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”. Considerou-se “desarrazoada e exigência de teste de esforço físico com critérios diferenciados em razão da faixa etária” (STF, AgRg no RE 523.737, 2.ª T., rel. Min. Ellen Gracie, j. 22.06.2010). A Constituição, se de um lado veda discriminação entre homem e mulher (arts. 3º, IV, 5º, I, 7º, XXX), também contém disposições que procuram corrigir desigualdades entre os gêneros, (cf. arts. 40, III, e 202, I a III). Evidentemente, não pode haver distinção de gênero, como regra (STF, RE 120.305, rel. Min. Marco Aurélio, 2.ª T.), salvo se, à luz do caso concreto, houver circunstâncias que justifiquem existência de critérios diferenciados.

A Convenção Sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW conceituou pela primeira vez a discriminação contra a mulher:

Art. 1º. Para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, e exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher [...].

O mesmo artigo julga que, independente do seu estado civil, a mulher está a par de igualdade com o homem, podendo, assim, exercer qualquer profissão com base nos direitos humanos e liberdades fundamentais seja nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1984).

Cleide Castellar (2011), em seu artigo sobre a relevância da atuação das policiais militares femininas, esclarece-nos que não deve haver discriminação contra mulher de nenhuma modalidade. A inserção da mulher vem se dando em todas as profissões, inclusive na PM, segundo a au-

tora, “as mulheres hoje em dia estão presentes em todos os campos de atuação policiais, provando assim, que as mesmas são capazes de desempenhar qualquer função dentro de uma corporação”.

Ista salientar, ainda nas palavras de Castellar, que “hoje se vê mulheres pilotos policiais, mulheres no policiamento ostensivo, em tropas especiais, em missões de paz da Organização das Nações Unidas (ONU), em atividades de segurança de autoridades [...]”, justificando, assim, a capacidade das mulheres de desempenhar qualquer função dentro de uma Instituição Militar.

Por esses motivos, não há razão para a porcentagem mínima de mulheres em alguns concursos Públicos, inclusive no da Polícia Militar do Distrito Federal, pois não se justifica limitar a quantidade de vagas, sendo que as mulheres desempenham as mesmas funções do efetivo masculino, só se justificaria se as elas fossem contratadas para desempenhar apenas funções específicas dentro da Corporação.

A CF, no seu artigo 39, parágrafo 3º “autoriza requisitos diferenciadores de admissão quando a natureza do cargo exigir”, sendo que, no caso em comento, não há requisitos diferenciadores de admissão, pois as mulheres desempenham as mesmas funções e estão sujeitas aos mesmos regulamentos e regimes de escala que os homens, provando, assim, que o cargo de policial militar não exige pressupostos que façam distinção.

2. REGULAMENTAÇÃO DA INSERÇÃO DA MULHER NA POLÍCIA MILITAR

Segundo Neves (2008, p. 36), “no Brasil, a imagem pública das polícias militares estava desvalorizada em virtude da corporação ter combatido repressivamente os movimentos sociais durante o regime militar ditatorial”. Nesse contexto, a admissão da mulher na PM auxiliou para amenizar o julgamento da sociedade em relação à Corporação, uma vez que as mulheres, apesar de agirem com o determinado rigor e atitude, fazem-nos com menor violência, sendo assim, há de se notar a relevância e a indispensabilidade das mulheres nas Instituições Policiais Militares.

Buscava-se outros valores convenientes com a realidade vigente na época, como a capacidade de resolução de conflitos, a inteligência e o aperfeiçoamento do trabalho em equipe, uma vez que os policiais se defrontaram com novas situações em que não é era indispensável a força física, por exemplo a redução de situações potencialmente violentas e conflituosas e o atendimento a coletivos que exigem tratamento diferenciado (CALAZANS, 2004).

Foi através do decreto de nº. 24.548, de 12 de maio de 1955, assinado pelo Dr. Jânio Quadros, na época o Governador de São Paulo, que se verificou a criação da Polícia Feminina no Brasil. Nesse contexto, o governador do estado relatou a importância da mulher no âmbito policial:

[...] Considerando, por outro lado, que a ativa participação da mulher em determinados setores do serviço policial já passou de há muito, da fase das experimentações para a das realizações concretas, como bem o demonstra a adoção, pelos países possuidores de organismos de polícia mais evoluídos, de corpos de Polícia Feminina. Considerando, finalmente, que a idéia da criação da Polícia Feminina entre nós foi aprovada, unanimemente, pelo I Congresso Brasileiro de Medicina Legal, realizado nesta Capital, foi assim criado o Corpo de Policial Feminino. (DIÁRIO OFICIAL ESTADO DE SÃO PAULO, 1955).

Como elencado acima, São Paulo foi o pioneiro na adoção de políticas para o ingresso de mulheres no efetivo policial, nos anos de 1955, nesse cenário, a criação da Polícia Feminina no

Brasil tornou-se mais fácil, levando em consideração, ainda, o aval dos congressistas, que, na sua grande maioria, eram homens.

Em continuidade, em 16 de junho de 1977, foi criada a portaria nº 027 da Inspeção Geral das Polícias Militares (IGPM), que regulamentou, nos quadros de carreira das polícias militares brasileiras, a admissão de mulheres. Já em 1984, o Decreto-lei Federal 667, de 2 de julho de 1969, que regula a Organização das Polícias Militares Estaduais foi modificado pelo decreto 2.106/1984, que autorizava a inclusão de efetivo feminino nas polícias militares, se consolidando definitivamente como base legal para a incorporação de policiais militares femininas nos quadros regulares das PMs. (NEVES, 2008)

Com a nova redação dada ao Decreto-lei Federal 667, de 02 de julho de 1969, temos que: “Art. 8º [...] § 2º - Os Estados, Territórios e o Distrito Federal poderão se convier às respectivas Polícias Militares: (a) admitir o ingresso de pessoal feminino em seus efetivos de Oficiais e Praças para atender necessidades [...]”.

Ainda sobre a referida Portaria, há de se notar que ela tem grande importância na inclusão das mulheres nas PMs em todo o contexto brasileiro, uma vez que foi a partir de sua publicação que as polícias começaram a providenciar adoções de medidas legais para a inserção de mulheres na Polícia Militar. Os modelos de policiamento feminino no Brasil, em geral, não diferem, principalmente no tocante às missões destinadas ao efetivo feminino, pois as Portarias e Regulamentos de criação seguem o padrão da Portaria citada (MUSUMECI; SOARES, 2005, p.28).

A inserção da mulher nas atividades da polícia militar em todos os estados da federação brasileira se deu através da contemporaneidade no Brasil, porém, ainda há um tratamento de diferenciação na admissão delas no papel de PM, um grande exemplo é a restrição através do percentual nos concursos de acesso à Instituição, que diferencia homens e mulheres.

Existe uma variação no percentual destinado a mulheres, que está entre 5% a 10% do efetivo da Corporação, o que impossibilita a isonomia entre homens e mulheres na carreira policial militar. O tratamento diferenciador ainda continua, mesmo que inconstitucional, e decorre da variante modelo secular, estrutura corporativista e machista que ainda sobrevive nas Polícias Militares do Brasil (NEVES, 2008, p.37).

2.1 Histórico da Inserção da Mulher na PMDF

A inserção da mulher na PMDF ocorreu em 1983, com a criação da Companhia de Polícia Militar Feminina (Cia PM Fem), depois de seis anos da autorização concedida pelo Ministério do Exército, por meio da portaria citada no item anterior, desde então, temos uma evolução não muito significativa em relação às mulheres nas corporações (BRITO, 2008, p.59).

Nas palavras de Cleide Castellar (2011, p. 60): “Em 1990, houve a primeira turma de formação mista. Naquele ano houve três turmas de formação de soldado na PMDF, uma somente feminina na Cia PM Fem e as outras duas mistas”.

Já em 1996, segundo Brito (2008, p. 131), houve a extinção da Cia PM Fem, por meio da Portaria PMDF nº 117, de 01 de novembro de 1996, sendo as policiais militares femininas distribuídas em todas as Unidades da PMDF. É importante frisar que, apesar da Companhia PM

Fem somente ter sido extinta em 1996, desde 1990, com o advento da primeira turma de formação mista, as policiais militares femininas já passaram a frequentar as outras diversas unidades da PMDF.

Imperioso destacar, voltando às considerações de Castellar (2011, p.61), que: “Em 1998 houve a unificação dos quadros feminino e masculino que, até então, eram distintos por meio da Lei Federal N° 9.713 de 1998, regulamentada Portaria PMDF n° 209, de 15/12/98.” Reparando, assim, a diferenciação na ascensão funcional feminina, uma vez que, depois da unificação, não havia mais limitação de vagas para promoções, ficando homens e mulheres em igualdade, em uma mesma turma.

Nota-se que ao longo do tempo a mulher foi ganhando força na Corporação da Polícia, mas que a porcentagem de vagas reservadas para o sexo feminino vem limitando a ascensão da mulher nessa instituição, como podemos notar em todos os editais dos concursos da Polícia Militar do Distrito Federal, a partir de 1998.

A lei n° 9.713, de 1998, fixou o quantitativo do efetivo feminino admitido na Corporação da Polícia Militar do Distrito Federal em 10% (dez por cento) do efetivo previsto para cada quadro, e, desde então, o percentual não sofreu nenhuma alteração nos editais da PM/DF, porém, como elencado no subtítulo anterior, sabemos que a fixação do número de vagas em função de gênero não encontra respaldo na nossa Carta Magna. Limitar a quantidade de vagas femininas em qualquer tipo de ocupação é aumentar o desemprego das mulheres e vai de encontro aos princípios basilares da CF/88.

Em contrapartida, em 2009, essa lei foi alterada pela lei 12.086, que não dispõe sobre nenhuma porcentagem, apenas elenca o efetivo da Polícia Militar do Distrito Federal, que é de 18.673 (dezoito mil, seiscentos e setenta e três) policiais militares distribuídos em quadros. Portanto, é nítida a ilegalidade da porcentagem disposta nos editais após essa lei de 2009, pois não há lei vigente que elenque 10% (dez por cento) do quantitativo do efetivo feminino.

Não obstante, ainda na ideia de tentar minimizar a discriminação de gênero na PM/DF, a deputada Erika Kokay apresentou o projeto de Lei n° 3.408, de 2012, que aumenta de 10% para 30% o percentual de mulheres entre os policiais militares do Distrito Federal. A autora afirma que hoje as mulheres sofrem uma flagrante discriminação e concorrem em condições desiguais para o acesso aos quadros da Polícia Militar do Distrito Federal.

Segundo Erika Kokay (2012):

O Projeto de Lei em consideração, em si, é autojustificado, mas nada obsta que apresentemos a flagrante discriminação a que são submetidas as mulheres, concorrendo em condições desiguais para o acesso aos quadros da Polícia Militar do Distrito Federal [...].

O que é comprovado, a se observar, o percentual irrisório, reservado para o efetivo feminino, hoje elencado nos editais, de até dez por cento.

Ainda no projeto de lei, vemos que Kokay defende a ideia de que essa desvalorização, a que são submetidas as mulheres, fere, até mesmo, o dispositivo da Carta Magna, que proíbe toda e qualquer discriminação, inclusive no tocante ao gênero. Porém, é sabido como as mulheres,

quando policiais, têm desempenhado com perfeição as suas atribuições, o que torna notoriamente incabível a discriminação hoje existente.

A relatora, deputada Jaqueline Roriz (PMN-DF), afirmou: “No caso dos órgãos militares de segurança pública, a promoção de igualdade de oportunidades profissionais é mais do que um dever constitucional [...]”. Levando em consideração a ótica operacional, a ausência de diferenciações injustas, com base apenas em parâmetros de gêneros, contribui para o revigoreamento do espírito de corpo e preservação de um círculo sadio de coleguismo, o que reflete diretamente na eficácia de ações das unidades policiais militares, potencializando-as em proveito dos habitantes do Distrito Federal.

Ainda segundo Jaqueline Roriz, o aumento do percentual de mulheres nos quadros da PMDF se harmoniza com a situação vigente da sociedade brasileira, que vem tentando, além de reduzir as desigualdades de tratamento entre homens e mulheres, também valorizar o desempenho profissional da mulher, trazendo, assim, reconhecimento na atuação do gênero feminino em diversas profissões, quebrando barreiras, legais e culturais, que, até então, impedem o integral exercício de suas aptidões em um grupo que busque uma efetiva isonomia de gênero (PROJETO DE LEI nº 3.408, 2012).

Posto isso, nota-se que é de grande relevância o tema em questão, visto que, depois da edição da lei nº 9.713, de 1998, quando passou a vigorar a lei 12.086, de 2009, não há razão alguma para continuar usando o mesmo percentual nos concursos, ainda assim os editais vêm trazendo tal restrição, baseando-se na lei que já foi revogada.

3. O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DE RESTRIÇÕES DE ACESSO A CARGOS PÚBLICOS COM FUNDAMENTOS APENAS EDITALÍCIOS

O sexo não pode ser fixado como requisito de acesso aos cargos públicos. Ressalvadas estarão, no entanto, as situações funcionais que justificarem a escolha de um ou outro. Por exemplo, se há um concurso para prover cargos de Monitora em estabelecimento de abrigo para meninas adolescentes, será válido limitar o acesso ao sexo feminino. Vedado será, entretanto, instituir esse requisito em casos que não tenham qualquer justificativa e em que as funções do cargo possam ser normalmente executadas por pessoas de ambos os sexos (CARVALHO FILHO, 2008).

É certo, no entanto, que a natureza de determinadas atribuições justifica o seu exercício somente por pessoas do sexo feminino, sendo cabível restringir, em alguns casos, aos indivíduos do sexo masculino. Porém, segundo o inciso I do art. 5º, e o § 2º do art. 39 da Carta Federal, é inconstitucional, quando não justificado, a diferença de critério de admissão considerando o sexo, pois no caso concreto deve haver circunstâncias que esclareçam a existência dos critérios diferenciadores.

Nesse contexto, invoquemos o entendimento do STF, que vai ao encontro do posicionamento doutrinário:

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO - CRITÉRIO DE ADMISSÃO - SEXO. A regra direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerando o sexo - artigo 5., inciso I, e par. 2. do artigo 39 da Carta Federal. A exceção corre a conta das hipóteses aceitáveis, tendo em vista a ordem sócio-constitucional. O

concurso público para preenchimento de vagas existentes no Oficialato da Polícia Militar, no Quadro de Saúde - primeiro-tenente, médico e dentista - enquadra-se na regra constitucional, no que proíbe a distinção por motivo de sexo. (STF. RE120305-RJ. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento 08-09-1994. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acessado em 26/10/2015)

Portanto, na esteira do posicionamento doutrinário e jurisprudencial vigente, podemos afirmar que é proibido estabelecer critérios de admissão, considerando a questão do gênero, excetuando as hipóteses justificáveis, no que diz respeito ao seu exercício funcional, o que não é o caso da PMDF, pois, como dito, as mulheres policiais do Distrito Federal desenvolvem as mesmas atividades que os homens, envolvendo-se em atividades operacionais e especializadas.

Ainda no mesmo sentido, o Supremo Tribunal já se manifestou favorável ao pleito de candidato que, dotado de estatura considerada como aquém da exigida por edital de certame de seleção pública, sem que tal exigência tenha base legal, é preterido na seleção:

CONCURSO PÚBLICO - ALTURA MÍNIMA - INEXISTÊNCIA DE LEI. Longe fica de vulnerar a Constituição Federal pronunciamento no sentido da inexigibilidade de altura mínima para habilitação em concurso público quando esta for prevista estritamente no edital, e não em lei em sentido formal e material. AGRADO - ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé. (AI 598715 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 01/04/2008, DJe-083 DIVULG 08-05-2008 PUBLIC 09-05-2008 EMENT VOL-02318-08 PP-01565 RTJ VOL-00205-03 PP- 01445 RCJ v. 22, n. 141, 2008, p. 102)

É evidente o acerto do STF em seus julgados, sendo que tal decisão parece ser a mais adequada quando se analisa a questão do princípio da igualdade. Portanto, é certo que não é possível estabelecer restrições com base apenas em editais.

4. CONCLUSÃO

Diante da discussão tecida e de todos os aspectos levantados neste artigo fundamentado na Constituição Federal de 1988, na doutrina e na jurisprudência, pode-se constatar que o princípio da igualdade é a base para se evitar discriminação de toda e qualquer forma.

É indubitável que o simples cumprimento da Constituição Federal de 88 é a solução para acabar com toda e qualquer discriminação nos concursos públicos da PMDF. Deve-se observar que a Lei 9.713, de 1998, que dispunha no seu artigo quarto sobre a restrição de vagas para o efetivo feminino em 10% do efetivo total, não merece mais ser levada em consideração, uma vez que esta foi revogada pela lei 12.086, de 2009, e em seu novo conteúdo não dispõe sobre porcentagem de vagas destinadas ao gênero feminino.

Portanto, não há lei em vigor que evidencie quantidade de vagas em razão de sexo. Sendo assim, não havendo mais nenhum dispositivo restringindo, e tendo a própria Constituição como amparo legal, entende-se que nada impede a publicação de editais com 50% das vagas previstas para mulheres, em todos os concursos. Dessa forma, não existiria desigualdade de gênero nos concursos públicos da PMDF.

Resta-nos concluir que a possibilidade de fixação que discrimine algum indivíduo, em um determinado concurso público, no que diz respeito à idade, sexo, altura, peso entre outros, dependerá de uma justificativa plausível com base na lei e nos ditames da razoabilidade. Evidentemente, não pode haver distinção de gênero, como regra, salvo se, à luz do caso concreto, houver circunstâncias que justifiquem a existência de critérios diferenciados, o que no caso da PMDF não existe, pois as mulheres vêm desempenhando as mesmas funções que os homens, inclusive as consideradas mais difíceis para mulheres, como operações especiais, piloto de aeronave, entre outras.

Destarte, enquanto perdurar a restrição de percentual para ingresso de mulheres na Polícia Militar do Distrito Federal, como vimos anteriormente, haverá inconstitucionalidade, pois todos os preceitos e princípios da nossa Carta Magna devem ser respeitados, não havendo razão para aceitação de editais que vão contra a base da CF.

Contudo, caso exista dúvida quanto aos critérios discriminatórios, a solução deve sempre ser no sentido de não haver a discriminação, uma vez que a igualdade de direitos entre os sexos, com relação ao ingresso nos serviços públicos, é direito fundamental, resguardado pela Constituição da República.

Por fim, segundo Castellar (2011, p.104): “Observando-se o perfil das policiais militares femininas da PMDF, conclui-se que não há qualquer aspecto que desaconselhe a utilização de efetivo feminino em qualquer atividade dentro da Corporação muito pelo contrário [...]”. Então, podemos observar que a limitação do quantitativo de efetivo feminino age em oposição ao melhor aproveitamento das qualidades femininas no contexto corporativo, pois não permite utilizá-las em atividades operacionais com maior frequência, devido ao pequeno quantitativo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. DIÁRIO OFICIAL ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP, n 104, 13 maio. 1955.

BRITO, Ana Maria de. **A evolução da mulher dentro da PMDF e a real necessidade do aumento do efetivo feminino dentro da corporação.** Monografia Universidade, Brasília, 2008.

CALAZANS, M. E. de. Mulheres no Policiamento Ostensivo e a Perspectiva de uma Segurança Cidadã. *São Paulo Perspectiva*. v.18, n. 1. São Paulo, jan./mar. 2004.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo.** 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. **Manual de Direito Administrativo.** 7. ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

CASTELLAR, Cleide Quele Alves. **A Relevância da Atuação das Policiais Militares Femininas no Contexto Corporativo Da PMDF.** Trabalho Técnico Científico Profissional (Curso de aperfeiçoamento de Oficiais da Polícia Militar do Distrito Federal), Brasília, Distrito Federal, 2011.

LIMA, Antônio de Oliveira. **Concurso Público e o Direito de Nomeação.** Artigo (Curso de

Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho) Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal e Curso Prima, Disponível em: <http://www.prt7.mpt.gov.br/artigos/2009/agosto_2009_Concurso%20Publico.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 24. ed. atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade et alli. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, Coimbra Editora, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEVES, Genvaldo Silva das. **A presença da Policial Militar Feminina com características afro-descendentes na Polícia Militar da Bahia**. Dissertação de Mestrado. UFBA, Salvador, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8837/1/dissertacao_genivaldoneves.pdf>. Acesso em: 22 out. 2015.

TRATADO INTERNACIONAL. **Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Adotada pela Resolução 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979** - ratificada pelo Brasil em 01.02.1984.





Data do recebimento: 30/08/2021

Data do aceite: 22/09/2021

.....

DECISÕES EXCLUSIVAMENTE AUTOMATIZADAS E A NECESSIDADE DE UMA SUPERVISÃO HUMANA NO BRASIL

.....

EXCLUSIVELY AUTONOMOUS DECISIONS AND THE
NEED FOR HUMAN SUPERVISION IN BRAZIL

Rodrigo Vianna Silva¹

Michelle Lucas Cardoso Balbino²

1 - Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário na Universidade Gama Filho no ano de 2000 e em Ciências Penais na Universidade Estácio de Sá no ano de 2017. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999). Procurador Federal da Advocacia Geral da União desde 2016. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3347142884216326>.

2 - Doutora em Direito pelo Uniceub. Mestre em Sustentabilidade Socioeconômico e Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialização em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Pós-graduação em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-graduação em Direito Público pela Sociedade Universitária Gama Filho. Tem experiência na área de Gestão Educacional; Direito Ambiental/Sustentabilidade e Multinacionais. Professora Universitária. Advogada. Endereço para acessar o CV: <http://lattes.cnpq.br/6069957017063656>.



SUMÁRIO: Introdução; 1 A Inteligência Artificial como Instrumento de Produtividade para Decisões no Direito Brasileiro; 1.1 A Inteligência Artificial como estratégia para as decisões no Direito brasileiro; 1.1.1 A utilização da Inteligência Artificial como instrumento de construção de decisões com assistência humana; 1.1.2 A utilização da Inteligência Artificial em decisões exclusivamente automatizadas; 1.2 Da existência uma dicotomia na atuação de Inteligência Artificial (IA) em razão da espécie de decisão tomada; 1.2.1 Decisões administrativas; 1.2.2 Decisões judiciais; 2 A Inteligência Artificial como instrumento de segurança jurídica das decisões exclusivamente automatizadas no direito brasileiro; 2.1 A neutralidade algorítmica como condição da imparcialidade na garantia da segurança jurídica das decisões exclusivamente automatizadas; 2.2 O direito de explicação como justificativa para a auditabilidade dos Sistemas de Inteligência Artificial; 2.3 Da existência do direito de revisão da decisão automatizada por uma autoridade humana; 2.3.1 A revisão humana individualizada na própria decisão como empecilho à consolidação dos princípios da 4ª Revolução Industrial; 2.3.2 A revisão humana coletiva estabelecida na lógica algorítmica como fator de manutenção da produtividade; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A inteligência artificial pode ser definida como a tentativa de atribuir a sistemas artificiais a capacidade cognitiva do ser humano. O presente trabalho tem como objetivo definir como os algoritmos de inteligência artificial devem ser desenhados para garantir a produtividade esperada de tais incrementos tecnológicos, e os requisitos exigidos para garantir a segurança jurídica nas decisões de inteligência artificial exclusivamente automatizadas. Quanto à metodologia aplicada, foi realizada pesquisa básica estratégica exploratória de cunho qualitativa, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, com análise da doutrina pátria e dos conteúdos da jurisprudência nacional sobre o tema. Iniciou-se o presente trabalho identificando as diversas aplicações da inteligência artificial como instrumento de eficácia do sistema produtivo da economia brasileira por meio da assistência na tomada de decisão por um usuário humano ou na sua substituição nas decisões exclusivamente automatizadas. Passou-se à possibilidade da utilização da inteligência artificial para a tomada de decisões e às exigências para sua validade. Verificou-se a necessidade da construção

dos sistemas algorítmicos de maneira neutra, para que se previna a tomada enviesada de decisões automáticas e a necessidade de auditabilidade destas decisões em razão do direito de explicação garantido aos usuários. Examinou-se, também, a possibilidade da revisão humana das decisões automáticas de forma individualizada, prestigiando-se a segurança jurídica e os direitos subjetivos dos usuários humanos ou a adoção de um sistema de revisão em abstrato das decisões, buscando-se a manutenção da possibilidade de progresso científico, mantendo-se o ganho de escala das decisões algorítmicas automatizadas.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial. Decisões Exclusivamente Automatizadas. Supervisão Humana. Direito à Explicação. Direito à Revisão Humana.

ABSTRACT: Artificial intelligence can be defined as the attempt to attribute to artificial systems the cognitive capacity of human beings. The present work aims to define how artificial intelligence algorithms should be designed to guarantee the expected productivity of such technological increments and the requirements required to guarantee legal security in exclusively automated artificial intelligence decisions. As for the methodology applied, a descriptive strategic basic research of a qualitative nature was carried out, using the hypothetical-deductive method with analysis of the national doctrine and the contents of national jurisprudence on the subject. The present work began by identifying the various applications of artificial intelligence as a productivity tool in the productive system of the Brazilian economy through assistance in decision-making by a human user or in its replacement in exclusively automated decisions. The possibility of using artificial intelligence for decision-making and the requirements for its validity has passed. It was verified the need to build algorithmic systems in a neutral way to prevent biased automatic decision making and the need for auditability of these decisions due to the right of explanation guaranteed to users. The possibility of human review of automatic decisions in an individual way was also examined, respecting the legal security and subjective rights of human users or the adoption of an abstract review system of decisions, seeking to maintain the possibility of scientific progress maintaining the scaling of automated algorithmic decisions.

KEYWORDS: Artificial Intelligence. Exclusively Automated Decisions. Human Supervision. Right to Explanation. Right to Human Review.



INTRODUÇÃO

A chamada quarta Revolução Industrial representa a perspectiva de uma evolução do processo de automação produtiva e o uso intensivo da computação nos processos industriais, por meio da automatização dos processos decisórios com azo no ganho de produtividade. Nesta nova etapa da evolução dos meios produtivos do capitalismo, haverá uma grande interação entre o ser humano e as máquinas (sistemas ciberfísicos), e entre as próprias máquinas (internet das coisas) (STEIBEL, 2020). A nova Revolução Industrial terá como força motriz o uso intensivo da Inteligência Artificial (IA).

A Inteligência Artificial é definida como a tentativa de emular a capacidade cognitiva humana em um sistema artificial (GUTIERREZ, 2020). Os cientistas da computação envolvidos no desenvolvimento da inteligência artificial buscam criar algoritmos que permitam aos sistemas artificiais (*softwares e hardwares*) imitar o pensamento humano. Persegue-se que os sistemas algorítmicos artificialmente inteligentes sejam capazes de refletir, aprender e inovar sem a necessária intervenção humana (STEIBEL, 2020).

A ideia de máquinas que imitam capacidades humanas remonta da antiguidade clássica. Segundo o mito, a ilha de Creta era protegida de invasores por um autômato alado gigantesco construído em bronze chamado Talos. As mitologias egípcia e grega são repletas de relatos sobre estatuas sagradas dotadas de sabedoria e emoções humanas, como se fossem autônomas. A ideia de autômato é fundamental para o desenvolvimento da IA (SILVA, 2020).

Já no século XVII, foram construídas as primeiras máquinas de cálculo predecessoras dos modernos computadores. Blaise Pascal, em 1652 e nos três anos seguintes, criou 50 protótipos de sua Pascaline, que era capaz de realizar operações de soma e subtração. Goufried Wilhelm von Leibniz criou máquinas calculadoras mecânicas digitais conhecidas como *step reckoner*, que eram capazes de realizar as quatro operações fundamentais (SILVA, 2020).

A ficção brincou com a ideia de um ser artificial dotado da capacidade de pensamento autônomo em Frankenstein, de Mary Shelley. Já no período compreendido entre o final do século XIX e o início do século XX, a evolução de modelos matemáticos como a Álgebra Booleana, Lógica Formal e Cálculo Lambda forneceram os pilares para a moderna Ciência da Computação e Inteligência Artificial como se conhece até agora. O principal antecedente da computação moderna baseia-se no *Hut 8*, um computador eletromecânico, desenvolvido por Alan Turing, que foi essencial para que os países ocidentais que se opunham ao nazifascismo quebrassem os códigos das máquinas de encriptação Enigma e pendesse a balança da Segunda Grande Guerra em favor dos Aliados (SILVA, 2020).

Atualmente, a Inteligência Artificial já é usada em ferramentas de buscas na internet, construção do perfil de preferência do usuário em plataformas de comércio eletrônico e fornecimento de filmes sob demanda, como a *NETFLIX*, ou nos assistentes pessoais que obedecem aos comandos vocais, como a *ALEXA*.

Os sistemas de inteligência artificial se valem de múltiplas formas de aprendizado: aprendizado supervisionado, não supervisionado e reforçado. No aprendizado supervisionado, o algoritmo mapeia os resultados que recebe, baseando-se em um conjunto de resultados previa-

mente programados, e os classifica de acordo com métodos anteriormente definidos, tais como regressão linear, árvores de classificação e redes neurais. No aprendizado não supervisionado, o algoritmo deve ser capaz de extrapolar os resultados, já que apenas os dados de entrada são rotulados. No aprendizado reforçado, o algoritmo é informado de um resultado variável e deve ser capaz de formular uma série de soluções para maximizá-lo. Partindo da análise destas três formas de aprendizado, espera-se que a IA possa ser usada, respectivamente, para organizar uma imensa quantidade de dados, auxiliar o operador humano na tomada de decisões, ou tomar decisões de forma exclusivamente automatizada (STEIBEL, 2020).

A partir deste ponto, pode-se também discriminar três espécies de inteligência artificial: a inteligência artificial restrita ou fraca, a inteligência artificial geral ou forte e a superinteligência artificial. No primeiro caso, a IA possui uma imensa capacidade de processar dados brutos, superando em muito a capacidade humana de organizá-los, também possui uma excepcional aplicabilidade em áreas de utilização específicas, mas é incapaz de se adaptar a operações em áreas diversas. É o atual estado da arte na ciência computacional e de inteligência artificial. Ao falar em inteligência artificial geral não se pode relacioná-la a nenhuma tecnologia presente. Neste grau de evolução da IA, especula-se que os algoritmos serão capazes de se adaptar autonomamente a diversas aplicações em diferentes áreas de atuação, em um estágio da arte próximo ao que se define hoje como consciência, sendo capazes de guiar carros autônomos, por exemplo. Finalmente, as superinteligências artificiais seriam capazes de consumir todo o conhecimento humano existente, tratá-lo com criatividade e apresentar resultados inovadores, demonstrando mesmo habilidades sociais e sabedoria geral (STEIBEL, 2020).

Diante de tal quadro de progresso tecnológico, em que a utilização massiva da IA trará enormes implicações na forma de produção do sistema econômico mundial, fundamental se faz a análise de quais seriam os requisitos e exigências do direito nacional para a validade dos atos jurídicos quando as máquinas começarem a tomar decisões autonomamente.

Expostos desses fatos, pontua-se que a questão problema a ser solucionada neste trabalho é se o sistema jurídico pátrio será capaz de evoluir para garantir tanto a permanente evolução tecnológica da sociedade capitalista quanto a proteção dos cidadãos consumidores que utilizarão serviços/produtos impulsionados pela inteligência artificial.

O presente trabalho tem como objetivo definir como os algoritmos de inteligência artificial devem ser desenhados para garantir a produtividade esperada de tais incrementos tecnológicos e os requisitos exigidos para garantir a segurança jurídica nas decisões de inteligência artificial exclusivamente automatizadas. Buscar-se-á, também, conhecer os limites da necessidade de supervisão humana das decisões exclusivamente automatizadas no direito brasileiro e se essa supervisão deveria começar já na tomada inicial de decisões automatizadas ou apenas em uma eventual revisão destas decisões, seja no juízo administrativo, seja no judicial. Buscar-se-á verificar, no tocante ao uso da IA em procedimentos decisórios judiciais, se há necessidade de supervisão humana das decisões de primeiro grau quando exclusivamente automatizadas, ou se bastaria supervisão humana no juízo de revisional.

Justifica-se este trabalho se justifica em razão do aumento significativo no desenvolvimento dos algoritmos de inteligência artificial possibilitado pela acelerada evolução tecnológica causada pelo incremento da capacidade computacional e da *bigdata* (coleta maciça de dados por

meio da internet, dispositivos móveis ou mídias sociais). Esse acelerado desenvolvimento da IA trará um aumento exponencial das suas aplicações e um concomitante aumento de potenciais conflitos causados por decisões tomadas por essas novas tecnologias. Assim sendo, por natural, surgirá a crescente necessidade de solução de conflitos causados pela utilização da IA e a maior necessidade de regulação estatal deste campo técnico, para prevenir eventuais prejuízos aos seus utilizadores.

Quanto à metodologia aplicada, foi realizada pesquisa de estratégia básica exploratória de cunho qualitativa, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, com análise da doutrina e dos conteúdos da jurisprudência nacional sobre o tema.

Iniciou-se o presente trabalho identificando as diversas aplicações da inteligência artificial como instrumento de eficiência do sistema produtivo da economia brasileira por meio da assistência na tomada de decisão por um usuário humano ou na sua substituição nas decisões exclusivamente automatizadas (1). Passou-se a estudar a existência de uma dicotomia na utilização da inteligência artificial para a tomada de decisões em sede do estado brasileiro e as exigências diversas para sua validade em razão de se tratar de uma decisão administrativa ou judicial (2). Verificou-se a necessidade da construção dos sistemas algorítmicos de maneira neutra, para que se previna a tomada enviesada de decisões automáticas, bem como a necessidade de auditabilidade destas decisões em razão do direito de explicação garantido aos usuários destes sistemas automatizados. Examinou-se, também, a possibilidade da revisão humana das decisões automáticas de forma individualizada, prestigiando-se a segurança jurídica e os direitos subjetivos dos usuários humanos destes sistemas, ou a adoção de um sistema de revisão em abstrato das decisões, buscando-se a manutenção da possibilidade de progresso científico, mantendo-se o ganho de escala das decisões algorítmicas automatizadas (3). O que levou ao alcance dos resultados descritos nas considerações finais deste trabalho.

1. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO DE PRODUTIVIDADE PARA DECISÕES NO DIREITO BRASILEIRO

O uso intensivo da inteligência artificial, possibilitado pela massificação da informação, aumento da capacidade computacional dos *hardwares* e pela crescente velocidade e latência das redes de transmissão de dados, se afigura como o sustentáculo do que se poderia chamar da quarta Revolução Industrial. Esta nova fase da forma de produção capitalista caracterizar-se-á pela junção do ganho de escala propiciado pelas segunda e terceira Revoluções Industriais (produção em massa e automação), com a substituição das decisões humanas por decisões não-humanas (IA). A possibilidade desse novo paradigma produtivo viabilizará um ganho de escala até pouco tempo imaginável apenas nas obras de ficção científica.

Na esteira dessa revolução, tanto organizações privadas quanto públicas utilizarão a inteligência artificial de forma intensiva para aprimorar seus processos decisórios, buscando o incremento da produtividade e agilidade. Contudo, é essencial que se perquiria sobre a segurança jurídica das decisões tomadas por redes neurais artificiais face às regras do direito pátrio e, ao se analisar os requisitos jurídicos para a validade das decisões tomadas por algoritmos no direito brasileiro, atentar para a dicotomia de exigências legais quando se examinar as decisões no juízo administrativo em contraponto às decisões judiciais.

1.1 A Inteligência Artificial como estratégia para as decisões no Direito brasileiro

É inegável que se vive o limiar de uma era em que a inteligência artificial possibilitará um enorme incremento nos meios de produção do capitalismo mundial. Todos os processos decisórios ganharão em agilidade e acuidade, por meio da análise realizada por algoritmos que poderão aprender e evoluir em um sistema fechado, independentemente da atualização de seus códigos-fonte por mãos humanas.

Nessa nova era, identificar-se-á situações em que os sistemas de inteligência artificial atuarão apenas para auxiliar a tomada de decisão que será, em última análise, concluída pelo seu operador humano (2.1.1), ou detectar-se-ão outras em que eles poderão tomar as decisões de forma exclusivamente automatizada (2.1.2).

1.1.1 A utilização da Inteligência Artificial como instrumento de construção de decisões com assistência humana

Quando se lida com as possibilidades de utilização da inteligência artificial nos processos decisórios, fica claro que uma de suas aplicações seria a de aproveitá-la simplesmente como ferramenta computacional de auxílio à atuação de uma inteligência humana.

Ao se pensar na utilização da inteligência artificial como ferramenta de suporte na tomada de decisão de operadores humanos, existem inúmeras aplicações possíveis. A inteligência artificial terá um extenso desempenho na criação de sistemas *ad hoc* de inteligência artificial para auxiliar o operador humano em razão de sua imensa capacidade computacional e rapidez no tratamento e ordenação de uma enorme quantidade de informações. Por exemplo, os algoritmos de inteligência artificial poderão auxiliar na criação de produtos competitivos e estratégias de marketing, por meio da mineração maciça de dados. A inteligência artificial também poderá auxiliar na tomada de decisões quanto à logística e manutenção de estoques em comércio eletrônico, ou na prospecção de reclamações de consumidores insatisfeitos nas redes sociais e na criação de estratégias de mitigação de prejuízos. Poderá, também, ser usada para o recrutamento de pessoal, tanto no setor privado quanto no setor público, com especial vantagem na imparcialidade das escolhas sugeridas (STEIBEL, 2020).

Outro campo em que a utilização extensiva de inteligência artificial proporcionará uma verdadeira revolução é o dos cuidados com a saúde. A utilização de algoritmos de inteligência artificial para análise de sintomas de pacientes e resultados de exames médicos se transformará em uma excepcional ferramenta de auxílio ao diagnóstico do profissional médico que terá à mão um enorme repositório científico, com uma fenomenal capacidade de processamento dos dados pertinentes às condições físicas dos pacientes. Obviamente, quando se tratar da utilização da inteligência artificial para assistir um diagnóstico que em última medida seria feito pelo operador humano, não se enfrentaria os dilemas éticos dos diagnósticos automatizados. Nesta aplicação, a IA será mera ferramenta à disposição dos profissionais médicos, que terão completa responsabilidade penal, civil e moral pelo cuidado da saúde de seus pacientes.

Outro campo fértil para a utilização da inteligência artificial será a segurança pública. Algoritmos poderão ser usados para tratar as imagens captadas por câmeras de vigilância cada vez mais comuns nas cidades. Tal aplicação da IA ajudará aos agentes de segurança pública na

identificação de pessoas com mandados de prisão pendentes ou veículos roubados, por exemplo (AGRELA, 2019). A inteligência artificial aplicada na chamada computação visual poderá também ser utilizada na busca automática por pessoas perdidas ou mesmo sequestradas, por meio do reconhecimento facial (TOMASEVICIUS FILHO, 2021).

Outra aplicação já muito utilizada da inteligência artificial é na construção de sistema de direção semiautônoma, para auxiliar os motoristas dos automóveis mais modernos a evitar acidentes. Esses sistemas contam com a tecnologia *LiDAR* (acrônimo de *Light Radar*), estruturada a partir da luminância projetada por um feixe de luz e recapturado por sensores que permitem a realização de cálculos matemáticos de velocidade do veículo e distância de objetos/ pedestres, e que sugerem ao condutor a redução da velocidade ou frenagem do veículo, podendo, mesmo em situações de emergência, proceder tais providências de forma autônoma (FALEIROS JÚNIOR, 2021).

Uma importante vertente em que se poderá usar a inteligência artificial é no campo jurídico. Com a massificação das demandas judiciais, a automação inteligente propiciada pelos algoritmos de IA poderá racionalizar a atuação tanto dos advogados das partes litigantes quanto dos órgãos do poder judiciário.

O relatório da justiça em números lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabilizou um total de 77,1 milhões de processos em tramitação ao final de dezembro de 2019 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Diante de uma quantidade tão expressiva de demandas, a automação dos processos decisórios nos processos judiciais não é apenas uma tendência, mas uma premência. Já existem inúmeros sistemas de inteligência artificial sendo utilizados pelo judiciário brasileiro. São os casos de programas robôs como o Leia, que lê milhões de páginas de processos, identificando casos que já se enquadrem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), dispensando novas teses jurídicas (BRANCO, 2020).

A Advocacia Geral da União (AGU) também já faz uso extensivo de robôs virtuais para triagem e gerenciamento dos processos judiciais nos quais atua. São exemplos deste movimento na advocacia pública o SAPIENS 2.0, um sistema de peticionamento eletrônico e gerenciamento de demandas; o LOKI, um robô que realiza pesquisa em diversos bancos de dados públicos e realiza a juntada de tais informações nos dossiês eletrônicos gerenciados pelo SAPIENS 2.0; e o Optimus e Prime, que são robôs virtuais de triagem de intimações judiciais e etiquetamento de demandas (AGÊNCIA CNJ, 2021).

Contudo, a utilização de ferramentas de inteligência artificial se subordina aos princípios constitucionais que orientam a prestação jurisdicional pelo Estado, em especial, a publicidade e o juiz natural. Nesse sentido, o Art. 93, IX, da CF88 e o Art. 11 do Código de Processo Civil de 2015 exigem que, sob pena de nulidade, todas as decisões emanadas do Poder Judiciário sejam públicas e fundamentadas por autoridade competente. Sendo assim, as ferramentas de inteligência artificial, por mais avançada que seja sua engenharia algorítmica e capacidade de aprendizagem autônoma (*machine learning*), deverão ser capazes de oferecer uma opção de análise e julgamento que se amolde perfeitamente às particularidades fáticas e jurídicas do caso. Deverão, também, cuidar de sopesar, com igual peso de importância, cada um dos argumentos manejados pelas partes litigantes. Portanto, ferramentas de IA só poderão ser adotadas para auxiliar na formação da convicção motivada do julgador se sua lógica algorítmica possibilitar o exame dos mecanismos

decisórios e se deixarem registro de tais motivações. E mais, a utilização da inteligência artificial ficaria restrita ao auxílio do juiz em tarefas acessórias de suas decisões, buscando otimizar o tempo na pesquisa de fundamentos legais e jurisprudenciais, mas a decisão propriamente dita deveria permanecer nas mãos da autoridade humana, sob pena de alquebramento do Princípio do Juiz Natural (ROQUE, 2021).

Sendo assim, se os sistemas de inteligência artificial são simplesmente uma ferramenta da decisão humana assistida, a decisão tomada pelo operador humano com auxílio de ferramentas de inteligência artificial deverá se submeter quanto à análise de sua validade, ao escrutínio da competência e legitimidade do agente humano, não da máquina. A inteligência artificial será um instrumento para que o operador humano analise com maior velocidade um número cada vez maior de variáveis existentes no caso concreto sob o qual estiver se debruçando.

Já as decisões tomadas de forma exclusivamente automatizadas deverão contar com uma análise de validade mais acurada. A partir daqui, passar-se-á à análise dos requisitos legais exigidos para validade de decisões quando as máquinas passarem a decidir autonomamente.

1.1.2 A utilização da Inteligência Artificial em decisões exclusivamente automatizadas

Uma das mais fantásticas aplicações que a evolução tecnológica dos sistemas de inteligência artificial poderá alcançar será a possibilidade de substituição completa da vontade humana nos mais distintos processos decisórios. Tratar-se-ia da criação de modelos algorítmicos construídos à semelhança das redes neurais humanas. Neste modelo, o aprendizado da máquina (*machine learning*) poderia se valer de diferentes tipos de dados para alimentar os modelos de tomada de decisão e análise de variáveis que o sistema **já possui**, modificando-lhes as regras autonomamente, sem a necessidade de interferência humana (MULHOLLAND, 2020).

Um marco legal primordial do direito nacional na utilização da Inteligência Artificial na tomada de decisões exclusivamente automatizadas é a Lei do Cadastro Positivo. O inciso VI do Art. 5º da Lei Federal n.º 12.414/2011 garante ao consumidor o direito de solicitar a revisão da decisão que formulou sua reputação como consumidor se essa decisão se deu por meio de um processo de ranqueamento exclusivamente realizado por meios automatizados (OLIVEIRA, 2020).

Outro parâmetro normativo importante na regulação das decisões exclusivamente automatizadas é o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) (UE) 2016/679, uma norma do direito europeu, criada em 2018, que versa sobre privacidade e proteção de dados pessoais, aplicável a todos os indivíduos na União Europeia e Espaço Econômico Europeu.

O Art. 22 do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, de 27 de abril de 2016, veda expressamente que não exista a possibilidade de revisão e supervisão humana das decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado de dados, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Sendo assim, os cientistas de Inteligência Artificial deverão se balizar nesta norma ao desenhar os algoritmos que impulsionarão tal tecnologia.

Os programas de computador que possuem *machine learning* são obviamente mais autônomos que aqueles que para serem atualizados deverão ter sempre sua programação recodificadas manualmente (CRESPO, 2021). Portanto, ao se tratar da aplicabilidade da inteligência artificial ligada à tomada autônoma de decisões por algoritmos, se faz necessário imaginar softwares que rodem com uma subespécie de *machine learning* mais avançada chamada de *deep learning*.

Na *deep learning*, os algoritmos são construídos como se para imitar a estrutura cerebral do homem: são usadas redes neurais mais complexas, organizadas em várias camadas, o que aumentaria o nível de abstração que o programa poderia emular. Neste tipo de construção algorítmica, a informação é passada de camada para camada da rede neural, por meio de estruturas lógicas capazes de realizar uma operação ponderada. O algoritmo seria capaz de receber uma informação e atribuir-lhe determinado peso. Dependendo do resultado da função de ativação, a informação seria, ou não, passada para o próximo nível lógico e influenciaria de forma positiva ou negativa na decisão final tomada pelo algoritmo de inteligência artificial (CRESPO, 2021).

Esse tipo profundo de aprendizado de máquina pode ser dividido em quatro grupos: a) supervisionado; b) não supervisionado; c) semi-supervisionado; e d) aprendizado de reforço. No aprendizado supervisionado, o algoritmo sempre recebe dados rotulados para aprimorar sua capacidade de identificar padrões. Já na aprendizagem não supervisionada, o algoritmo, durante o processo de calibração de seu sistema, fica livre para buscar os padrões úteis para suas inferências. Na aprendizagem semi-supervisionada, o algoritmo recebe uma mistura de dados rotulados e não rotulados. O programador imagina um resultado desejado, mas é o sistema que deve prospectar dados, encontrar padrões e realizar suas próprias previsões. Finalmente, no caso do aprendizado de reforço, o sistema algoritmo de inteligência artificial simulará um aprendizado similar ao aprendizado humano. Neste caso, o sistema de IA aprenderá por meio do julgamento quanto aos sinais positivos ou negativos que receberá como *feedback* dos resultados que alcançar sem a necessidade de qualquer supervisão humana (CRESPO, 2021).

Os algoritmos de inteligência artificial dedicados à tomada autônoma de decisões deveriam necessariamente ser construídos com o uso da *deep learning* de aprendizado reforçado. Ultrapassada a barreira técnica, para que sistemas de inteligência artificial tomem decisões autonomamente, passa-se a analisar as implicações jurídicas da tomada de decisão desprovida da interferência humana na validade jurídica dos atos jurídicos delas decorrentes. Nas tomadas de decisões de forma exclusivamente automatizada pelos sistemas algorítmicos de inteligência artificial, a ausência da inteligência humana no processo decisório de forma imediata deverá ser o fator preponderante na análise dos requisitos para sua validade jurídica.

Tomando-se a celebração de um negócio jurídico em que figure em um dos polos, já que **não** se imaginar a possibilidade de negócio jurídico entre dois sistemas de inteligência artificial autônomos, deve-se analisar os requisitos de existência, validade e eficácia de tal ato jurídico negocial. Nos termos do Art. 104 da Lei Federal n. 10.406/2002 (BRASIL, 2002), será válido o negócio jurídico celebrado entre agente capaz, com objeto lícito, possível, determinado ou determinável e que obedeça à forma prescrita ou não proibida pela lei. Sendo assim, no plano da validade do negócio jurídico, a inobservância dos requisitos essenciais do negócio jurídico, como capacidade do celebrante, licitude do objeto ou retidão de forma jurídica, levaria à nulidade do negócio jurídico (TEODORO JR, 2019).

A superação da questão de validade de atos jurídicos realizados por sistemas de inteligência artificial autônomos parece ser de somenos importância quando se analisa a licitude do objeto negocial e o respeito à forma jurídica prescrita. Nesses casos, o respeito a tais requisitos essenciais de validade jurídica do ato tem a análise igualada à validade de atos celebrados entre vontades exclusivamente humanas: se o objeto do ajuste celebrado for proibido pelo sistema legal brasileiro, ou se o ato negocial deixar de observar as prescrições legais, o negócio será fulminado por nulidade. Já quando se passa a analisar a capacidade do agente negocial, haverá uma maior complexidade na análise da validade negocial quando um dos celebrantes for um sistema de inteligência artificial que exarar autonomamente a declaração de vontade.

No direito civil, a personalidade jurídica é atributo de dignidade e personalidade das pessoas naturais, ou é uma ficção jurídica que atribui capacidade às pessoas jurídicas. Para certa vertente do pensamento jurídico, em razão da autonomia, autoaprendizagem, adaptação dos sistemas mais avançados de inteligência artificial ao ambiente, seria possível sustentar a atribuição de personalidade jurídica aos sistemas de Inteligência Artificial por analogia, em razão da autonomia e inteligência desses, muitas vezes, superior a alguns seres humanos, tais como pessoas em coma ou fetos. No entanto, nem sequer a atribuição de uma posição intermediária de capacidade parcial aos entes não orgânicos dotados de inteligência artificial seria possível, pois tal personalidade jurídica não se dá em razão do maior ou menor grau de inteligência, mas em razão da dignidade da pessoa humana (BARBOSA, 2021).

Para outra parcela da cultura jurídica, por ficção jurídica, poder-se-ia conferir aos entes sintéticos, dotados de inteligência artificial, personalidade jurídica similar a das pessoas jurídicas, por se tratarem de uma criação do espírito humano no campo do direito, afetadas à realização de fins jurídicos. Contudo, isso não significaria atribuir-lhes autonomia jurídica, pois, ainda assim, estes entes de inteligência artificial continuariam a ter um representante legal (LIMA, 2021).

Sendo assim, é falha a abstração que confere aos entes sintéticos de inteligência personalidade similar às pessoas jurídicas, pois não há um objetivo humano que possa ser perseguido com maior eficiência ao se atribuir ficticiamente personalidade jurídica aos sistemas de inteligência artificial, a não ser o intento de exonerar proprietários ou utilizadores de tais tecnologias da responsabilidade civil por dano causado por tais sistemas a outrem (BARBOSA, 2021).

No atual estágio da evolução técnica e jurídica, a analogia da personalidade eletrônica e da personalidade das pessoas naturais ou jurídicas é falha, pois as máquinas dotadas de inteligência artificial não possuem autonomia efetiva, em razão de sua programação prévia. Portanto, no tocante à responsabilização por danos causados pela IA, o mais adequado seria atribuir a responsabilidade aos entes naturais ou artificiais que se beneficiam sob quaisquer aspectos pela sua utilização. Os sistemas de Inteligência Artificial não passariam de coisas ou objetos de direito, cujo uso ou fruição implicaria em subsunção de responsabilidade por eventuais prejuízos causados por sua utilização. Nestes termos, melhor seria responsabilizar o proprietário ou utilizador da tecnologia que, em última análise, usufruísse dos benefícios por sua utilização (MELLO, 2021).

Contudo, com a rápida evolução da tecnologia ligada à inteligência artificial, logo se chegará a tal estágio de autonomia e, por que não dizer, autociência dos algoritmos, que enfrentarão questões éticas e morais, tais como *e*-escravidão ou assédio moral das máquinas autociências, o que tornará necessária a regulação jurídica das *e*-pessoas.

1.2 Da existência uma dicotomia na atuação de Inteligência Artificial (IA) em razão da espécie de decisão tomada

Os Estados nacionais poderão e deverão se apropriar desta nova tecnologia para sobrepujar a tão prolatada burocracia e ineficiência de seus processos decisórios. Contudo, vale lembrar que as decisões tomadas no âmbito estatal possuem particularidades e exigências que inexistem nas organizações privadas. Quando se analisam os processos decisórios estatais no direito brasileiro é fundamental identificar que neles existe uma marcada dicotomia entre as decisões tomada em sede de processo judicial eletrônico e as tomadas na tele administração pública. Passar-se-á à análise das peculiaridades dicotômicas nos processos decisórios estatais nas linhas que se seguem.

1.2.1. Decisões administrativas

Na repartição de competências que caracteriza o Estado brasileiro, a administração pública precisará tomar decisões administrativas na aplicação da lei de ofício, visando o atendimento do interesse público, por meio da implementação de políticas públicas.

As decisões administrativas tomadas em sede de sistemas de inteligência artificial deverão respeitar as normas e, principalmente, os princípios constitucionais da administração pública, a saber, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O Art. 2º da Lei de Ação Popular arrola quais são as nulidades que podem atingir os atos administrativos, portanto, serão válidos os atos administrativos que não contiverem incompetência no tocante ao agente que os pratica, tais como vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência de motivos ou desvio de finalidade (BRASIL, 1965).

Na lição de Bandeira de Mello (MELLO, 2015), da validade dos atos decisórios administrativos depende a estrita observância legal dos requisitos ligados ao sujeito que os executam, ou seja, a finalidade, a forma, o objeto e o motivo. Já para Maria Sylvia Zanella di Pietro, serão válidos os atos administrativos decisórios que atenderem às exigências normativas quanto ao sujeito, ao objeto, à forma, ao motivo e à finalidade (DI PIETRO, 2018). Sendo assim, o ato administrativo robótico também deverá observar os requisitos supramencionados sob pena de invalidade.

Entende-se que os requisitos que são extrínsecos ao ato administrativo, a saber, objeto, motivo e finalidade seriam minimamente afetados em sua validade, em razão de serem realizados por algoritmos de inteligência artificial. Agora, os requisitos de competência e forma poderão sofrer um considerável impacto no tocante à sua legitimidade se tratando de um ato administrativo eletrônico praticado em sede de tele administração (OLIVEIRA, 2017).

Os atos administrativos eletrônicos podem ser divididos em duas espécies: a) ato administrativo eletrônico tradicional, que será exarado pelo próprio agente público, mas por meio eletrônico, e b) ato administrativo eletrônico automático, que também usaria um meio eletrônico, mas seria emanado pelo próprio sistema informático, de forma automatizada, sem a interferência direta de um servidor público. Este segundo tipo ainda poderia se subdividir em b.1) ato administrativo eletrônico totalmente automático; e b.2) ato administrativo eletrônico parcialmente automático (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2004).

Quando se analisa se o requisito da competência seria alquebrado pela realização de um ato administrativo eletrônico, em especial, de um ato administrativo totalmente automático, não se pode olvidar que a intervenção do agente público competente ocorrerá em momento inclusive anterior à confecção do próprio ato. O agente público será o responsável pela elaboração do código-fonte do algoritmo de inteligência artificial, que tomará a decisão automatizada no ato administrativo eletrônico, momento no qual se suprirá a exigência legal no tocante à competência (OLIVEIRA, 2017).

Já quanto ao requisito formal do ato administrativo eletrônico, em especial no tocante à motivação do ato, é essencial se atentar à questão da transparência das decisões tomadas por algoritmos de inteligência artificial, buscando-se prevenir a opacidade das decisões administrativas robóticas, ou a *black box*.

Explica-se: se o ato decisório administrativo robótico é uma novidade no direito administrativo, decerto a necessidade da motivação das decisões administrativas como requisito da sua regular formalidade não o é. Ademais, não basta que uma decisão administrativa seja motivada, ela deverá ser suficientemente motivada. Neste sentido, a I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal, realizada em agosto de 2020, aprovou o enunciado 12, que vaticina que “a decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação” (SCHIEFLER, 2020, p. 3).

Por opacidade poder-se-ia entender a ausência de transparência do mecanismo de tomada de decisões dos sistemas de inteligência artificial e a impossibilidade de *accountability*, ou supervisão mínima de que os *outputs* oriundos de tais sistemas sejam fidedignos e confiáveis (FRAZÃO, 2021).

A supramencionada opacidade seria tanto um vício do próprio ato administrativo, que deve primar pela impessoalidade e publicidade do seu conteúdo, quanto um vício na própria regulação da lógica dos sistemas de inteligência artificial, que deverão se prevenir contra a programação enviesada pelos preconceitos dos agentes humanos responsáveis pela programação dos códigos-fonte. Tal questão é particularmente delicada, uma vez que a *machine learning* que aprimora tais modelos algoritmos poderá ter sua aprendizagem e aprimoramento pela utilização de uma base de dados que será interpretada sob a ótica dos próprios erros de sua programação original (FRAZÃO, 2021).

Portanto, existe um claro consenso de que os algoritmos de inteligência artificial que eventualmente tomarem decisões robóticas em sede de tele administração deverão motivar suficientemente suas decisões automatizadas e serem auditáveis pelo cidadão que tiver sua vida influenciada por tais decisões.

Sendo assim, da validade dos atos administrativos robóticos dependerá, em primeiro lugar, a legitimidade do agente público que usou ou programou os algoritmos de inteligência artificial aplicados nas decisões tomadas em sede de tele administração e a suficiente motivação (transparência e auditabilidade) destas decisões, quando tomadas por sistemas de inteligência artificial. Agora, ao se lidar com as decisões judiciais automatizadas proferidas por sistemas de inteligência artificial, será necessário o exame de diferentes requisitos quanto sua validade.

1.2.2. Decisões judiciais

O Poder Judiciário é responsável, dentro do desenho constitucional de estado, pela solução provocada de litígios de forma definitiva, sendo assim, as decisões tomadas por algoritmos de inteligência artificial deverão se subsumir, dentre outros, aos princípios do juiz natural, da decisão motivada e do duplo grau de jurisdição.

Dever-se-á levar em consideração que a inteligência artificial poderá atuar de forma supervisionada pela inteligência humana ou de forma exclusivamente autônoma e que de tal dicotomia poderá depender a validade ou não da decisão tomada por uma rede algorítmica.

Ao lidar-se com as decisões judiciais eletrônicas supervisionadas diretamente pelo servidor público humano, os requisitos de sua validade dependerão da legitimidade da parte que as realiza e da observância das formalidades exigidas pela lei. Já quando se trata das decisões judiciais realizadas automaticamente pelos sistemas algorítmicos de inteligência artificial, deve-se observar tais requisitos por outro prisma. Pode-se arrolar três premissas básicas para a utilização da inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: a necessidade de suficiente motivação da decisão para prevenir sua opacidade ou *black box*; a necessidade de permanente supervisão e possibilidade de revisão das decisões tomadas por algoritmos em respeito ao princípio do juiz natural; e a perfeita adequação da decisão tomada pelo sistema de IA à lide que lhe é submetida (ROQUE, 2021) em respeito ao Princípio da Inteligibilidade (LIMA, 2021).

No tocante à prevenção da opacidade ou processos decisórios em *black box*, o dever de os sistemas de inteligência artificial envolvidos em decisões judiciais automáticas demonstrarem suficientemente os caminhos que levaram a dada decisão liga-se ao Princípio da Motivação das Decisões Judiciais. Tal princípio é voltado ao controle popular da jurisdição. Afigura-se como um direito fundamental não apenas das partes processuais antagônicas ou do juízo, mas, também, como garantia geral do cidadão de que o poder jurisdicional será motivadamente exercitado pelo Estado (CINTRA, 2015). Já o Princípio do Juiz Natural se trata de uma garantia fundamental que garante que o juiz não poderá escolher o caso que irá julgar, e as partes não poderão escolher o juiz que lhes prestará jurisdição com imparcialidade e independência (DIDIER JR, 2007). Partindo de tal substrato, o princípio do juiz natural pode se apresentar como entrave à utilização da IA nas decisões judiciais automatizadas, pois o agente público responsável pelo exercício da jurisdição, em primeiro lugar, deveria ser investido num cargo público depois de vencidas as etapas legais de tal investidura. Ora, parece óbvio que, em regra, ao magistrado médio carece conhecimento técnico para programar os sistemas de IA e que este dependeria do auxílio técnico de terceiros. Sendo assim, em primeira análise, principalmente no tocante às decisões judiciais que forem tomadas automaticamente pelos algoritmos de inteligência artificial, o respeito ao princípio do juiz natural estaria perigosamente mitigado e poderia se apresentar como uma limitação para a utilização da IA pelo Poder Judiciário (SANTANA, 2021).

Contudo, deve-se submeter todo tipo de decisão judicial aos mesmos parâmetros de escrutínio de validade? Não seria essa a melhor solução, pois ignoraria a possibilidade do uso da tecnologia em prol da celeridade processual e se abortaria qualquer possibilidade de evolução técnica no uso da inteligência artificial.

Isto posto, deve-se separar os atos decisórios dos atos meramente ordinatórios. Os atos

decisórios devem sim sofrer maior limitação na sua produção pela incidência do princípio do juiz natural. Já os atos meramente ordinatórios, expressos no inciso VI do Art. 152 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), não serão de execução exclusiva do juiz e poderão ser praticados de ofício pelo escrivão ou chefe de secretaria, por delegação legal. Portanto, não é razoável que, por temor ao princípio do juiz natural, se aborte qualquer tipo de utilização dos algoritmos de inteligência artificial. E foi neste sentido, que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020.

Não obstante a supramencionada resolução se referir apenas à esfera administrativo-disciplinar da utilização da IA no poder judiciário na estrita competência do Conselho Nacional de Justiça, demandando sua efetiva implantação de inovações legislativa, tal iniciativa lança importantes marcos para a matéria. Em destaque, o respeito aos direitos fundamentais garantidos na Carta Magna, como o acesso à justiça, contraditório, ampla defesa acesso ao juiz natural (PIRES, 2021). Sendo assim, respeitando os direitos fundamentais e garantindo o controle do usuário sobre a informação e as escolhas durante a utilização da inteligência artificial, não deverá haver óbice na utilização de robôs de IA pelo Poder Judiciário.

Finalmente, ao se analisar a utilização da tecnologia da inteligência artificial na tomada de decisões judiciais, deve-se cuidar para que os modelos de inteligência artificial sejam capazes de produzir *outputs* absolutamente adequados a todas as particularidades da lide concreta. Dever-se-á, também, evitar a estagnação e o engessamento da jurisprudência frente à necessidade de adaptação da prestação jurisdicional e permanente evolução da vida social. Neste sentido, os modelos algoritmos não poderão apenas repetir decisões passadas (PIRES, 2021) e sua *machine learning* deverá contar com um sistema de aprendizagem sensível à evolução social.

2 A Inteligência Artificial como instrumento de segurança jurídica das decisões exclusivamente automatizadas no direito brasileiro

Superada a análise da possibilidade da tomada de decisões administrativas e judiciárias por sistemas de inteligência artificial, passa-se a desenhar quais os requisitos que deverão ser cumpridos pela lógica algorítmica de tais sistemas para que as decisões, principalmente as tomadas de forma exclusivamente automatizada, revistam-se de segurança jurídica frente às normas do direito brasileiro.

2.1 A neutralidade algorítmica como condição da imparcialidade na garantia da segurança jurídica das decisões exclusivamente automatizadas

Um dos principais requisitos de uma decisão estatal, seja ela judicial ou administrativa, se refere à impessoalidade na sua construção. O agente estatal que examina uma petição que lhe é submetida deve tomar sua decisão de forma desinteressada, não pendendo subjetivamente pela pretensão de nenhuma das partes envolvidas. Tal característica é essencialmente buscada pelos criadores e programadores de sistemas computacionais de inteligência artificial, a fim de que seus próprios preconceitos e valores não produzam enviesamento das decisões tomadas pelos algoritmos que desenham.

Quando muitos dados são organizados em um *dataset* e submetido a um algoritmo que organizará os dados brutos em informações que poderão ser categorizadas, construir-se-á um mo-

delo preditivo. Tal modelo algorítmico será posteriormente calibrado submetendo-o a um *dataset* de treinamento, para que sua acuidade preditiva seja aprimorada.

A aplicação de modelos algoritmos aprimorados possibilitará, por exemplo, o exame de parâmetros financeiros de postulantes a empréstimos bancários, a análise de exames laboratoriais com objetivo de diagnósticos médicos automatizados, ou mesmo a direção autônoma de automóveis.

Agora suponha que durante a programação do algoritmo, ou a calibragem do modelo preditivo, tenha-se atribuído pesos enviesados às informações constantes dos *datasets* utilizados. Por exemplo, se ao se construir o modelo algorítmico que analisa a viabilidade de um pedido de empréstimo bancário, tenha-se atribuído valor negativo a parâmetros, tais como sexo, orientação sexual ou inclinações políticas se terá um modelo que não necessariamente examinará de forma neutra as informações a ele submetidas, mas, antes, repetirá os preconceitos sociais do seu programador. De igual maneira, parâmetros sociais do paciente poderão enviesar o diagnóstico em razão do peso inadequado atribuído a eles durante a fase de treinamento do modelo algorítmico construído para realizar diagnósticos automáticos, ou acidentes na condução de carros autônomos poderão ocorrer, caso o algoritmo de direção não seja adequadamente calibrado para identificar pessoas de pele negra, ou roupas escuras, que poderão ser simplesmente confundidas com a paisagem.

O enviesamento do modelo algorítmico é especialmente indesejável quando se fala na aplicação da inteligência artificial na tomada automatizada de decisões estatais – sejam elas administrativas, sejam elas judiciais. Isso se deve à existência de uma série de princípios normativos que já se explorou neste texto, tais como o princípio da impessoalidade e o princípio do juiz natural, mas não apenas: o Art. 6º, inciso IX da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (BRASIL, 2018) apresenta expressamente o princípio da não discriminação. De forma textual, a LGPD expressa a impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos. Daí a lógica de que a aplicação da inteligência artificial deverá ser orientada no sentido de que o tratamento de dados sensíveis do titular de informações, tais quais origem racial, opiniões políticas, convicções religiosas e outros, como os relativos à saúde, vida sexual ou condenações criminais (OLIVEIRA, 2020), não leve ao enviesamento dos modelos algorítmicos e à discriminação dos titulares dos dados sujeitos a tratamento por tais modelos de IA.

Igualmente, decorre da aplicação de três princípios éticos específicos da IA (princípios da justiça, acurácia e inteligibilidade) a aplicação de medidas que impeçam a aplicação de algoritmos de inteligência artificial que violem o princípio da igualdade de tratamento (MULHOLLAND, 2021), que previne justamente o tratamento enviesado dos titulares de dados coletados. A neutralidade algorítmica na construção de modelos de IA é essencial para que não exista uma desigualdade ou discriminação do titular de dados fundada em atribuição de pesos equivocados durante o treinamento de determinado modelo algoritmo.

Sendo assim, para que se confira a esperada segurança jurídica às decisões tomadas pelos sistemas de inteligência artificial, principalmente quando desprovidas da atuação direta e imediata da inteligência humana de agentes públicos, é fundamental que tais modelos algoritmos estejam livres dos preconceitos sociais de seus próprios programadores. Se não se puder garantir a neutralidade de tais decisões automatizadas, será inevitável o surgimento de infinitas demandas judiciais que inviabilizarão a utilização da IA na tele administração e na justiça digital.

Portanto, será primordial para o próprio desenvolvimento da utilização da inteligência artificial na burocracia estatal que a regulação exercida pelo próprio Estado seja capaz de criar salvaguardas suficientes para que o titular de dados tratados por modelos algoritmos tenha a garantia de que não sofrerá discriminação. Mais que isso: os sistemas de IA deverão ser capazes de demonstrar tal ausência de enviesamento com transparência, como veremos a seguir.

2.2 O direito de explicação como justificativa para a auditabilidade dos Sistemas de Inteligência Artificial

Um dos mais importantes institutos que a modernidade trouxe para a esfera do direito foi a ideia de auditabilidade ou *compliance*. Compliance é a necessidade de se cumprir regras ou exigências legislativas em um determinado ambiente jurídico.

A possibilidade de *compliance* das decisões tomadas automaticamente por sistemas de inteligência artificial é uma exigência inafastável para análise de sua validade, especialmente no tocante à sua legalidade, impessoalidade e moralidade.

Para que o titular dos dados tratados por sistemas algorítmicos de Inteligência Artificial autorize a realização de tarefas com o emprego da IA, devem compreender como estas decisões são formadas, como funciona a *machine learning* daquele sistema, que será a responsável por eventuais danos que lhe atingirem. Devem, portanto, compreender o que lhes é oferecido no que se relaciona a aplicações de algoritmos de inteligência artificial. É esta a base do Princípio da Explicação, que é um princípio exclusivo da inteligência artificial (LIMA, 2021).

A sede do direito à explicação no direito pátrio é o Art. 20 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (BRASIL, 2018), que garante ao titular dos dados eventualmente tratados por sistemas algorítmicos automatizados que afetem seus interesses pessoais ou pessoais, profissionais, consumeristas ou creditícios, o direito de revisão de tal tratamento. Já no direito comparado, o Direito à Explicação se encontra expresso no Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), em seu Art. 22 e Considerando 71, além dos Art. 13 e 14 e Considerando 60-62, e Art. 15 e Considerando 71 (MULHOLLAND, 2021).

O texto nacional garante ao titular de dados o direito de exigir a revisão de decisões tomadas por sistemas algorítmicos automatizados. Já o regulamento da União Europeia confere ao titular de dados a prerrogativa de não se sujeitar a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado de dados que interfira significativamente em seu patrimônio jurídico.

Ao se analisar o texto do parágrafo 1º do Art. 20 da LGPD, se vislumbra o direito à explicação, de forma expressa, a partir da obrigação imposta ao controlador de dados de fornecer, sempre que demandado, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos processos usados pelos modelos algorítmicos nas decisões automatizadas. É razoável se concluir, portanto, que o legislador da proteção de dados pretendeu garantir a compreensão da lógica da tomada automatizada de decisões por sistemas algorítmicos e então a prerrogativa útil de exigir sua revisão (VERONESE, 2020).

A consubstanciação do direito à explicação encontra uma barreira de caráter técnico, já que muitas vezes a análise dos algoritmos de inteligência artificial requer um conhecimento

técnico pouco comum à absoluta maioria dos titulares de dados. Existe também uma barreira de ordem jurídica, visto que o direito à propriedade intelectual dos designers de algorítmicos manterá, ainda que de forma mitigada, uma obscuridade do código-fonte dos modelos de inteligência artificial (VERONESE, 2020).

Portanto, para que haja direito efetivo à explicação é necessária conduta regulatória do Estado, no sentido de que a natural opacidade técnica dos algoritmos seja mitigada por uma atuação do controlador dos dados tratados, a fim de garantir informações úteis e inteligíveis pelo titular dos dados médio. Essa é a base do princípio da inteligibilidade, que, sendo ligado ao princípio da transparência, garante que o consumidor que fará uso das aplicações de inteligência artificial deverá ser capaz de entender com simplicidade seu funcionamento. Outro importante aspecto do direito à explicação é o princípio da *accountability*, que garantirá ao titular dos dados tratados o conhecimento de quem será o responsável por eventuais prejuízos causados por vícios dos algoritmos de IA (LIMA, 2021).

Aqui fica claro que se atinge um ponto nevrálgico do ora estudo: o direito à explicação será uma ferramenta essencial para a verificação da necessária neutralidade dos modelos de inteligência artificial, buscando-se evitar decisões enviesadas tomadas automaticamente por estes sistemas e será fundamental para que o titular dos dados tratados seja capaz de, identificando eventuais prejuízos e violações de seu patrimônio jurídico, exigir a revisão por operadores humanos de tais decisões automatizadas que influenciaram negativamente seus direitos, como se verá no ponto seguinte.

2.3 Da existência do direito de revisão da decisão automatizada por uma autoridade humana

Se a neutralidade da programação dos algoritmos de inteligência artificial previne o enviesamento das decisões tomadas, a possibilidade de análise e posterior revisão destas decisões pela inteligência humana garante aos usuários de tal tecnologia conforto psicológico para utilizá-la. Sendo assim, o direito à explicação é um paradigma essencial para os desenvolvedores dos sistemas de inteligência artificial. Esses deverão construir sistemas capazes de fornecer não só informações que possibilitem a auditabilidade do sistema de IA, mas também que tais informações sejam facilmente interpretadas por usuários sem profundos conhecimentos técnicos sobre as ferramentas algorítmicas das quais se valem.

2.3.1 A revisão humana individualizada na própria decisão como empecilho à consolidação dos princípios da 4ª Revolução Industrial

Não obstante o direito à explicação seja parâmetro essencial no tocante à validade jurídica das decisões automatizadas tomadas por sistemas de IA, deve-se sempre sopesar o papel do direito à revisão individualizada das decisões algorítmicas no atraso do desenvolvimento tecnológicos da inteligência artificial.

O direito à revisão das decisões tomadas automaticamente por modelos de inteligência artificial vem expresso no Art. 20 da LGPD. No direito da Comunidade Europeia, o Regulamento Geral de Proteção de Dados não é tão explícito, mas se infere direito idêntico da interpretação de normas que tanto vedam a submissão do titular de dados a decisões exclusivamente automa-

tizadas quanto lhe garante a prerrogativa de exigir a intervenção humana (CORDEIRO, 2021).

Parece óbvio que o titular dos dados tratados por um modelo automatizado de inteligência artificial possua a prerrogativa de, vislumbrado eventual prejuízo ao seu patrimônio jurídico, requeira a revisão de tal decisão. Contudo, a lógica da utilização de modelos automatizados de tomadas de decisão por inteligência artificial é o ganho de escala, velocidade, produtividade. Sendo assim, caso a revisão humana das decisões tomadas automaticamente por sistemas de inteligência artificial seja uma regra, tal exigência legal se torna um impeditivo para a evolução tecnológica, que será um dos pilares da 4ª Revolução Industrial que se espera para o século XXI.

Imagine-se que as decisões automatizadas feitas por modelos algorítmicos tenham que ser auditadas permanentemente por operadores humanos, ou que os titulares de dados tratados automaticamente por sistemas de IA possuam a prerrogativa de exigir a revisão de cada passo da decisão por uma autoridade humana. Nesta realidade, o ganho de velocidade e produtividade gerado pelo uso intensivo de modelos de IA seria completamente perdido, em razão da necessidade de retrabalho humano para auditar cada uma destas decisões.

Portanto, dever-se-á buscar soluções outras para garantir segurança jurídica ao titular dos dados tratados por sistemas de IA automáticos que não anulem as possibilidades de evolução tecnológica. Poder-se-ia optar pela revisão das decisões também por sistemas automatizados, ou pela *accountability* humana não da decisão individualizada em si, mas da própria lógica do código-fonte do modelo algorítmico suspeito. Essas serão opções que se explorará nas linhas seguintes.

2.3.2 A revisão humana coletiva estabelecida na lógica algorítmica como fator de manutenção da produtividade

Buscando-se garantir tanto o direito à explicação do usuário quanto a manutenção da inovabilidade pelos desenvolvedores de redes neurais algorítmicas, é fundamental que se construa um sistema recursal racionalizado. Fica claro que uma interpretação extremamente rígida das regulamentações estatais impostas ao tratamento de dados pessoais não encontra compasso com as iniciativas exploradas pelos desenvolvedores de IA. Na verdade, o excesso de rigidez de tais normas que lidem com as tecnologias de tomada automatizada de decisões, além de atrasar o desenvolvimento tecnológico potencial, criaria um cenário de insegurança jurídica e caudalosa contenciosidade (GUTIERREZ, 2020).

Uma solução seria conter o escopo recursal limitando-o ao tratamento de dados pessoais de natureza sensível, tais como origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou à organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, nos termos expostos no inciso II do Art. 5º da LGPD (BRASIL, 2018). Poder-se-ia também desenhar um sistema de revisão de decisões automatizadas, baseado na revisão também automática como regra sempre que possível. Reservando a intervenção humana a situações bastante específicas e como última instância recursal (GUTIERREZ, 2020).

Neste tocante, é importante considerar a manutenção do veto presidencial ao disposto no § 3º do Art. 20 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. O instituto vetado garantia que a revisão de que trata o caput do referido artigo deveria ser realizada por pessoa natural,

conforme previsto em regulamentação da autoridade nacional de proteção de dados, levando-se em consideração a natureza e o porte da entidade, ou o volume de operações de tratamento de dados. Justificou-se o veto em razão da manutenção da proposta legislativa, no sentido de que toda e qualquer decisão, baseada unicamente no tratamento automatizado, que fosse suscetível de revisão humana, contrariaria o interesse público. Tal exigência inviabilizaria os modelos atuais de planos de negócios de muitas empresas, especialmente startups, impactaria nos modelos de análise de risco das empresas que oferecem crédito, bem como em novos modelos de negócios de instituições financeiras, gerando efeito negativo na oferta de crédito aos consumidores, no que diz respeito à qualidade das garantias, ao volume de crédito contratado e à composição de preços, com reflexos, ainda, nos índices de inflação e na condução da política monetária. Portanto, o veto presidencial mantido do quando da conversão da medida provisória em lei explícita a necessidade de se equilibrar o direito de revisão das decisões automatizadas por sistema de IA, garantido aos titulares de dados as vantagens econômicas da utilização desta nova tecnologia.

Outra possibilidade seria a construção de um sistema recursal em abstrato. Nesta sistemática de revisão das decisões automatizadas da IA, o indivíduo não terá direito imediato ao reexame humano de seu pleito individual. Antes, deverá demonstrar que existe uma falha na lógica computacional que sustenta a decisão contra a qual se bate. Tal sistemática recursal se fundaria no disposto no parágrafo 2º do Art. 20 da LGPD (BRASIL, 2018). Caso o controlador do tratamento de dados se recusasse a disponibilizar informações claras e úteis sob a justificativa de proteção de segredo comercial e industrial, bem como uma instância recursal dos tratamentos de dados feitos de forma exclusivamente automatizadas, a autoridade nacional poderá realizar auditoria, para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

A auditoria da Autoridade Nacional de Proteção de Dados acerca da eventual falha lógica no algoritmo que tomou a decisão objeto do pleito de reforma não autorizará apenas a revisão do interesse individual do usuário, mas o escrutínio do desenho do próprio algoritmo que levou a decisão supostamente enviesada. Tal modelo recursal teria vantagens visíveis, pois preveniria uma multiplicação de pleitos individuais de revisão muitas vezes repetitivos e possibilitaria a prevenção de novas decisões enviesadas do mesmo modelo algorítmico, já que tal falha de programação seria corrigida no próprio código-fonte de IA.

Sendo assim, se o direito à explicação é um corolário indispensável à evolução da inteligência artificial com respeito aos direitos e garantias individuais dos titulares de dados, a sua consubstanciação no direito à revisão humana das decisões tomadas automaticamente por sistemas algorítmicos deverá ser instrumentalizada com a necessária parcimônia, para que não se aborte o florescimento de toda uma nova indústria baseada na informação e utilização intensiva de inteligência artificial.

3 CONCLUSÃO

O presente texto pretendeu estudar como os algoritmos de inteligência artificial devem ser desenhados para se alcançar tanto a produtividade esperada de tais incrementos tecnológicos quanto garantir a segurança jurídica nas decisões de inteligência artificial exclusivamente automatizadas.

O principal objetivo do presente trabalho foi atingido e teve o propósito de demonstrar a possibilidade jurídica da utilização de sistemas de inteligência artificial para tomada automatizada

de decisões administrativas e judiciais no direito pátrio. Tal resultado foi verificado ao se examinar a normatização encerrada na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que regulamenta a utilização da inteligência artificial para a tomada de decisões algorítmicas exclusivamente automatizada, desde que se garanta ao titular dos dados tratados por essas ferramentas de telemática o direito à compreensão dos mecanismos lógicos utilizados para se alcançar tais resultados e as ferramentas suficientes para requerer a revisão de tais decisões, caso existam prejuízos ao seu patrimônio jurídico. Outro objetivo deste texto também alcançado buscava pesquisar e conhecer os limites do direito à revisão e da necessidade de auditoria humana permanente das decisões automatizadas realizadas por sistemas algorítmicos. Verificou-se tal resultado ao se estudar a legislação pátria e o direito comparado – especialmente da União Europeia – nesta matéria. Finalmente, tinha-se como objetivo investigar o sistema recursal existente ou planejado para revisão das decisões exclusivamente automatizadas realizadas por ferramentas de IA, em especial o papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) na auditoria da lógica de programação dos modelos algoritmos de inteligência artificial. Tal objetivo específico foi realizado por meio do estudo do papel da ANPD no caso de não oferecimento de informações pelos agentes controladores do tratamento de dados, sob a justificativa de acautelar segredo comercial e industrial. Nestes casos, fica franqueado à ANPD realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios encerrados nesse tipo de decisão, devendo, inclusive, promover auditoria nos próprios códigos-fonte dos sistemas de inteligência artificial.

É consenso que a utilização intensiva da inteligência artificial nos processos de produção e tomada de decisão promoverá um ganho de velocidade/produktividade que abrirá a oportunidade para que a economia mundial experimente um incremento produtivo tão acentuado que não é exagero nominar tal momento de desenvolvimento tecnológico como uma quarta Revolução Industrial. Contudo, também tais avanços abrirão espaço para que a iniciativa privada e agências públicas explorem predatoriamente dados e informações dos titulares/consumidores, colocando na berlinda a ideia de privacidade como patrimônio jurídico de exploração econômica exclusiva destes titulares. Essa nova forma de produção, baseada na mineração de dados e informações para exploração econômica de controladores que não são proprietários de tais recursos produtivos, exigirá uma regulação externa com fulcro em garantir a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

O fato é que a utilização intensiva de inteligência artificial demandará a mineração e tratamento massivo de dados (*big data*). Contudo, este novo método produtivo demandará uma espécie totalmente nova de regulação estatal, visando a proteção da privacidade e outros direitos individuais dos titulares dos dados minerados e tratados. Tal regulação estatal deverá se ocupar da proteção das informações obtidas com o tratamento de dados sensíveis dos titulares, mas também da neutralidade e adequação das ferramentas que promoverão tal tratamento.

Em especial, no tocante aos processos judiciais eletrônicos e à tele administração, a lógica dos algoritmos que realizarão tais tratamentos deverá ser facilmente auditável, livre de envolvimento capaz de gerar tratamento discriminatório e razoavelmente revisável.

A hipótese testada neste trabalho, que consiste no estudo da obrigatoriedade da intervenção humana na revisão das decisões exclusivamente automatizadas realizadas por sistemas de inteligência artificial, foi confirmada. Elenca-se no capítulo 2 deste texto dois tipos de ferramen-

tas que utilizam modelos algorítmicos de IA: sistemas algorítmicos que demandarão permanente intervenção humana e sistemas algorítmicos que tomarão decisões exclusivamente automatizadas. Nesta parte do trabalho, também se estuda os requisitos específicos para utilização dos sistemas automatizados de IA no processo judicial eletrônico e na tele administração. Já no capítulo 3, examina-se os requisitos da neutralidade de programação dos modelos algorítmicos empregados no tratamento automatizado de dados, a necessidade de se garantir aos titulares de dados o direito à explicação dos processos de tomada automatizada de decisões por sistemas de IA e a prerrogativa de tais titulares de se insurgirem contra essas decisões, muitas vezes, exigindo a intervenção humana neste processo.

Diante do quadro estudado, conclui-se que o direito de revisão das decisões tomadas de forma exclusivamente automatizada por sistemas de inteligência artificial deve ser garantido aos titulares dos dados tratados, mas também deve guardar um equilíbrio com a necessidade de ganho de produtividade/velocidade que tal tecnologia proporciona. Sendo assim, essa revisão deve ser preferencialmente feita por sistemas igualmente automatizados, reservando-se a intervenção humana para situações específicas em que não se auditará apenas o resultado individualizado do tratamento automatizado de dados, mas a própria neutralidade do código-fonte do modelo algorítmico responsável pela decisão alegadamente enviesada.

Por fim, como uma das contribuições deste trabalho, sugere-se que este sirva de base para futuras análises da necessidade de maiores e melhores regulações estatais da utilização dos sistemas de inteligência artificial na tomada automatizada de decisões, em especial, sugerindo que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados seja transformada em uma agência reguladora, na forma de uma autarquia de regime especial com independência técnica frente ao poder executivo federal e com orçamento e quadro técnico independentes do governo central.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CNJ. **Inteligência artificial aprimora atuação de advogados públicos**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.anpprev.org.br/anp/conteudo/artigo/inteligencia-artificial-aprimora-atuacao-de-advogados-publicos/11488?> Acesso em: 27 mar. 2021.

AGRELA, Lucas. **Inteligência artificial começa a chegar à segurança pública**. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/inteligencia-artificial-comeca-a-chegar-a-seguranca-publica>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BARBOSA, M.M. Nas fronteiras de um admirável mundo novo? O problema da personificação de entes dotados de inteligência artificial. In: BARBOSA, M., et al (Coord.). **Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 97-112.

BRANCO, Leo. Uso de robôs já acelera análise de processos em tribunais e chega ao STF. **O Globo**. Brasil, 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/uso-de-robos-ja-acelera-analise-de-processos-em-tribunais-chega-ao-stf-1-24225944>. Acesso em: 27 de mar. 2021.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados**

Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 8 mai. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 03 abr.2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%204.717%2C%20DE%2029,Art.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20Consideram%2Dse%20patrim%C3%B4nio,%2C%20art%C3%ADstico%2C%20est%C3%A9tico%20ou%20hist%C3%B3rico. Acesso em: 15 maio 2021.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** [S.l: s.n.], 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020.** Brasília, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em: 27 de mar. 2021.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Decisões individuais automatizadas à luz do RPGD e da LGPD. In: BARBOSA, M. et.al. (Coord.) **Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa.** São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 263-270.

CRESPO, M. Inteligência artificial, machine learning e deep learning: relações com o direito penal. In: BARBOSA, M., et al (Coord.). **Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa.** São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 1003-1012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 31. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Teoria geral do processo e processo de conhecimento. v.1. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Discriminação por algoritmos de inteligência artificial: a responsabilidade civil, os vieses e o exemplo das tecnologias baseadas em luminância. In: BARBOSA, M., Hq.(Coord.). **Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa.** São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 969-1000.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. Ato administrativo eletrônico e teleadministração: perspectivas de investigação. **Revista de Direito Administrativo**, v. 237. jul./set. 2004. p. 243-264.

FRAZÃO, Ana; GOETTENAUER, Carlos. Black Box e o direito face à opacidade algorítmica. In: BARBOSA, M., *et al* (Coord.). **Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 27-42.

GUTIERREZ, Andriei. É possível confiar em um sistema de inteligência artificial? Práticas em torno da melhoria da sua confiança, segurança e evidência de accountability. In: Ana Frazão e Caitlin Mulholland. (Coord.) **Inteligência artificial e direito**. 2. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 81-109.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. RUIZ, Evandro Eduardo Seron. Inteligência artificial e personalidade jurídica: aspectos controvertidos. In: BARBOSA, M., *et.al.*(Coord.). **Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 113-128.

MELLO, Alexandre Schmitt da Silva; DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Breves reflexões sobre livre-arbítrio, autonomia e responsabilidade humana e de inteligência artificial. In: BARBOSA, M., *et.al.* (Coord.). **Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 143-153.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

MULHOLLAND, C. Responsabilidade civil e processos decisórios autônomos em sistemas de inteligência artificial (IA): autonomia, imputabilidade e responsabilidade. In: FRAZÃO, A.; MULHOLLAND, C. (Org.). **Inteligência artificial e Direito**. 2. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 327-350.

MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella Z. Entre as leis da robótica e a ética: regulação para o adequado desenvolvimento da inteligência artificial. In: BARBOSA, M., *et al* (Coord.), **Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 65-80.

MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella Z. Inteligência Artificial e a lei geral de proteção de dados pessoais: breves anotações sobre o direito à explicação perante a tomada de decisões por meio de *machine learning*. In: Ana Frazão e Caitlin Mulholland. (Coord.) **Inteligência artificial e direito**. 2. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 267-292.

OLIVEIRA, Fábio Hilário Martinez de. **A Inteligência Artificial como ferramenta de implementação do ato administrativo eletrônico automático e da teleadministração na Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul**. Disponível em: <http://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2017/09/A-Intelig%C3%Aancia-Artificial-como-ferramenta-de-implementa%C3%A7%C3%A3o-do-ato-administrativo-eletr%C3%B4nico-autom%C3%A1tico-e-da-tele-administra%C3%A7%C3%A3o-na-Procuradoria.pdf>.



OLIVEIRA, Marcos Aurélio Bellizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. In: Ana Frazão, Gustavo Tepedino, Milena Donato Olivia. **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. Ana Frazão, *et.al.* coord. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 53-82.

PIRES, Fernanda Ivo. Poder Judiciário, inteligência artificial e efeitos vinculantes. In: BARBOSA, M., *ET.AL.*(Coord.). **Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 477-508.

ROQUE, André Vasconcelos; SANTOS, Lucas Braz Rodrigues dos. Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro. Ano 15. v. 22. n. 1. jan./abr. 2021.

SANTANA, José Vinícius Silva de; OLIVEIRA, Péricles Carvalho. **Inteligência Artificial (IA) e o Princípio do Juiz Natural**: um debate sobre possíveis limites para uso da IA em decisões judiciais. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/cadernos/internet-e-informatica/inteligencia-artificial-ia-e-o-principio-do-juiz-natural-um-debate-sobre-possiveis-limites-para-uso-da-ia-em-decisoes-judiciais/#:~:text=0-,Intelig%C3%A2ncia%20Artificial%20\(IA\)%20e%20o%20Princ%C3%ADpio%20do%20Juiz%20Natural%3A,da%20IA%20em%20decis%C3%B5es%20judiciais&text=Cumprindo%20objetivos%20estruturais%2C%20descrevem%2Dse,a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20de%201988](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/internet-e-informatica/inteligencia-artificial-ia-e-o-principio-do-juiz-natural-um-debate-sobre-possiveis-limites-para-uso-da-ia-em-decisoes-judiciais/#:~:text=0-,Intelig%C3%A2ncia%20Artificial%20(IA)%20e%20o%20Princ%C3%ADpio%20do%20Juiz%20Natural%3A,da%20IA%20em%20decis%C3%B5es%20judiciais&text=Cumprindo%20objetivos%20estruturais%2C%20descrevem%2Dse,a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20de%201988). Acesso em: 30 abr. 2021.

SCHIEFLER, Eduardo; PEIXOTO, Fabiano Hartmann; DEZAN, Matheus Lopes. A decisão administrava robótica e o dever de motivação. **Jota**. 2020. p. 1-6. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/a-decisao-administrativa-robotica-e-o-dever-de-motivacao-01092020#:~:text=Seja%20uma%20decis%C3%A3o%20administrativa%20manualmente,prescri%C3%A7%C3%B5es%20do%20ordenamento%20jur%C3%ADdico%20brasileiro>. Acesso em: 28 abr. 2021.

SILVA, Nilton C da. Inteligência Artificial. In: FRAZÃO, A.; MULHOLLAND, C. (Org.). **Inteligência artificial e Direito**. 2. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 33-50.

STEIBEL, Fábio; *et.al.* Possibilidades e potenciais da utilização da inteligência artificial. In: FRAZÃO, A.; MULHOLLAND, C. (Org.). **Inteligência artificial e Direito**. 2. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 51-62.

TEODORO JR, H. **Negócio jurídico – Inexistência, invalidade e ineficácia – Diversidade de consequências jurídicas**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/12/23/negocio-juridico-inexistencia-invalidade>. Acesso em: 03 abr. 2021.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Reconhecimento facial e lesões aos direitos da personalidade. In: BARBOSA, M., *et al* (Coord.). **Direito digital e inteligência artificial: Diálogos entre Brasil e Europa**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p.129-142.

UNIÃO EUROPEIA. **REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 27 de abril de 2016.** Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:02016R0679-20160504&from=EN#tocId17>. Acesso em: 17 abr. 2021.

VERONESE, Alexandre. Os direitos de explicação e de oposição diante das decisões totalmente automatizadas: comparando o RGPD da União Europeia com a LGPD brasileira. In: **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. Ana Frazão, *et.al.* coord. 2. ed. São Paulo: Thomson Reunters Brasil, 2020. p. 381-410.





Data do recebimento: 18/07/2021

Data do aceite: 30/08/2021

.....

DO CONFLITO AO CONSENSO: REFLEXÕES SOBRE A MEDIAÇÃO ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

.....

FROM CONFLICT TO CONSENSUS: REFLECTION ABOUT
MEDIATION INVOLVING PUBLIC ADMINISTRATION

Flávio Matioli Veríssimo Silva¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Consensualismo na Administração Pública; 2. Meios Alternativos de Solução de Disputas Envolvendo a Administração Pública; 3. A Incorporação da Mediação em Conflitos no Âmbito da Administração Pública; 4. Considerações Finais; Referências.

1 - Mestre em Direito pela FDSM. Especialista em Direito da Tecnologia e Informação pela UCAM. Instrutor credenciado da Escola da AGU. Procurador Federal – AGU. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5908935516925852>.

RESUMO: O presente trabalho analisa as possibilidades e desafios para incorporação da Mediação no âmbito da Administração Pública. Para isso, desenvolvem-se ideias sobre o consensualismo na Administração Pública e meios alternativos de solução de conflitos. A Advocacia Pública é apresentada como importante agente nesse processo. Toma-se como referência a Teoria da ação comunicativa, de Jürgen Habermas, para, ao final, concluir que a adoção da Mediação pelos Entes estatais pode se converter em importante meio de regulação social, pela reconstrução de relações com os particulares, atuação inclusiva e participativa e restauração da confiança junto à comunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Administração Pública. Consensualismo. Advocacia Pública. Ação Comunicativa.

ABSTRACT: This paper analyzes the possibilities and challenges for the incorporation of Mediation in the scope of Public Administration. For this, ideas are developed about consensualism in Public Administration and the alternative dispute resolution. Public Advocacy is presented as an important agent in this process. The reference is Jürgen Habermas's Theory of Communicative Action, in order to conclude that the adoption of Mediation by the State Bodies can be converted in an important instrument of social regulation, through the reconstruction of relations with individuals, inclusive and participative action, and restoration of trust in the community.

KEYWORDS: Mediation. Public Administration. Consensualism. Public Advocacy. Communicative Action.



INTRODUÇÃO

O crescimento das demandas judiciais, e a ampliação da judicialização de conflitos em geral (sejam políticos, sejam sociais) são fenômenos, já há algum tempo, estudados no Brasil. Ao passo que o desenvolvimento dos meios de acesso ao judiciário e a conscientização dos direitos por parte da sociedade são apontados como possíveis causas, a hipertrofia do Poder Judiciário e o ativismo judicial são algumas das consequências perceptíveis.

A Administração Pública, por sua vez, acaba adquirindo um papel de protagonista nesse movimento, pois o Poder Público é, inegavelmente, um dos maiores litigantes na justiça brasileira (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011). O mesmo Estado que mantém o poder judiciário, é também um dos maiores usuários. Deve-se ressaltar, contudo, que a redução de demandas judiciais é um desafio que a Administração Pública ainda busca alcançar, embora já existam medidas experimentadas com esta finalidade.

Nesse sentido, merece destaque o estudo de meios alternativos de resolução de disputas como opção para que os sujeitos possam dirimir seus conflitos sem, necessariamente, movimentar a máquina judiciária. São inúmeros os diplomas legais que contemplam, em algum momento da história brasileira, o estabelecimento de mecanismos que permitissem a resolução de um conflito sem a necessidade de uma decisão judicial. Todavia, é fato que os meios alternativos de soluções de controvérsias vêm ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da Mediação, que passou a ter regulamentação própria com a Lei 13.140/2015 e com o Código de Processo Civil de 2015.

O legislador, desde então, vem dedicando alguns artigos de leis para estimular a Mediação envolvendo Entes públicos e reforçar o consenso no âmbito estatal. A questão, contudo, passa por entender como a Administração Pública, litigante contumaz do judiciário brasileiro, pode se tornar também praticante da Mediação de conflitos.

A problemática do presente trabalho, então, está na análise dos desafios e possibilidades na Mediação envolvendo a Administração Pública. Especificamente, serão desenvolvidas ideias sobre a faceta consensual da Administração Pública e comparações com outros meios de resolução consensual de litígios, merecendo destaque a atuação da Advocacia Pública como condutora da Mediação envolvendo Entes públicos.

O trabalho analisa a questão com base em uma pesquisa bibliográfica e pela teoria da Ação Comunicativa de viés emancipatório, democrático e procedimentalista (SIMIONI, 2010, p. 26). Jürgen Habermas trabalha com uma racionalidade comunicativa, sujeita a pretensões de validade universais, quais sejam, verdade, retidão normativa e sinceridade². Essa racionalidade se manifesta, no âmbito da linguagem, por meio de uma ação comunicativa, voltada para o entendimento entre os participantes³.

2 - "Podemos dar por sentado, por lo pronto, que el concepto de acción comunicativa ha de analizarse siguiendo el hilo conductor del entendimiento lingüístico. El concepto de entendimiento (Verständigung) remite a un acuerdo racionalmente motivado alcanzado entre los participantes, que se mide por pretensiones de validez susceptibles de crítica. Las pretensiones de validez (verdad preposicional, rectitud normativa y veracidad expresiva) caracterizan diversas categorías de un saber que se encarna en manifestaciones o emisiones simbólicas". (HABERMAS, 1988, p. 110)

3 - "Con el concepto de acción comunicativa empieza a operar un supuesto más: el de un medio lingüístico en que se reflejan como tales las relaciones del actor con el mundo". (Ibid., p. 136)



Ademais, essa racionalidade tem, na ação comunicativa, um importante instrumento de reconstrução das relações sociais, que, pela Mediação, pode se apresentar como uma interessante forma de atuação do Poder Público com outros atores da sociedade.

1. O CONSENSUALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A atuação do Estado é marcada pelo poder de império, unilateralidade e coerção. Tais características, por consequência, acabam por transparecer nas mais diversas atividades desenvolvidas pela Administração Pública. Tais dogmas podem ser parcialmente mitigados, tanto pela influência de normas constitucionais, tanto pela positivação de instrumentos que garantam uma participação mínima dos administrados, a exemplo da regulamentação do processo administrativo federal, pela lei 9.784/99.

Contudo, a atuação da Administração sob a perspectiva consensual não está propriamente sistematizada em um código, uma lei ou regulamento específico. É por meio de previsões legislativas difusas, regulamentos esparsos, ou mesmo na atuação concreta de Entes estatais que exsurge a Administração Consensual, pautada em uma atuação dialógica ou concertada (NETO, 2003).

Dentre as premissas para essa abertura consensual da Administração Pública, pode-se destacar a eficiência, a participação dos administrados, fortalecimento da governança pública (PALMA, 2015, p. 119) e compatibilidade com o arcabouço constitucional e legal. A eficiência, alçada à categoria de princípio da Administração Pública⁴, deve sempre nortear a atuação da Administração pública, sem se descuidar da eficácia e do interesse público. A consensualidade, então, pode se apresentar como uma alternativa eficiente quando a atuação concertada permitir a realização do interesse público, e seus resultados práticos se mostrarem eficazes⁵.

A participação do cidadão tem, igualmente, grande importância na legitimação da atuação administrativa, relacionando-se diretamente aos princípios e valores democráticos. É por meio da participação do administrado que fica mais evidente o caráter dialógico que a administração pode assumir, confirmando sua atuação em face da diversidade que emana dos meios sociais (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009).

A governança pública também se fortalece com a administração consensual. Isso ocorre porque a própria concepção de governança se assenta mais em uma relação cooperativa e pluralista dos atores sociais e econômicos, do que propriamente em uma relação unilateral e impositiva⁶. O poder público passa, então, de uma postura adversarial para uma postura de colaborador, junto aos agentes privados na consecução das finalidades públicas (PALMA, 2015, p. 143-145).

4 - Art. 37, Constituição Federal de 1988: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...).

5 - Segundo Neto (2003, p. 141), “também observável e de modo muito especial, nesse processo de definição jurídica do interesse público sobressai a introdução do *resultado da ação administrativa* como parte essencial do conceito de finalidade pública e, nele, a evolução da *eficácia à eficiência* e, desta, à *efetividade*”.

6 - Pode-se entender que “a governança constitui um modelo de exercício do poder de aplicação geral, transponível a todos os níveis e em todas as esferas de organização social. Correlativamente, a lógica da governança tende a penetrar o conjunto do direito, tanto privado como público: a ideia de que convém associar os diferentes atores à elaboração da norma e preferir o consenso à coerção é atualmente comumente admitida. Em todos os níveis, os produtores de direito são convidados a se conformar aos preceitos da governança. Isso não significa, no entanto, que se esteja em presença de uma configuração jurídica radicalmente nova. De um lado, esses preceitos já estavam mais ou menos presentes no direito clássico, como o demonstra a existência dos procedimentos consultivo e contratual”. (CHEVALLIER, 2015, p. 141-142).

A submissão da Administração Pública aos preceitos legais e constitucionais, por outro lado, não deve ser desconsiderada. Dessa forma, a existência de previsões legais, que contemplem hipóteses de atuação concertada dos Entes públicos, assume grande relevância na construção do cenário de atuação consensual da Administração Pública. A legalidade abre caminho para uma institucionalização de procedimentos e espaços próprios para atuação dialógica dos Entes estatais.

Destarte, tal qual a atuação em conformidade com o Direito, também o componente democrático é fundamental em Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual a participação dos atores sociais funciona como um importante elemento legitimador das regulações jurídicas que envolvam o Poder Público⁷.

Dentre as mais conhecidas possibilidades de atuação consensual da Administração pública, pode-se destacar os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), celebrados pelos Entes estatais envolvendo interesses coletivos (Art. 5º, § 6 Lei 7.347/85), Termos de Compromisso de Cessação (TCC), celebrados no âmbito do CADE (Art. 85, Lei 12.529/11), Termo de Compromisso da CVM (Art. 11, Lei 9.457/97), Acordo de Leniência (Art. 16, Lei 12.846/2013) e a previsão para celebrar acordos e transações no âmbito do Juizado Especial Federal (Art. 10, p.u., Lei 10.259/01).

No âmbito do consensualismo, a Administração assume tarefa de mediar e compor conflitos envolvendo interesses estatais e privados, harmonizando e aproximando Entes públicos e a sociedade (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009). Essa atuação consensual pode se dar na fase decisória, executória e judicativa⁸, podendo ser reconhecida, neste último caso, como uma técnica de superação de conflitos, dentre as quais pode se incluir os meios alternativos de resolução de conflitos envolvendo os Entes públicos.

Importa mencionar a relevância da Advocacia Pública para a atuação consensual dos Entes estatais. A Advocacia Pública, como Função Essencial à Justiça, prevista na Constituição, corresponde à Advocacia Geral da União, Procuradorias do Estado, Distrito Federal, Municípios e respectivos membros advogados públicos. Essa função atua em um espectro, com atribuições amplas, diversas das do Ministério Público e Defensorias Públicas. Da mesma forma que o Estado, a Advocacia Pública acaba por se nortear em suas atuações, pelo interesse público, valores e princípios da Constituição Federal brasileira, de forma que o regime jurídico de Direito Público marca, igualmente, as atribuições dos Advogados Públicos.

Como se verá adiante, foi no âmbito da Administração Federal que a Advocacia Geral da União desenvolveu, dentre seus eixos de atuação, importantes e simbólicas práticas que pres-

7 - O ordenamento jurídico também possui importante papel de integração social: “A positividade do direito não pode fundar-se somente na contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de integração social. O direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade. Nessa ligação reflete-se o entrelaçamento estrutural entre aceitação, que fundamenta os fatos, e a aceitabilidade exigida por pretensões de validade, que já estava introduzida no agir comunicativo e na ordem social mais ou menos natural, na forma de tensão entre facticidade e validade” (HABERMAS, 1997, p. 60).

8 - “Para adotar uma classificação simples para essas inúmeras modalidades de *administração concertada* pode-se usar o critério das finalidades administrativas imediatas: a promoção do interesse público, a realização do interesse público ou a recuperação do interesse público. A cada uma dessas finalidades correspondem funções administrativas legalmente postas, bem como modalidades de administração consensual distintas. (...) São, em suma: a *função decisória administrativa* abstrata ou concreta, como manifestação de vontade primária da Administração Pública; a *função executiva administrativa*, como transformação do ato em fato e a *função judicativa administrativa*, como técnica de superação de conflitos”. (NETO, op. cit., p. 147)

tigiam o consenso e o acordo bilateral como solução alternativa para resolução de litígios envolvendo o Estado, sejam eles judiciais ou extrajudiciais.

2. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A resolução alternativa de conflitos pode ser considerada uma política pública específica do Estado brasileiro¹¹, voltada para tentar solucionar gargalos e ampliar o acesso à justiça no país. A ideia não é nova, visto que foi observado um movimento semelhante em várias partes do mundo.

Nesse movimento, existem diversas nomenclaturas adotadas: No Brasil, pode-se mencionar MASC (Meios Alternativos de Resolução de Conflitos), MESC (Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos), RAD (Resolução Apropriada de Disputas); Nos EUA e na Inglaterra, tem-se a expressão ADR (*Alternative Dispute Resolution*); em países da América Latina, fala-se em RAD (*Resoluciones Alternativas de Disputas*); e na França, existem os MARC (*Modes Alternatifs de Règlement des Conflits*). (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN (coord.), 2016).

Em contraste com a jurisdição, monopólio do Estado, que tem como uma de suas características a coercibilidade, os meios alternativos prestam maior deferência ao consenso entre os conflitantes. As inovações legislativas da última década - caso do Código de Processo Civil (Lei 13105/15), Lei da Mediação (Lei 13.140/15) e Reforma da Lei da Arbitragem (Lei 9.037/96, alterada pela Lei 13.129/15), Lei 13867/19 (alterou a Lei de Desapropriações) - demonstram que a Arbitragem, a Mediação e a Conciliação são uma realidade factível, acessível não somente aos Particulares, mas também à Administração Pública em geral. Recentemente, a Lei 14.133/21 além de permitir a adoção da Arbitragem, Conciliação e Mediação em contratos administrativos, passou a admitir o Comitê de Resolução de Disputas como meio alternativo de prevenção e resolução de controvérsias¹⁰.

A Conciliação, a Arbitragem e a Mediação já despontavam, assim, como os principais meios alternativos de solução de conflitos. Nessas situações, percebe-se o incentivo legal para que a Administração venha a submeter suas disputas a vias que melhor se adequem ao conflito a ser dirimido. Algumas distinções valem ser mencionadas em relação a estas alternativas à jurisdição Estatal.

Na Arbitragem, os sujeitos em conflito concordam em submeter a questão a um terceiro, que irá efetivamente decidir sobre o caso, de forma que há uma heterocomposição do dissídio.

9 - No âmbito da regulação administrativa, a legislação das agências reguladoras já admitia a adoção de técnicas diretas de solução extrajudicial de dissensos, a exemplo do art. 20 da lei 9.478/97. Já para as questões judicializadas, por exemplo, tem-se o II Pacto republicano de estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, firmado entre os Poderes, que se propõe, dentre outros, a fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização, assim como ampliar a edição de súmulas administrativas e a constituição de Câmaras de Conciliação.

10 - Sobre os Comitês de Disputas ou *Dispute boards*: "A principal diferença entre a arbitragem e os disputes boards está no fato de que, no primeiro caso, a disputa será submetida ao árbitro, que não integra ou acompanha a execução do contrato, e no segundo caso, a controvérsia será dirimida pelo Colegiado de experts, que integra a relação contratual e acompanha a sua execução, com melhores condições, em tese, de prevenir e solucionar problemas, em virtude da redução da assimetria de informações e da celeridade da decisão" (OLIVEIRA, 2017, p. 26).

Esse terceiro, vale dizer, não atua em nome do poder judiciário. Neste caso, a relação entre os participantes é de adversários, porém a adesão é facultativa.

Se chegou a existir divergência sobre a possibilidade de Entes públicos se submeterem a um procedimento arbitral contra um particular, a Lei 13.129/15 tratou de dissipar a questão, permitindo expressamente a arbitragem envolvendo a Administração Pública, desde que a Arbitragem seja de direito e respeite o princípio da publicidade¹¹.

Outro requisito legal para realização da Arbitragem, nos processos em que seja litigante a Administração Pública, é ter como objeto da disputa questão envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. A distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis carece de um critério definitivo, contudo é usualmente associada à indisponibilidade do interesse público por parte do Poder Público. Para fins práticos - sem querer se aprofundar neste ponto específico -, pode-se mencionar como passíveis de submissão à Arbitragem os direitos passíveis de contratação pela Administração Pública, ou que envolvam uma expressão de valor pecuniário¹².

A Conciliação desenvolve-se pela participação de um terceiro conciliador, que auxilia as partes, apresentando e sugerindo propostas, sem forçar ou intimidar as partes. Em geral, a Conciliação é tratada pela legislação como fase do processo judicial, onde prevalece a vontade negociada como fundamento para o encerramento de um conflito.

Há semelhança entre a Conciliação e a Mediação, na medida em que se trata de métodos de autocomposição de conflitos. No caso da Mediação, o terceiro atua como facilitador do diálogo, conferindo às partes um protagonismo que permita a elas alcançar um consenso ou mesmo reestabelecer uma relação (ou vínculo) deteriorada em virtude de alguma desavença.

A título de exemplificação, no âmbito federal, a possibilidade de conciliação, por parte da Administração Pública, é assente no ordenamento há alguns anos, obtendo-se resultados importantes para o Estado brasileiro. A atuação conciliatória em processos judiciais se dá por meio da Advocacia Pública Federal, nos mais diversos processos e instâncias do judiciário¹³. Assim, a

11 - Lei 9.037/96 (alterada pela Lei 13.129/15): Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

12 - Vale registrar a posição doutrinária, segundo o qual “o princípio da indisponibilidade do interesse público não estabelece propriamente um dever ou proibição.(...) Sua função não é a de prescrever condutas, mas sim apontar um traço característico daquele conjunto de normas, contribuindo para sua compreensão e posterior interpretação.(...) Não foi esse o sentido que a legislação empregou, ao estabelecer que a arbitragem só se destina a ‘dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis’. Com essa demarcação, a Lei de Arbitragem afastou de seu âmbito de aplicação apenas os temas que não admitissem *contratação* pelas partes. Numa palavra, a lei limitou a aplicação do procedimento arbitral às questões referentes a *direito (ou interesse) passível de contratação*. Para evitar confusão terminológica - que propicie um falso embate em face do princípio da indisponibilidade do interesse público -, passaremos a designar este requisito como a existência de um direito *negociável*” (SUNDFELD; CÂMARA, 2008, p. 120).

13 - Lei 9469/97: Art. 1º. O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais

Advocacia Geral da União pode tanto transacionar, quando representando a União Federal (e respectivas Autarquias e Fundações), como pode também atuar como terceiro, arbitrando ou mesmo mediando soluções para casos específicos¹⁴.

3. A INCORPORAÇÃO DA MEDIAÇÃO EM CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A) Contextualizando a Mediação na Administração Pública

Como já referido anteriormente, o arcabouço jurídico da Mediação vem sendo moldado, ao longo da última década, em leis e regulamentos¹⁵, na esteira da disseminação dos outros meios de resolução consensual de conflitos, como a Conciliação e a Arbitragem.

Na mediação, diversamente do que ocorre na Conciliação, há interessados, e não adversários, demonstrando que a lógica prevalente é a da cooperação. Por consequência, um dos objetivos da Mediação é uma solução que evite que um dos interessados saia perdendo. Permite-se, por consequência, a recomposição ou a reconstrução de uma relação que possivelmente existia e continuará existindo ao término do procedimento, diversamente do que ocorre com a Conciliação, na qual, em geral, o acordo recai sobre a reparação de alguma situação jurídica pontual. Disso também decorre a importância do protagonismo dos interessados na Mediação, ou seja, o consenso deve ser satisfatório para todos.

A inserção da Administração Pública na sistemática da Mediação, seja participante da Mediação com particulares, ou como frente a outros Entes Públicos, passa pela atuação da Advocacia Pública¹⁶, desenvolvendo e mantendo Câmaras próprias de resolução administrativa de conflitos, com a finalidade de desenvolver soluções eficientes e adequadas para uma disputa¹⁷.

Como o foco é a busca pelo consenso, o direito em questão, ainda que indisponível, deve ser transacionável, na medida em que a Lei 13.140/15 veda a realização da Mediação para direi-

14 - A partir da estrutura da Advocacia Geral da União, foi criada a Comissão de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal (CCAF), regulamentada originalmente pelo Decreto 7.392/2010, e transformada em Câmara de Mediação e de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal pelo Decreto 10.608/21. A referida Câmara tem como principal função dirimir disputas entre os Entes da Administração Pública Federal, ou mesmo conflitos envolvendo Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas, Entes Públicos Estaduais, do Distrito Federal e Municipais. No âmbito da CCAF, após a admissão do caso, é tentado, no primeiro momento, uma solução conciliatória entre os participantes. Em havendo o fracasso da tentativa de alcançar o consenso, a resolução da questão pode ser decidida no âmbito da própria AGU. Ao final, pode-se gerar um tanto um Termo de conciliação (homologado pelo Advogado Geral da União) quanto um Termo de Ajustamento de Conduta (que se converte em título executivo extrajudicial, por força do art. 784, IV, do CPC), ou mesmo um arquivamento do caso sem conciliação.

15 - Vale lembrar a importância da Resolução 125/2010, uma das pioneiras regulamentações do tema pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Mais recentemente o CNJ, na Resolução Nº 358 de 02/12/2020, tratou da utilização de meios eletrônicos que permitam a mediação à distância.

16 - Lei 13.140/15, Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

17 - Ressalta-se que as Câmaras podem ser criadas também a nível Estadual ou Municipal, na medida das atribuições de cada ente federativo. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, pode-se citar a CRLS (Câmaras de Resolução de Litígios em Saúde) e a CASC (Câmara Administrativa para Solução de Conflitos), que desenvolvem trabalhos que buscam uma composição extrajudicial de demandas entre o Particular e o estado-membro e respectivos órgãos.

tos indisponíveis que não admitam transação¹⁸. Há uma especificidade, então, em relação à Lei de Arbitragem, que se pauta na patrimonialidade e na indisponibilidade ou não do direito.

B) Desafios para a Implementação

Não se deve desconsiderar que a implementação da Mediação, como meio de solução de controvérsias da Administração Pública, ou mesmo entre particulares, enfrentará alguns desafios, sejam práticos ou teóricos. Uma delas é o estímulo à adoção de uma postura cooperativa, superando a concepção adversarial prevalente nos processos judiciais. O litígio, quando submetido a juízo, acaba se submetendo à lógica do contraditório¹⁹, afastando, muitas vezes, o próprio diálogo das partes. Isso se reflete também nos processos administrativos, onde o contraditório concorre com o poder de império da administração.

Na Mediação, deve prevalecer a perspectiva colaborativa, de forma que outro deve ser visto não como adversário, mas sim como elemento que integra a construção da solução do conflito. Referindo-se à Administração Pública, não se deve perder de vista que a Mediação pode permitir uma solução inclusiva do outro participante.

A Mediação, em sua proposta reconciliatória (que permite a transferência do centro de decisões para os próprios interessados) pode levar a uma superação dos obstáculos experimentados pela Conciliação no Brasil. Isso porque a Conciliação, absorvida pelos tribunais, tornando-se parte da burocracia processual, acabou, por vezes, descreditada pelos operadores do direito e cidadãos, que preferem, na maioria das vezes, transferir para o juiz a palavra final sobre a desavença (MELLO; LUPETTI BAPTISTA, p. 113).

Nesse sentido, a promoção de uma cultura na qual o diálogo, a intercompreensão, a empatia e a emancipação sejam a tônica das relações, implica no abandono da ideia de que a Mediação deve estar sob a tutela exclusiva do judiciário (ORSINI; SILVA, 2016, p. 352). Por outro lado, o reconhecimento e a inclusão dos participantes na construção da solução de um conflito devem ser uma alternativa oferecida pela Administração Pública, na medida de seus compromissos assumidos na Constituição Federal.

O Aprimoramento da comunicação entre os participantes também é importante na Mediação (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 50). Na própria comunicação, pode residir o âmago da disputa. Assim, a Mediação deve ser vista com base em uma lógica de racionalidade comunicativa, que se utiliza da linguagem como principal instrumento viabilizador do entendimento, integrando e refletindo o ponto de vista dos interessados²⁰.

18 - Lei 13.140/15: Art. 3º. Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

19 - "A lógica do contraditório é um método de constituição do saber jurídico e de socialização dos operadores do campo do direito que não se confunde com o princípio do contraditório, embora nele encontre eco e inspiração. A diferença básica entre a lógica e o princípio, nesse caso, reside no fato de que o contraditório no processo, como princípio, é empírico, enquanto a lógica do contraditório é mais ampla e contamina todas as demais manifestações do direito destituídas de empiria, seja na doutrina, seja na chamada teoria. A eficácia dessa lógica na filosofia do direito fica, assim, neutralizada, sem demonstrações ou experimentações que lhe sirvam de suporte para explicações, compreensões ou aplicações. A lógica do contraditório, portanto, se estrutura no pensamento e informa a prática dos operadores" (MELLO; LUPETTI BAPTISTA, 2011, p. 114).

20 - É nesse sentido que Jürgen Habermas (1988, p. 136) concebe o modelo de ação comunicativa, baseado na linguagem como médium de entendimento não abreviado, onde os agentes fazem referência a algo no mundo objetivo, social e subjetivo, com a finalidade de negociar definições compartilhadas para as diversas situações.



Dessa forma, a difusão da postura colaborativa, reconhecimento e abertura dialógica, e o incremento de uma prática comunicativa são desafios à incorporação da Mediação na resolução de conflitos - não só na prática forense brasileira, mas também no âmbito das relações em que for parte a Administração Pública. Nesse ponto, vale destaque para os modelos e perspectivas da qual se podem valer os interessados em uma Mediação, em especial se referindo a Entes estatais.

C) Perspectivas e Modelos de Aplicação

A Mediação também se vale de alguns modelos de aplicação, que podem ser utilizados na busca pela solução que melhor atenda o interesse dos participantes. Tudo isso passa pela consideração de algumas variáveis, que dependem de uma avaliação mais profunda e contextual da desavença posta em análise.

A dimensão social, as regionalidades e o contexto cultural do local devem ser considerados pelo mediador na mesma proporção em que se compreende a relação interpessoal posta em disputa. Da mesma forma, o ordenamento jurídico deve nortear a atuação do mediador na busca por uma solução consentânea, com normas e valores reconhecidos pelo Estado e a sociedade.

É nesse contexto que se pode falar em mundo da vida compartilhado, em que, segundo Habermas (1988), ocorrem os desentendimentos e entendimentos sobre algo que está no mundo objetivo, no mundo social ou em um mundo subjetivo e particular. Trata-se de um contexto em que os entendimentos dependem de uma compreensão cultural prévia. Na medida em que os delimitamentos de uma relação são negociados pelos próprios envolvidos, tem-se um novo fragmento temático correspondente do mundo da vida²¹.

Dentre os modelos de Mediação, podemos destacar o Modelo Linear de Harvard e o Modelo Transformativo²². Tais modelos não se excluem, podendo tanto ser aplicados isoladamente, quanto conjuntamente, a depender do conflito posto em questão pelas partes, com base na linguagem e na metodologia que serão utilizadas pelo mediador.

O modelo Linear da escola de Harvard trabalha a Mediação como um processo de negociação assistida por um terceiro neutro. Essa neutralidade se expressa pelo não envolvimento emocional, ausência de favoritismos, sem preconceitos ou juízos de valor (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN (coord.), 2016, p. 192-193). Nesse método, há a separação entre pessoas e problemas²³, foco na análise dos interesses dos participantes (em detrimento das posições das partes)²⁴, trabalho

21 - "Todo proceso de entendimiento tiene lugar sobre el trasfondo de una precomprensión imbuida culturalmente. El saber de fondo permanece aporoblemático en su conjunto. Sólo la parte de ese acervo de saber, que los participantes en la interacción utilizan y tematizan en cada caso para sus interpretaciones, queda puesta a prueba. En la medida en que las definiciones de la situación son negociadas por los implicados mismos, con el tratamiento de cada nueva definición de una situación queda también a disposición el correspondiente fragmento temático del mundo de la vida" (HABERMAS, 1988, p. 145).

22 - Existem ainda outros modelos, a exemplo do modelo de Mediação Circular-Narrativo, utilizada em relações familiares. (CARDOZO. In: NETTO (org.), 2014, p.147-167).

23 - "Uma consequência fundamental do 'problema das pessoas' na negociação é que o relacionamento entre as partes tende a confundir-se com suas discussões da substância" (FISHER; URY; PATTON, 2005, p.38)

24 - "Por trás das posições opostas há interesses comuns e compatíveis, assim como interesses conflitantes" (Ibid., p.59)

conjunto para se chegar a um acordo que satisfaça as partes²⁵ e a adoção de critérios objetivos na definição da composição²⁶.

Já o modelo Transformativo de Mediação se concentra nas pessoas em conflito, na tentativa de transformar o relacionamento entre elas. Nesse caso, o acordo não é objetivo primordial da Mediação, mas sim o fortalecimento - e o empoderamento - dos participantes, para que consigam transformar o conflito em uma oportunidade de (re)construir a relação deteriorada²⁷.

Se no modelo Linear, o foco está na elaboração de um acordo, a partir dos interesses dos participantes, no modelo Transformativo, ele se baseia nas pessoas, na valorização e reconhecimento do outro, de forma que o acordo é apenas um dos resultados possíveis. Assim, por meio da comunicação entre os envolvidos, busca-se uma mudança na percepção de um conflito, de forma que uma interação negativa e destrutiva pode se converter em uma interação positiva e construtiva²⁸.

Vale mencionar, também, a concepção de Justiça Restaurativa, importada do direito norte-americano para nosso direito penal como alternativa punitiva do Estado. Pode-se dizer que, na Justiça Restaurativa, há um processo no qual todas as partes (inclusive a comunidade) afetadas pela situação de conflito ou violência, voluntariamente se encontram (de forma ordenada e em espaços seguros e acolhedores) para, por meio de um facilitador (capacitado em técnicas de Mediação, diálogo, dentre outras), construir plano de ação para reparar o dano, e, eventualmente restaurar a relação rompida e transformar o contexto pessoal social e institucional que ensejou aquela situação (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN,(coord.), 2016, p. 684).

Na Mediação envolvendo a Administração Pública, essas e outras concepções podem - e devem - ser levadas em consideração na busca pela resolução do litígio, sempre em conformidade com o interesse público e com o ordenamento jurídico vigente. Assim, a solução de uma disputa envolvendo a Administração Pública, seja com outros Entes estatais, seja com particulares, pode passar pela celebração de um acordo, pela ótica da reconstrução de uma relação junto a outros atores estatais (ou mesmo da sociedade) e até por uma restauração da confiança do Poder público junto à comunidade.

Dessa forma, nada impede que a Mediação assuma um papel de regulador social, permitindo a recomposição entre Estado e sociedade civil para além da perspectiva da globalização do comércio, que vê na Mediação uma técnica de resolução de conflito (BONAFE-SCHMITT, 2012, p.182).

25 - "O desafio do mediador é estimular as pessoas a criarem soluções mutuamente benéficas e satisfatórias" (JONATHAN; PELAJO. In: ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN (coord.), 2016, p. 200).

26 - "Quanto mais você aplicar padrões de imparcialidade, eficiência ou mérito científico a seu problema específico, maior será a probabilidade de produzir uma solução final sensata e justa". (FISHER; URY; PATTON, *ibidem.*, p. 99).

27 - O modelo transformativo de Mediação tem por base estudos de Robert A. Barush Bush e Joseph Folger (2005), que entendem possível, por meio da mediação, a valorização das pessoas e o reconhecimento do outro. Nessa perspectiva, os referidos autores entendem que: "The key to this transformation of conflict are the empowerment and recognition shifts that the parties themselves make. No matter how small and seemingly insignificant, as these shifts continue and accumulate, they can transform the entire interaction". (BUSH; FOLGER, 2005, p.56)

28 - "In the transformative mediation process, parties can recapture their sense of competence and connection, reverse the negative conflict cycle, reestablish a constructive (or at least neutral) interaction, and move forward on a positive footing, with the mediator's help" (BUSH; FOLGER, *ibidem.*, p.53).



D) A Advocacia Pública como Condutor da Mediação Envolvendo a Administração Pública

Por meio da Mediação, um vasto campo de diálogo pode se abrir entre os participantes. Nos conflitos envolvendo a Administração Pública, não é diferente, pois, muitas vezes, a própria Conciliação pode resolver uma disputa pontual entre os participantes, mas novos conflitos podem emergir dentro da mesma relação (que se mantém no tempo), se não for repensada a própria postura do participante.

Imagine-se uma situação na qual o órgão estatal entre em divergência com o contrato sobre adimplemento contratual em uma possível questão que, se judicializada, pode levar décadas para ser dirimida. Neste caso, a Administração Pública, por meio de sua Advocacia Pública, pode mediar uma conversa que permita uma solução que contemple não só as divergências contratuais, mas também que antecipem divergências futuras que venham a prejudicar um serviço público ou seus usuários. Em outras palavras, não é só a divergência pecuniária que é pontualmente solucionada, pois revigora-se a própria relação entre o Estado o ente particular.

A partir de suas atribuições, norteadas por normas constitucionais democráticas, a atuação da Advocacia Pública na Mediação deve ter a percepção de que o conflito permite mudanças positivas nas relações entre órgãos do Poder público, ou entre estes e os cidadãos.

Nesse sentido, a Mediação pode levar a um consenso parcial, isto é, apenas sobre parte do objeto do litígio, desde que a composição já seja suficiente para contribuir para o fortalecimento dos laços entre a sociedade e os Entes estatais, ou mesmo entre estes, visto que a realização do acordo nem sempre é possível dentro de uma relação de direito público, ou sequer envolvendo direitos indisponíveis que não admitiam transação.

Por meio de uma interpretação conjunta da legislação, em especial do art. 174 do Código de Processo Civil²⁹ e do art. 32 da Lei 13.140/15, percebe-se um dever da Administração Pública de criar câmaras de resolução de conflitos, especializadas em Mediação e conciliação. A institucionalização das câmaras voltadas à Mediação, mesmo que no âmbito da Advocacia Pública, visam garantir, dentre outros, uma integridade do procedimento, sem prejuízo da adoção de outras práticas próprias da Mediação entre particulares.

No âmbito da Advocacia Pública Federal, por exemplo, a Mediação de conflitos acaba por se inserir dentre as próprias atribuições dos advogados públicos federais³⁰. Os advogados públicos poderiam atuar não só na representação do ente público em uma Mediação, mas também cooperando nas câmaras específicas, criadas pelos entes estatais, na condição de facilitadores. E igualmente, também caberá ao ente público desenvolver e capacitar eventuais câmaras de resolução de conflitos já existentes, para também realizarem procedimentos e técnicas de Mediação, inclusive, se for o caso, envolvendo particulares.

29 - Código de processo Civil: Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

30 - Lei 13.327/16: Art. 37. Respeitadas as atribuições próprias de cada um dos cargos de que trata este Capítulo, compete a seus ocupantes: XV - atuar em procedimento de mediação, nos termos da Lei no 13.140, de 26 de junho de 2015;

Nota-se que a garantia da independência do Advogado Público, na condição de mediador, não só pode ser inferida do ordenamento jurídico, como também se consubstancia em uma deferência do Estado à Mediação com uma solução justa entre as partes envolvidas no conflito, quer esta envolva entes particulares ou públicos.

A Advocacia Pública, então, deve atuar não só na segurança jurídica da atuação estatal, mas também na garantia da existência de um espaço público e um ambiente de diálogo nas relações entre os Entes estatais e os cidadãos, envolvendo disputas jurídicas.

E a inclusão do cidadão, no direito praticado pelo Estado, também ganha relevância, na medida em que o direito moderno se sustenta de uma solidariedade concentrada no papel dos cidadãos, que surge, em última instância, de uma ação comunicativa (HABERMAS, 1997, p. 54).

Nessa lógica, a atuação da Advocacia Pública pode contribuir para o aprimoramento da regulação social por intermédio da Mediação, bem como por intermédio de outros meios alternativos de conflitos que privilegiem o consenso.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como alternativas aos conflitos envolvendo entes estatais, a Arbitragem e a Conciliação estão em permanente evolução no contexto de atuação da Administração Pública. A Mediação, com as possibilidades criadas pela legislação nos últimos anos, também vem se desenvolvendo. Se faz necessário, contudo, o incremento da cultura do consenso no âmbito estatal.

A Mediação se apresenta como um novo e amplo campo de dinamização nas relações postas em conflito no ordenamento jurídico brasileiro. A partir de uma atuação consensual, e passando por uma racionalidade comunicativa, tem-se uma nova possibilidade de resolução de conflitos envolvendo entes estatais e, até mesmo, junto a cidadãos ou empresas privadas.

No âmbito das relações da Administração pública, a Mediação pode ser utilizada inclusive como nova forma de dinamização e regulação social, caso se supere os desafios impostos a essa forma de atuação consensual dos Entes públicos. E, para isso, o papel da Advocacia Pública adquire grande relevância, pois passa por esta função, essencial à justiça, a institucionalização e implementação das práticas da Mediação de conflitos envolvendo a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre. Os modelos de mediação: modelos latinos e anglo-saxões de mediação. **Meritum – Revista de Direito da Universidade FUMEC**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, 2012.

BRASIL. **II Pacto republicano de estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: maio 2021.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Mediation**. Rev. Ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.



CARDOZO, Raquel Nery. Os conflitos familiares e as escolas de mediação. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda (org.). **Mediação nas comunidades e nas instituições (livro eletrônico)**. Niterói: PPGDSD- Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, 2014. Disponível em: <<https://www.professores.uff.br/fernandogama/wp-content/uploads/sites/15/2017/07/livromediacao.pdf>>. Acesso em: maio 2021.

CHEVALLIER, Jacques. A governança e o Direito. **Revista de Direito Público da Economia -RDPE**, n.12. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Os cem maiores litigantes**. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: maio 2021.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao Sim: Negociação de Acordos sem Concessões**. 2. ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**, volume I, tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Teoría de la Acción Comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus Ediciones.1988.

JONATHAN, Eva; PELAJO, Samantha. Diferentes Modelos: Mediação Linear (Harvard). In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MELLO, Katia Sento Sé; LUPETTI BAPTISTA, Barbara Gomes. Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e significados. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, 2011, v. 4, n.1, jan./mar. 2011.

NETO, Diogo De Figueiredo Moreira. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, 231, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, Universidade de São Paulo, n.104, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, NDJ, ano 33, n. 1, jan. 2017.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa e a efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 18 n. 115, jun./set. 2016.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. Os Métodos “alternativos” de Solução de Conflitos (ADRs). In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016.

PENIDO, Egberto. Justiça Restaurativa. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade Comunicativa*: A teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 248, São Paulo: Atlas, maio/ago. 2008.





Data do recebimento: 14/09/2021

Data do aceite: 19/11/2021

.....

ESTIMATIVA JURÍDICA EM TEMPOS DE CRISE DO HUMANISMO: UMA ANÁLISE DA TEORIA DE RECASÉNS SICHES

.....

LEGAL ESTIMATE IN TIMES OF HUMANISM CRISIS:
AN ANALYSIS OF THE SICHES RECASÉNS THEORY

Renata Silva Gomes¹

Cynthia Pereira de Araújo²

SUMÁRIO: Introdução; 1. A relevância da filosofia na determinação do conceito de direito para Recaséns Siches; 2. A axiologia e empirismo na teoria da Estimativa Jurídica; 3. A objetividade possível; 4. A historicidade como elemento essencial da Estimativa Jurídica; 5. A ideia de justiça e a dignidade humana como valor central na determinação do Direito; 6. Conclusão; Referências.

1 - Mestre e Doutora em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professora de Direito Constitucional, Filosofia do Direito e Antropologia Jurídica no Centro Universitário Univiçosa. Membro do Conselho Editorial da Revista UNIJuris do Centro Universitário Univiçosa. Advogada especializada em posse e propriedade.

2 - Doutora em Direito pela PUC-Minas, com doutorado-sanduíche na Universität Vechta (fevereiro de 2019). Mestre em Direito pela PUC-Minas (junho de 2013). Coordenadora do Centro de Estudos da Anafe. Advogada da União desde dezembro de 2009, lotada na Procuradoria da União no Estado de Minas Gerais. Atualmente em exercício na Coordenação de Recuperação de Ativos da PRU1.

RESUMO: Indaga-se, nesse artigo, sobre o conceito de direito e suas implicações segundo a teoria da Estimativa Jurídica, de Luis Recaséns Siches. Perquire-se acerca da justiça e dos valores fundamentais que interessam ao Direito. Em primeiro lugar, é preciso esclarecer se seu fundamento pode ser empírico, ou se é necessariamente apriorístico. Esclarecida essa questão, é necessário averiguar se esse fundamento se constitui de ideias subjetivas, ou objetivas. Em seguida, é preciso indagar como se combinam os valores jurídicos e o processo da História. Enfim, insta investigar em que consiste a ideia de justiça, se há outros valores jurídicos e, se sim, que relação guardam com ela. A escolha desse autor e de sua teoria como objeto do presente artigo está embasada em sua proposta de retomada do humanismo, da compreensão de justiça e da importância da observação para o Direito. Quanto à vertente metodológica jurídico-teórica, a pesquisa foi construída sobre procedimentos e técnicas próprios da análise de conteúdo de literaturas do próprio Luis Recaséns Siches e de autores que tratam sobre ele. Tem-se, de forma secundária, a análise de autores que corroboram com seu pensamento. Esse esforço metodológico permitiu a compreensão da teoria da Estimativa Jurídica e como ela pode ser uma alternativa para determinação do que é o direito e, também, como forma de barrar interpretações que tragam o desrespeito à dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Estimativa Jurídica. Humanismo. Recaséns Siches.

ABSTRACT: This article inquiries about the concept of law and its implications according to Luis Recaséns Siches's Legal Estimative theory. It aims to search for justice and the fundamental values that concern the Law. First, it is necessary to clarify whether its basis can be empirical or if it is necessarily aprioristic. Once this issue is clarified, it is necessary to investigate whether this basis is formed by subjective or objective ideas. Next, it is necessary to ask how legal values and the process of history are combined. Then, it aims to investigate what the idea of justice consists of, whether there are other legal values and, if so, the relationship between them. The choice of this author and his theory as the object of this article is based on his proposition to revisit humanism, the understanding of justice and the importance of observation for Law. The research was based on the legal-theoretical methodological aspect and was built on procedures and techniques of the content analysis of literature of Luis Recaséns Siches himself and authors who study him. There is, in a secondary way, the analysis of authors who corroborate his thinking. This methodological effort allowed the understanding of the Legal Estimative Theory also as an alternative for determining what the law is and as a way of preventing interpretations that disrespect the human dignity.

KEYWORDS: Legal Estimative. Humanism. Recaséns Siches.

INTRODUÇÃO

O questionamento sobre o conceito de direito é recorrente, e não obstante essa recorrência e a dedicação de inúmeros pensadores de todas as épocas a esta questão, não houve ainda uma definição que satisfizesse os filósofos e juristas, no sentido de estancar a busca do conceito mais adequado. É neste contexto, e empreendendo essa mesma busca, que se encontra Luis Recaséns Siches trazendo sua teoria sobre a estimativa jurídica, a qual é o objeto deste trabalho.

A escolha desse autor e de sua teoria como objeto do presente artigo está embasada, primeiramente, na sua novidade no cenário jurídico contemporâneo. Novidade que, todavia, não significa nem a sua relevância em termos de número de adeptos na contemporaneidade, e menos ainda a defesa de conceitos que não tenham nenhum precedente histórico. O que se infere dessa palavra, no presente contexto, é justamente a retomada do humanismo, da compreensão de justiça e da importância da observação para o Direito, questões que foram deixadas ao largo por muito tempo.

A pesquisa foi construída sobre a vertente metodológica jurídico-teórica de pesquisa em direito, embasada em procedimentos e técnicas próprios da análise de conteúdo de literaturas de Luis Recaséns Siches e de autores que tratam sobre a teoria da Estimativa Jurídica construída por ele. Nesse viés, tomou-se, de forma secundária, a análise de autores que corroboram seu pensamento e, evidentemente, as hipóteses pressupostas de aplicação de sua teoria. Esse esforço metodológico permitiu a compreensão da teoria da Estimativa Jurídica e suas nuances, de forma a compreender como essa teoria se desliga das modernas positivistas e se liga à compreensão de valores e à necessidade da definição de princípios para determinar o que é Direito.

Luis Recaséns Siches, a despeito de ter nascido na Guatemala, é considerado um dos primeiros filósofos do direito espanhol (PUY, 1980, p. 756). Aluno de juristas como Giorgio del Vecchio³ e Hans Kelsen, o autor produziu vasta obra jurídica e tem inegável importância no Direito moderno, embora sua obra seja pouco estudada no Brasil.

Sendo grande opositor do Positivismo jurídico, em nome da doutrina jusnaturalista – apesar de não consistirem suas ideias em uma vertente jusracionalista do Direito Natural (RECASÉNS SICHES, 2009, p. 291) –, a concepção da justiça de Recaséns Siches, enquanto retomada do estudo de valores que, segundo ele, foram esquecidos durante a ascensão do positivismo, traz importantes questões acerca da Axiologia Jurídica. Sua relevância é especialmente percebida em momentos de contestação de valores humanos e dignidade mínima.

Um pressuposto fundamental da teoria desse autor é a ligação que ele faz entre a justiça e o direito. Apenas a relação em si mesma, independentemente de seu conteúdo, já seria relevante para firmar esse autor em uma linha não positivista do Direito. Logo, mais fortemente se apresenta essa disparidade, ao analisar-se o conteúdo de sua teoria sobre a Estimativa Jurídica.

Consoante sistematiza Benito de Castro Cid, seu mais completo expositor (PUY, 1980, p. 748), Recaséns Siches formula um peculiar sistema jusfilosófico, cujos traços fundamentais

3 - Conforme Aguilera, Recaséns reconheceu Del Vecchio como uma das maiores influências de seu pensamento jurídico bem como o jusnaturalista latino mais importante da Europa (CUADROS AGUILERA, 2016).

podem ser claramente percebidos por meio da análise dos três grandes temas que o integram e de seus correspondentes pressupostos. Esses grandes temas são a Teoria Fundamental do Direito, a Estimativa Jurídica e a Filosofia da Interpretação do Direito.

Neste texto, trabalha-se especificamente a teoria da Estimativa Jurídica e com o intuito de deslindar essa teoria, e, assim, compreender o conceito de Direito desse autor. Para cumprir esse objetivo, o presente artigo foi dividido em cinco partes.

O primeiro capítulo tece algumas considerações acerca do papel da Filosofia do Direito no entendimento de Recaséns Siches. Nele, se discute uma possível insuficiência da Ciência em dar conta de todas as nuances do Direito e da necessidade da Filosofia para determinar seus fundamentos e seu alcance.

Em seguida, trata-se da relação da teoria da Estimativa Jurídica com o empirismo e a axiologia. Esclarecida essa questão, é necessário averiguar se esse fundamento se constitui de ideias subjetivas, ou objetivas, o que se desenvolveu no terceiro capítulo. Em penúltimo lugar, é preciso indagar como se combinam os valores jurídicos e o processo da História na definição do Direito para o autor, que representa o referencial teórico. Por fim, insta investigar em que consiste a ideia de justiça, se há outros valores jurídicos, e que relação guardam com ela, explorando, assim, os valores fundamentais que interessam ao Direito.

1. A RELEVÂNCIA DA FILOSOFIA NA DETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO PARA RECASÉNS SICHES

Conforme costumam afirmar os estudiosos da Filosofia do Direito, e a tanto não é exceção Recaséns Siches, a Ciência Jurídica se preocupa, precipuamente, com o Direito Positivo, com a chamada “Dogmática Jurídica”, nesta compreendidos não apenas as normas próprias de cada ordenamento jurídico, como os institutos e conceitos jurídicos principais. Entretanto, é notório que a Ciência não abrange todo o objeto de conhecimento jurídico, estando as questões que a ultrapassam em outra zona de saber, a Filosofia do Direito.

A ciência depende da filosofia, pois é ela que estabelece seus fins, fundamentos e fronteiras. Não se pode conhecer bem o particular sem saber o que está em seu entorno, até onde se estende o que não faz parte dele. Villey, nesse sentido, esclarece que compete à filosofia do direito:

determinar o âmbito do Direito em relação à moral, à política e à economia; definir o direito (*quid jus*), a finalidade da atividade Jurídica. Ainda discernir as fontes específicas do Direito e o que tem de próprio o método da ciência jurídica, relativamente a outras fontes e outros métodos. (VILLEY, 1977, p.29).

Também não se pode prescindir da filosofia, dado que essa estabelece a definição, a axiologia do direito, além de especificar suas fontes e o método a ser empregado em seu estudo. Ainda que se ampliasse o campo das ciências modernas, é da sua essência ser especializada, “[...] acantonada em um domínio particular por encarar apenas um aspecto das coisas.” (VILLEY, 1977, p.27).

A Ciência Jurídica, além de impotente para dar uma resposta definitiva sobre os fundamentos conceituais em que se apoia, visto que parte de um Direito já posto, é, também,

inapta a analisar o julgamento valorativo da regulação jurídica, a fim de decidir se o Direito que “é” coincide com o Direito que “deve ser” (CASTRO CID, 1974, p. 67). Essas discussões concernentes ao conceito de direito estão para além da aparência de inutilidade ou de questões puramente teóricas, uma vez que estão carregadas de consequências práticas. As fronteiras dos estudos jurídicos dependem do que é e do que não é o Direito. Se o Direito for um conjunto de fatos, ou um valor, entre outras acepções, a extensão e o método das investigações serão diferentes, assim como seus resultados. (GOMES, 2014)

É neste ponto que ganha corpo o segundo grande tema de Recaséns Siches, qual seja a Estimativa Jurídica. Inicialmente, importa saber que Recaséns associa a Estimativa Jurídica à valoração do Direito posto, para criticá-lo e para edificá-lo, e que, para isso, é impossível prescindir da Filosofia do Direito. Explica o autor que sua “Estimativa Jurídica”, ou “Axiologia Jurídica”, equivale ao que outros autores denominam de “Ideia de Justiça” e “Direito Natural” (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 368).

Observa-se que é necessário se desprender de concepções mais comuns da modernidade e contemporaneidade, para adentrar em uma definição clássica da justiça. A justiça, aqui, não é um valor apriorístico, ou um ideal. Mesmo que, de acordo com o que será demonstrado, o tema “Estimativa Jurídica” represente a obra de Recaséns Siches, não se trata de um estudo específico sobre este valor. Isso porque, a despeito de reconhecê-la como “o tema crucial de sua axiologia jurídica” (PUY, 1980, p. 753, tradução livre), o autor não desenvolve sua Estimativa com o propósito de definir a justiça.

Deve-se ressaltar que a tarefa da Estimativa Jurídica não consiste em analisar os valores consagrados em determinado ordenamento jurídico, mas sim em averiguar quais os módulos valorativos, segundo os quais é possível criticar o Direito Positivo em geral, obtendo-se critérios que o inspirem e o orientem (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 368). A Estimativa Jurídica é, assim, uma “teoria dos valores jurídicos” (CASTRO CID, 1974, p. 160), que necessita da filosofia para se construir.

2. A AXIOLOGIA E EMPIRISMO NA TEORIA DA ESTIMATIVA JURÍDICA

Trabalhada a importância da filosofia para a teoria de Siches, deve-se avançar a uma das primeiras premissas da Axiologia Jurídica de Recaséns, o apriorismo dos valores.

O autor refuta o empirismo como corrente filosófica apta a sustentar a Axiologia Jurídica, negando que se possa reduzir todo o conhecimento sobre os problemas do Direito a simples observação dos fatos que nos chegam através da experiência histórica (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 387). Segundo o autor, o mundo da pura experiência, dos fatos, é cego para toda a valoração.

Explica Recaséns (1970, p. 389) que, sociologicamente, as situações fáticas de justiça ou injustiça são igualmente naturais, exatamente por não passarem de fatos. Essas qualificações de “justo” ou “injusto” são decorrências da projeção de critérios estimativos – proveniente do nosso intelecto, e não da experiência – sobre os fenômenos. Assim, a experiência nos dá apenas o “ser”, nunca o “dever ser”.

Realmente, é possível dizer que não só não se apreendem os valores na experiência, como a realidade muitas vezes os prova equivocados ou ineficazes. Diferentemente do que ocorre a outras estruturas ideais, tais como a matemática, os valores são despídos de certeza e necessária ocorrência: dois e dois são sempre quatro, mas a validade ideal dos valores não é necessariamente acompanhada de sua ocorrência na realidade. Pode acontecer, como ocorre frequentemente, de a realidade se esquivar à consagração dos valores (CASTRO CID, 1974, p. 59).

Na maior parte das vezes, no entanto, ainda que não realizados esses valores, a experiência nos indica sua contrafactualidade, ou seja, sua inoportunidade na prática, corrobora a sua necessidade; longe de negá-los, pugna por sua concretização. Para imediata visualização desta questão, basta pensar nos regimes totalitários e ditatoriais: a centralização e o monopólio da informação, não só não tornam um valor aceitável à censura à imprensa, como deixam manifesta a urgência pela liberdade de expressão.

É fato, portanto, que, a despeito de não serem frutos da experiência, os valores dependem desta para sua realização. E, por óbvio, não há qualquer sentido em se propor o estudo de uma doutrina de valores, a não ser buscando que sejam efetivados.

Por isso, afirma Recaséns (1970, p. 390), que a negação do empirismo não significa que, para descobrir os critérios de estimação, deve o homem se isolar da experiência social e viver exclusivamente concentrado em sua própria mente, buscando nela essas ideias de valor. Aliás, se assim fizesse, jamais conseguiria descobri-los, pois, ainda que não procedam da experiência, eles apenas ocorrem a nós, geralmente, em razão desta. Ou seja, não os retiramos da experiência, mas, graças a seu estímulo, conseguimos extraí-los de nosso intelecto.

Essas considerações precisam ser vistas sob a ótica de que o homem é um ser indiscutivelmente social. Por isso, não tem qualquer sentido a análise do Direito e de seus valores sem que se tenha em mente a sua finalidade última de permitir a convivência entre os diferentes livres-arbítrios.

Recaséns reconhece como uma das finalidades do Direito – e, permita-nos dizer, a primeira real causa do surgimento deste meio de controle social – a função de resolver conflitos de interesses⁴. Fato é que cada ser humano tem uma multiplicidade de desejos e interesses que busca satisfazer e realizar, e tais desejos e interesses frequentemente entram em conflito com os desejos e interesses dos outros homens, uma vez que é impossível a satisfação de todos eles ao mesmo tempo (CASTRO CID, 1974, p. 127). Neste contexto, é notório que, ausente um meio de permitir a convivência entre esses interesses conflitantes, a própria existência do homem estaria ameaçada.

Assim, a experiência como pressuposto – mas não como fundamento – para o surgimento dos valores, a determinar-se o que se preservar e o que se rejeitar juridicamente, é consequência desse reconhecimento do Direito como meio viabilizador da vida em sociedade, irrecusável ao homem.

Apesar da postura inegavelmente jusnaturalista de Recaséns, o autor não adota uma corrente que vislumbre, na razão humana, todo e qualquer ideal a ser perseguido ou repudiado,

4 - As demais finalidades do Direito apontadas pelo autor – a saber, a certeza e segurança e a organização, legitimação e limitação do poder político – são decorrências lógicas da primeira (resolver conflitos de interesses).

de forma prévia, independente e alheia à realidade. Tanto que esclarece que, a despeito de o valor existir *a priori*, não se encontrando na experiência – pois os fenômenos existem por si, e a valoração se dá sobre estes, sem com estes se confundir –, tem a experiência papel fundamental na apreensão desses valores:

A raiz do estimativo é *a priori*; mas o Direito que tratamos de articular nesses juízos estimativos deverá oferecer uma resposta concreta aos problemas reais e definidos que se estabelecem em uma determinada coletividade, em um certo momento de sua história; e, por isso, haverá de conter uma série de elementos empíricos que somente a experiência histórica pode prover (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 391, tradução livre).

Nesse sentido, esse autor se afasta do jusnaturalismo racionalista e se aproxima do jusnaturalismo realista. O jusnaturalismo realista considera a necessidade de se somar a razão e a experiência, no momento de valorar. Para Tomás de Aquino, o meio-termo da justiça consiste em certa igualdade de proporção da realidade fática com a razão. Observa, ainda, que essa justa medida é objetiva, mas não é determinada apenas pela realidade. O meio-termo da justiça, como em toda virtude moral, é julgado pela razão. (AQUINO, 1980).

Massini Correias (2005) afirma que o direito natural passou ao direito racional, construído dedutivamente, a partir de uma definição abstrata do homem e de um *a priori* da razão. Direito desencarnado, elaborado fora do espaço e do tempo, para um homem inexistente. Esse projeto não é, de forma alguma, parte do esquema aristotélico-tomista.

Tem inegável mérito o autor em repudiar uma visão abstrata e desvinculada da realidade para justificar sua teoria. Aliás, neste ponto, convém mencionar que Recaséns (1970, p. 391-392) confere grande importância ao Empirismo, por ter reagido contra a escola racionalista do Direito Natural, que pretendia determinar o ideal jurídico, mediante puros procedimentos da razão abstrata e dedutiva, prescindindo de qualquer consideração sobre a realidade histórica.

A despeito de estampar uma postura notadamente jusnaturalista realista e tecer duras críticas ao Positivismo jurídico, Recaséns reconhece que essa postura, extremamente abstrativista, de certas correntes do Direito Natural, foi um dos fatores propiciadores do que se considera uma negativa, ou um certo desdém, pela Axiologia Jurídica. Portanto, faz todo sentido que o autor reconheça a essencialidade da experiência, mesmo que sustente o apriorismo fundamental dos valores.

3. A OBJETIVIDADE POSSÍVEL

Na sequência do roteiro das questões elaboradas por Recaséns para o desenvolvimento da Estimativa Jurídica, não é suficiente saber que a sua raiz é apriorística. É necessário ir mais longe, determinando-se se este apriorismo é subjetivo, ou objetivo, ou seja, se os valores jurídicos são o resultado de um mero mecanismo psicológico, ou se são entidades ideais com objetividade. Questiona Recaséns:

É puramente a justiça um sentimento incerto no coração humano, uma espécie de lei que levamos gravada no fundo de nossa consciência, uma espécie de impulso de nossa alma? Ou, pelo contrário, é um princípio ideal, que descubro ou posso descobrir com minha inteligência, perfeita ou imperfeitamente? (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 391, tradução livre).

O autor (1970, p. 394) destaca a importância desse questionamento, visto que, se for possível concluir que a Estimativa Jurídica se resume a representar a projeção de mecanismos psicológicos, os valores não restarão fundamentados, pois dependerão do fato de os homens se sentirem de uma ou outra maneira. Mas se, ao contrário, a conclusão for pela existência de uma entidade ideal nos valores jurídicos, independente de nossas representações, então será possível dizer que a Estimativa Jurídica tem uma “sólida base”.

Deve-se destacar que Recaséns não nega a existência de um sentimento de justiça, mesmo porque essa negativa exigiria elementos fáticos impassíveis de comprovação. O que o autor inadmitte, sob pena de a Estimativa Jurídica não ter uma “sólida base”, é que ela se fundamente no mero fato bruto de um sentimento (CASTRO CID, 1974, p. 169).

Essa impossibilidade, de se fundar toda a doutrina de valores em uma mera inclinação natural à justiça, justifica-se, em primeiro lugar, por uma questão lógica: admitir tal fundamentação importaria um círculo vicioso, já que, para a própria qualificação do sentimento como justo ou injusto, é necessário haver uma prévia referência à ideia de valor. E se o que se busca é exatamente o critério que permitirá qualificar de justo ou injusto um determinado sentir, o “sentir” em si nada representa como solução (CASTRO CID, 1974, p. 169).

Afirma Recaséns que não se pode confundir o valor da justiça com a sua “ocorrência”:

A consciência dos princípios de justiça é certamente um fato situado no tempo e circunscrito ao indivíduo que os pensa ou sente. Mas a ideia de justiça – bem como dos demais valores jurídicos – não é um fato: constitui uma essência ideal, com validade objetiva, independente dos fatos psicológicos em que se represente (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 403, tradução livre).

Por isso, conclui o autor que os valores são essências ideais, com validade objetiva e necessária, que se impõem ao conhecimento com a mesma evidência que as leis lógicas ou da natureza, como as conexões matemáticas. No entanto, diferentemente destas, os valores possuem algo “especial”, uma vocação para serem realizados, uma pretensão de encarnar no mundo através da ação do homem (CASTRO CID, 1974, p. 172).

Isso não significa dizer, no entanto, que a essência dos valores seja dependente de sua realização. Como visto, um valor não vale porque tenha sido realizado; ao contrário, pode valer apesar de sua não realização. Assim não fosse, os valores seriam fundados na experiência, o que afastaria a primeira premissa estudada no desenvolvimento da Estimativa Jurídica. Como demonstra Recaséns, o fato de algo ser de um ou de outro jeito não quer dizer que encarne um valor. Aliás, pode representar, exatamente, a sua negação. Por isso, conclui o autor que os valores são essências puras, independentes da experiência da realidade, constituindo essências objetivas de validade absoluta (CASTRO CID, 1974, p. 172).

Recaséns Siches opta, portanto, por uma postura objetivista acerca dos valores (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 400). Entretanto, ao se afirmar a objetividade dos valores, quer dizer simplesmente que não são criados pela subjetividade do homem, e não que sejam independentes da existência humana. Não se pode pensar, assim, que esses valores possuem uma total objetividade abstrata que se ligue a uma compreensão puramente baseada na razão. Não se

pretende implicar alguma espécie de “firmamento axiológico”, em que os valores existem por si e com independência da vida humana (CASTRO CID, 1974, p. 123).

Ao contrário, a objetividade dos valores ocorre dentro do marco da vida humana, razão pela qual Recaséns a nomeia “objetividade intravital”. Quer isso dizer que o sentido dos valores e das demandas normativas que eles inspiram têm relação necessária com as funções da vida humana em geral e com as particularidades destas em cada situação. Consoante explicita Recaséns (1970, p. 69), não há nada que ganhe sentido para o homem fora de sua própria vida, de sua realidade.

Assim, Recaséns Siches (1970, p. 72) coloca a vida humana no centro das atenções de sua Estimativa Jurídica, visto que parte do pressuposto de que os valores devem ser realizados pelo homem e para o homem. Isso faz que o autor teça considerações deveras importantes acerca da vida humana, destacando-a como sendo fundamental, a realidade primária e básica, condicionante de todos os demais seres. A partir daí, ganha relevo a transição da vida humana em si para o processo de valoração, de exposição e fixação de valores, o qual, segundo Recaséns Siches, exige escolhas, atos intrinsecamente exclusivos à condição humana. É essa valoração que permitirá a criação do próprio Direito Positivo, dado que cada norma é fruto da escolha de abraçar alguns valores e de refutar outros: “para que possa existir uma norma de Direito positivo, é preciso que antes se haja produzido uma estimação, a qual então não é todavia Direito positivo e sobre a qual se fundará o Direito positivo que se dite depois” (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 380, tradução livre).

As normas positivas constituem, então, em última análise, expressões de juízos de valor (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 380). Para se decidir por uma, dentre as várias possibilidades que se apresentam, é preciso escolher, e, para escolher, é preciso preferir. E uma preferência somente será possível se precedida de uma valoração que justifique uma escolha como melhor que outra (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 77). O Direito não pode se localizar na categoria “juízo de existência”, pois seu conceito é, como afirma Recaséns Siches, apriorístico à experiência, não podendo nela fundar-se, portanto, “é óbvio que no reino da realidade concebida causalmente, separada de todo critério de valor, não podemos encontrar o conceito do jurídico” (RECASÉNS SICHES, 1929, p. 176).

O tratamento que Recaséns Siches confere à questão das valorações denota uma postura bastante realista e preocupada com a efetiva formação, em primeiro plano, e avaliação, posterior, do ordenamento jurídico. Especialmente por pregar valores que, apesar de apriorísticos, não recusam a importância do empirismo, sugere que as premissas da Estimativa Jurídica não pressupõem valores imutáveis e onipresentes.

4. A HISTORICIDADE COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA ESTIMATIVA JURÍDICA

Como explica Recaséns, poderia parecer que a conclusão pelo caráter apriorístico, com validade necessária do fundamento da Estimativa Jurídica, nos conduzisse a uma regulação rígida, invariável e universal para todos os povos, em todos os tempos e situações históricas. Mas não é assim. Se é certo, de um lado, que as ideias de valor têm validade objetiva e necessária, é também certo, por outro, que nos encontramos sempre vinculados à História, a qual nos oferece uma grande variedade de regimes e instituições (CASTRO CID, 1974, p. 163).

Recaséns Siches (2009, p. 290) afirma que, sob a denominação “Direito natural”, chamaram-se doutrinas variadas, carregadas de equívocos. Assim, fez-se conveniente empregar a expressão “Estimativa Jurídica”, que se aproximava, cada vez mais, de um “jusnaturalismo renovado e apurado”, marcado essencialmente pela historicidade.

O terceiro passo no desenvolvimento da Estimativa Jurídica pode ser resumido com o seguinte questionamento: o ideal jurídico é um único tipo de ordenamento com validade absoluta, universal e imutável, ou, ao contrário, é relativo às condições de época, lugar, contexto histórico e necessidades concretas?

Como expõe Cid (1974, p. 176), sente-se, em relação ao Direito, que existam exigências ideais de caráter necessário e universal, independentes da vontade dos homens e não condicionadas pelos fatos históricos. Ao mesmo tempo, no entanto, sente-se que cada povo possui uma especial realidade, que não pode ser desconsiderada pela regulação jurídica correspondente. Questiona-se, então: como identificar tais premissas opostas, e, uma vez identificadas, como harmonizá-las?

Neste ponto, é importante lembrar que Recaséns Siches – a exemplo de outros autores que o influenciaram determinantemente, tais como Gustav Radbruch (em seu segundo momento) – produziu suas obras imerso em um momento histórico diferenciado. Os regimes totalitários no contexto da Segunda Guerra Mundial – no entender de Recaséns, consequências de um suposto descaso do Positivismo para com a axiologia jurídica –, bem como o momento do pós-guerra, sempre comentados nas obras de Recaséns, tornam contextualmente “necessária” a mencionada reaproximação com o Direito Natural. Por essa razão, o autor insiste em que existem direitos universais, ideais, que, ou precisam ser consagrados pela norma jurídica, ou, ao menos, não podem ser por ela negados. Neste sentido, pode-se dizer que Recaséns Siches foi um dos primeiros autores que, mesmo dizendo ser jusnaturalista e criticando fortemente o Positivismo, idealizou a doutrina jurídica que acabaria por se consagrar como a mais adequada no mundo contemporâneo, com pressuposto no humanismo – ao menos o ocidental, já que não se podem desprezar alguns povos que persistem em justificações religiosas para a vida em geral, inclusive o Direito.

De fato, atualmente, nenhum Positivismo extremado é capaz de negar que certos valores, tais como a liberdade, precisam ser consagrados pelos ordenamentos jurídicos, o que é – seja qual for a justificativa jurídica para tanto – buscado internacionalmente, quase que elevado a dogma. Por outro lado, não há jusnaturalismo que ainda se sustente, acaso pretenda pregar a força de ideais abstratos e independentes do homem – especialmente do Direito Positivo, que é obra sua –, mormente quando se valoriza tanto o estudo da Democracia, da participação e do diálogo.

5. A IDEIA DE JUSTIÇA E A DIGNIDADE HUMANA COMO VALOR CENTRAL NA DETERMINAÇÃO DO DIREITO

Todos as considerações até aqui expostas são essenciais para que se compreenda a Estimativa Jurídica de Recaséns. Mas é na ideia de justiça posta pelo autor que se encontra sua verdadeira finalidade, assim resumida: “em que consiste a idéia de justiça e, ademais, se há outros valores jurídicos; e, neste caso, quais são esses valores e que relação guardam com a idéia de justiça” (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 382, tradução livre). Para Castro Cid (1974, p. 181), é inegável que Recaséns Siches não só vê o valor da justiça como um valor jurídico, como a considera o valor jurídico supremo, fundamental e primeiro.

Realmente, a Estimativa Jurídica parte do pressuposto de que a justiça representa o critério axiológico que deve inspirar o Direito (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 220), e Recaséns deixa claro que não pretende reduzir essa importância:

Tem sido tradicional ver na justiça o valor jurídico por excelência e o principal. Até o ponto em que, na maioria das vezes, o problema da Estimativa Jurídica seja rotulado como investigação sobre a justiça. E desde logo não vamos retificar este papel presidencial que corresponde à justiça na Estimativa Jurídica. (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 497, tradução livre).

Apesar disso, não é a justiça em si o maior objeto de preocupação da Estimativa Jurídica. Na verdade, a inexistência de obras – ou mesmo capítulos – infundáveis sobre o tema da justiça, em Recaséns Siches, permite a compreensão de que seu estudo, embora primeiro e imprescindível, deve ceder um pouco do espaço quase integral que, tradicionalmente, ocupa nas doutrinas de Axiologia Jurídica, para a análise de outros valores, especialmente aqueles que buscam exatamente a sua efetivação.

Este tratamento diferenciado, que o autor confere ao tema principal da Estimativa Jurídica, parte, talvez, de uma postura mais concretizadora de sua teoria, não satisfeita em apenas fornecer postulados teóricos a serem desenvolvidos.

Recaséns inicia seu estudo sobre a justiça advertindo que não se discute que ela é desejada e que pode, de maneira sucinta, ser compreendida pela máxima de “dar a cada um o que é seu”. Entretanto, ausentes critérios claros e objetivos sobre como a sua efetivação deverá ocorrer na normatização e na aplicação das normas jurídicas – como se estipulará o que é o “seu” –, passa a ser um valor eventual de justificação do poder político, podendo legitimar, em seu nome, a arbitrariedade – já que o “seu” pode ser qualquer coisa que se queira estipular.

De fato, assumir como supremo um valor não impede a vulnerabilidade de seu conteúdo, que pode ser manipulado da maneira como o queiram aqueles que decidem, acaso não existam referidos critérios objetivamente estabelecidos.

Por isso, no lugar de se preocupar com a fixação do conteúdo da justiça, Recaséns adota uma máxima conhecida para preenchê-lo, o “dar a cada um o que lhe é devido”, e parte para o estudo de seus critérios de aplicação. Isso porque, em sua visão, são estes, e não o conteúdo do valor em si – sobre o qual, na verdade, entende haver uma conformidade entre os autores, tida pela igualdade material ou harmonização devida –, que encerram o verdadeiro problema da justiça, que se luta, historicamente, por determinar.

O decisivo na Estimativa Jurídica, portanto, não consiste em descobrir que a justiça exige uma igualdade ou proporcionalidade, mas em averiguar quais pontos de vista de igualdade devem prevalecer, e quais desigualdades devem ter relevância para a regulação jurídica, com vistas a se esclarecer o que se deve a cada um como seu (CASTRO CID, 1974, p. 183). Esses critérios de medida serão proporcionados, em última análise, pela hierarquização dos diferentes valores que interessam ao Direito. Por essa razão, a justiça será considerada por Recaséns um critério formal (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 102), que propiciará o estabelecimento das relações de subordinação entre os diferentes valores jurídicos, segundo as quais se firmam a equivalência e a proporcionalidade nas relações interpessoais e nas relações entre o indivíduo e o Estado

(RECASÉNS SICHES, 1970, p. 493), determinando-se os bens jurídicos a serem priorizados e em detrimento de quais.

Recaséns (1970, p. 492), então, discute os valores relevantes para promover a proporção ou harmonia, afirmando que esse problema de valoração material ou conteúdo constitui o principal assunto da Filosofia política e da Axiologia Jurídica. Dessa forma, o autor indica suas cinco principais tarefas: determinar os valores supremos que devem inspirar o Direito; averiguar quais outros valores podem ou devem regular a elaboração do Direito em determinados casos e certas condições, esclarecendo-se as relações entre esses valores e os primeiros; explicitar quais valores não devem, em qualquer caso, ser abraçados pelas normas jurídicas; investigar as leis de relação e interferência das valorações que confluem em cada um dos tipos de situações sociais; e, por fim, estudar as leis de realização dos valores jurídicos (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 494-495).

Destaca-se que o valor supremo, dentro do conteúdo da Estimativa Jurídica de Recaséns Siches, é o princípio da dignidade humana, mas isso já em um segundo momento, ou seja, após pressuposta a justiça como o valor jurídico por excelência⁵. Portanto, pode-se concluir que o princípio da dignidade humana é, na verdade, o principal valor a propiciar um Direito justo.

Segundo Recaséns (1970, p. 548), o princípio da dignidade humana se refere à característica do indivíduo de ter fins próprios a cumprir, intransferíveis e exclusivos, que fazem que ele deva ser tratado, sempre, como pessoa digna, e, jamais, como mero meio para fins estranhos ou alheios aos seus, como já havia afirmado Kant (2009, p. 80). Lembre-se, no entanto, que as condições essenciais para a realização dos valores de cada indivíduo – liberdade de consciência e pensamento, autonomia para os atos da vida civil – não se confundem com seus interesses egoístas, como valores materiais específicos (RECASÉNS SICHES, 2009, p. 326).

Neste sentido, Recaséns (2009, p. 326) assevera que as Declarações de Direitos Humanos e as garantias constitucionais, a responsabilização dos governos por seus atos, a instituição de um poder judicial independente e as regras de procedimentos constituem meios para a extirpação da arbitrariedade.

Diante do exposto, percebe-se que toda a doutrina de Recaséns, como se viu, gira em torno de que o fim supremo do Direito é a realização da justiça e dos valores por ela implicados. Apenas quando o Direito cumpre esse fim, torna-se justificado, perante nossa consciência. Entretanto, como destaca o autor, nenhuma ordem jurídico-positiva é absolutamente justa. Ora, se inexistisse ordem jurídica positiva perfeitamente justa, acaso se partisse do pressuposto de que apenas tal ordem mereceria a obediência de seus destinatários, estar-se-ia eliminando a possibilidade de todo sistema jurídico humano, de qualquer Direito Positivo (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 619).

Entretanto, também não se pode considerar ilimitada essa tolerância com as injustiças do Direito Positivo, sob pena de se negarem os valores supremos que devem inspirá-lo. Segundo Recaséns (1970, p. 621), a admissão de toda e qualquer injustiça abriria espaço para a tirania. Por isso, para ele, se, por um lado, deve-se tolerar pequenas injustiças, a fim de que se viabilize a existência do Direito Positivo, que, inevitavelmente, as contém, por outro, não se pode suportar

5 - Sendo a justiça reconhecida, no entanto, como critério formal, deve-se buscar, então, o seu conteúdo, as “medidas” de igualdade ou proporcionalidade que determina, o que, como exposto, faz-se por meio da estipulação dos valores “por ela promovidos no terreno jurídico”.

um regime que desconheça o princípio da dignidade humana, que negue as liberdades básicas (de pensamento e consciência, de decisão sobre os assuntos privados, de locomoção), que faça os homens escravos de um senhor, público ou privado.

A ideia guarda semelhança com a teoria de Alexy sobre a extrema injustiça. Alexy, retomando Radbruch (2009, p. 69), entende que existe uma conexão necessária entre Direito e Moral que, no que diz respeito à invalidação do Direito, impacta apenas quando este é extremamente injusto (ALEXY, 2009, p. 57-58).

Para Recaséns, “quando o desespero pelos males da tirania se faz insuportável, então os povos podem apelar para o supremo recurso da revolução” (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 621, tradução livre). O autor afirma que:

No último terço do século XIX, época que, ao menos em aparência, era plácida e muito civilizada, não se advertiu ao perigo pavoroso que implicava a atitude positivista, negadora de toda estimativa ou axiologia ideal. Mas ao contemplar, desde o decênio do século XX, a realidade sinistra do Estado totalitário, em qualquer de suas formas, ocorre que as civilizações do Ocidente se sentem sobressaltadas pelo terror (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 377, tradução livre).

Recaséns se posiciona, portanto, como mais um dos autores que imputa ao Positivismo uma grande parte de responsabilidade no advento do nazismo e seus semelhantes. Entende-se que, na verdade, as manifestações operadas pelo Positivismo jurídico são diuturnamente incompreendidas – e o foram especialmente nos momentos contemporâneos e imediatamente posteriores à Segunda Guerra Mundial. Ressalvadas eventuais correntes positivistas mais radicais, a imparcialidade, buscada pelo Direito naquele momento, não pugnava por um Direito sem valor, mesmo porque, consoante reconhece o próprio Recaséns Siches, toda norma jurídica é fruto de uma escolha, de uma preferência, e sempre exige uma valoração prévia, ainda que uma indesejável. (ARAÚJO, 2015).

É importante lembrar que nem mesmo um dos principais defensores do Positivismo jurídico, Kelsen, sugeriu que o Direito deveria se desenvolver alheio a valores. Aliás, o próprio Recaséns entende que Kelsen, diferentemente de negar o problema da Axiologia Jurídica, conferiu-lhe tratamento importante, a ponto de inaugurar um outro caminho ao problema dos valores (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 406).

De fato, os regimes totalitários marcaram a História, ao demonstrarem que era possível legitimar um Direito integralmente cruel, contrário a valores quase intrínsecos do homem. O nazismo mostrou ao mundo que certos valores não devem ser violados em nome de nenhuma espécie de “justiça”, de nenhum nacionalismo, de nenhum poder.

Não desejando filiação a qualquer das correntes, é inegável que se entenda, atualmente, que a atenção à realidade e sua conseqüente relativização são inafastáveis. Entretanto, isso não significa negar que certos valores devem ser verdadeiramente preservados, a fim de se evitar que o Direito, no lugar de servir ao homem, preste-se apenas a uma legitimação de poder. Exatamente por isso, uma das maiores dúvidas que impulsionou grandes filósofos, e continua, até hoje, sem resposta, é – especialmente em um mundo que se divide entre o direito absoluto à vida e a

legitimidade da pena de morte, a liberdade plena de expressão e o monopólio da informação pelo Estado, o Estado laico e o Estado religioso – quais valores são esses?

A dificuldade dessa pergunta pode tornar cétricos grande parte dos que se dediquem a ela. Mas Recaséns manteve-se otimista, acreditando que, apesar da dificuldade do tema, não é inacessível e já se realizaram substanciais progressos (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 420). Para ele, a dificuldade desse empreendimento, inobstante reconhecida, não pode levar à “imperdoável desesperança” (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 420, tradução livre).

É, nesse contexto, que Recaséns recusa as concepções transpersonalistas, segundo as quais o homem não é considerado como ser moral com dignidade, uma vez que não tem fins próprios a cumprir, sendo, na verdade, meio ou instrumento de realização de finalidades que transcendem a sua existência (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 502). Na verdade, Recaséns acredita haver razões estritamente filosóficas para demonstrar que o humanismo ou personalismo é a única concepção correta (CASTRO CID, 1974, p. 189, tradução livre). Como explica o autor, apenas o indivíduo é capaz de propor seus próprios fins e de atuar para realizá-los, pois somente ele tem consciência. Por isso, a coletividade deve respeitar esses fins, os fins do indivíduo, organizando-se para contemplá-los, tornando-se um meio de seu atingimento, e não o contrário. (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 500, tradução livre).

6. CONCLUSÃO

Partindo-se da análise das obras de todos os autores citados, segundo o que elas expõem e o que se pretendeu para o presente estudo, chegou-se a uma série de conclusões referentes à teoria da Estimativa Jurídica de Recaséns Siches.

Primeiramente, pode-se perceber que a Ciência Jurídica se mostra inapta a analisar o julgamento valorativo dos ordenamentos jurídicos e das decisões que deles advém, a fim de decidir se o Direito que “é” coincide com o Direito que “deve ser”. Outro fator determinante é que o jusfilósofo deve partir da observação da realidade, da experiência, logo, da perspectiva empírica, para determinar o conceito de direito. Todavia, conclui o autor, não pode se prender à ideia de que seria o empirismo um fator suficiente para sua determinação.

O autor opta por uma postura objetivista acerca dos valores, como se pode perceber. Entretanto, essa afirmação informa apenas que os valores não são criados pela subjetividade do ser humano, e não que sejam independentes da existência humana. Logo, pode-se perceber que esse autor faz uma junção entre empirismo e objetividade, desmistificando o que parecia um paradoxo para os pós-iluministas.

Ainda se viu, dentro do proposto por Siches, que o ser humano está aberto à história e suas dimensões de espaço e tempo, além de ser a causa dessa história e da construção cultural humana. Nesse sentido, não se pode crer que o conceito de Direito seja imutável e que a experiência não seja parte de sua construção,

Recaséns, com o objetivo de determinar o que o direito é, indica algumas tarefas que o jusfilósofo deve seguir. A primeira é averiguar quais valores podem ou devem regular a elaboração do Direito e quais valores não devem, em qualquer caso, ser abarcados pelas normas

jurídicas. Por conseguinte, cuida de investigar as leis de relação e interferência das valorações que confluem em cada um dos tipos de situações sociais; e, por fim, estudar as leis de realização dos valores jurídicos.

Essas tarefas não são desenvolvidas por Recaséns, no entanto, da maneira sistematizada como são expostas. Pode-se perceber, por exemplo, que o valor supremo dentro do conteúdo jurídico é, para o autor, o princípio da dignidade humana. Alguns de seus corolários podem ser vistos como os valores que devem inspirar a elaboração do Direito, pressupostas certas condições. É possível notar, ainda, que valores que coloquem o Estado em posição superior ao indivíduo não podem ser contemplados, o que denota a intensa preocupação de Recaséns em demonstrar os equívocos principiológicos dos regimes totalitários. Mas não há, como se poderia esperar, uma evolução das questões no desenvolvimento do tema. É preciso, assim, que se analisem os pontos destacados por Recaséns, tendo-se em mente as tarefas da Estimativa Jurídica, e não o contrário.

Segundo esse autor, esses passos ou tarefas seriam suficientes para a determinação do Direito, não como algo definitivo e nem como regra dura, engessada, mas dentro do que é possível, dado os contornos da realidade. Essas tarefas seriam suficientes, de acordo com o autor, para impedir que a injustiça se instale completamente como o que ocorreu na Alemanha na Segunda Guerra mundial.

Percebe-se que a retomada do estudo de autores como Recaséns Siches é especialmente importante em momentos de questionamento do humanismo, os quais vêm ocorrendo com cada vez mais força. Observam-se nesse sentido as reações às crises migratórias desde 2015 na Europa, as celebrações recentes de vitórias políticas da extrema-direita no continente, as discussões por ocasião das eleições americanas de 2016, e as eleições brasileiras, impulsionadas por ideias nacionalistas, em 2018. Verificam-se posturas de diminuição da relevância de cada indivíduo, em prol de valores abstratos que, embora possam as interessar, não representam a consecução de seus próprios fins, tais como “segurança” em abstrato e “diminuição da corrupção”. A despeito das reconhecidas dificuldades na conceituação objetiva de valores, como justiça e dignidade humana, pode-se dizer que a história já demonstrou a correção de algumas premissas.

Se, a despeito das dificuldades de conceituação de justiça e dignidade, essas premissas puderem continuar sendo respeitadas, e o ser humano continuar tendo uma noção de alteridade que o permita compreender que o respeito a sua dignidade por condição de ser humano exige que respeite a cada um também por sua “mera” humanidade, é possível que o mundo sobreviva às suas crises sem enfrentar a derrota humana que representam os regimes ditatoriais e tiranos, que deixaram suas marcas no século XX.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**: 1ª parte da 2ª parte. 2. ed. Tradução de Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1980. v. 4.



ARAÚJO, Cynthia Pereira. **Nazismo e o conceito de não positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2015.

CASTRO CID, Benito de. **La Filosofía de Luis Recasens Siches**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1974.

CUADROS AGUILERA, Pol. El proyecto Recaséns y la renovación de la Filosofía del Derecho en España. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, n. 34, p. 78-90, 2016.

GOMES, Renata Silva. **A escola do Realismo Jurídico Clássico: uma compreensão geral da justiça e do direito sob a perspectiva dos principais autores realistas contemporâneos**. 2014, p. 185f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConstItem.html> Acesso em: 10 ago. 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

MASSINI CORREAS, Carlos I. **Realismo y Derechos Humanos**. Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <http://www.maritain.com.br/index2.php?p=productMore&iProduct=68>. Acesso em: 18 jun. 2011.

PUY, Francisco. El Bienio Compostelano (1928-1929) del Profesor Recaséns. In: RODRÍGUEZ GARCIA, Fausto E. (Coord). **Estudios em honor del doctor Luis Recaséns Siches**. México: Universidad Nacional Autónoma De México, 1980.

RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2009. (Monografías Jurídicas, 82).

RECASÉNS SICHES, Luis. **Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico: La Filosofía del Derecho en el siglo XX**. Labor: Barcelona 1929.

_____. **Introducción al Estudio del Derecho**. 16. ed. México: Porrúa, 2009.

_____. **Tratado general de filosofía del derecho**. 4. ed. México: Porrúa, 1970.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Tradução: Alcidema Franco Bueno Torres. 1. ed. Coleção: universitária de ciências humanas, São Paulo: Atlas, 1977.



Data do recebimento: 5/06/2021

Data do Aceite: 11/08/2021

.....

INVALIDIDADE DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS LEGISLATIVOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: UM SILÊNCIO ELOQUENTE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

.....

THE INVALIDITY OF CONCRETE CONTROL OF
CONSTITUTIONALITY BY THE FEDERAL AUDIT
COURT UPON LEGISLATIVE ACTS: AN ELOQUENT
SILENCE OF THE 1988 REPUBLIC CONSTITUTION

Eduardo Raffa Valente¹

Thiago Aguiar de Pádua²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Noções gerais sobre o controle de constitucionalidade; 2 Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade; 3 Natureza jurídica dos atos praticados pelo Tribunal de Contas; 4 Invalidade da realização do controle de constitucionalidade dos atos legislativos pelo Tribunal de Contas da união; 5 Conclusão; Referências.

1 - Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Procurador Federal da Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4518386629162391>.

2 - Pós-Doutoramento em Direito (Perugia, Univali e UnB). Doutor e Mestre em Direito no UNICEUB. Professor do Mestrado e Doutorado em Direito do UDF. Membro da Academia Brasileira de Letras - ABrL. Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais - CBEC. Membro da - Associação Brasileira de Processo Civil - ABPC. Membro da Associação Nacional da Advocacia Criminal - ANACRIM. Ex-assessor de ministro do STF. Advogado. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3028359492754395>.



RESUMO: o artigo objetiva investigar a possibilidade do exercício do controle in concreto de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União, realizado de forma incidental nos casos sujeitos à sua apreciação, após o advento da Constituição da República de 1988, tendo em vista a acirrada divergência doutrinária, bem como a pendência de consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. A partir da análise de casos, de pesquisas bibliográficas e da utilização de métodos de hermenêutica jurídica geral e constitucional, é possível delimitar a função estatal exercida pelo TCU, assim como a extensão e profundidade das competências atribuídas ao órgão pela Constituição de 1988, para, ao final, concluir-se no sentido da impossibilidade jurídica do exame concreto de constitucionalidade de atos legislativos pelo TCU.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade. TCU. Atos Legislativos. Reserva de Jurisdição. Função Administrativa.

ABSTRACT: the article aims to investigate the possibility of concrete constitutionality review by the Federal Audit Court, carried out incidentally in cases under its judgment, after the advent of the Brazilian Republic Constitution in 1988, considering doctrinal divergences, as well as the pending consolidation of the Federal Supreme Court's jurisprudence about the subject. Parting from case study, bibliographic research and application of general legal and constitutional hermeneutics, it is possible to identify the state function executed by the Federal Audit Court, along with the extension and depth of jurisdiction assigned to this body of government by the Constitution of 1988. The article concludes towards legal impossibility of constitutionality control of legislative acts by that Court.

KEYWORDS: Control of Constitutionality. Federal Audit Court. Legislative Acts. Judicial Reserve. Administrative Function.

INTRODUÇÃO

A validade do controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União (TCU) é objeto de décadas de debate doutrinário e jurisprudencial. Se há certa pacificidade quanto à invalidade do controle abstrato de normas pela Corte de Contas, o mesmo não se pode dizer em relação ao controle *in concreto*, realizado de forma incidental nos casos sob julgamento pelo órgão.

A discussão ganha fôlego diante da Súmula n.º 347 do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo a qual, o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. O enunciado, aprovado em sessão plenária ocorrida em 13 de dezembro de 1963, ainda não foi objeto de apreciação pelo Plenário da Corte, após a promulgação da Constituição da República de 1988 (CRFB), no exercício da competência prescrita pelo art. 7º, inciso VII, do seu Regimento Interno (RISTF).

A aludida súmula baseia-se em interpretação conferida ao art. 77 da Constituição Federal de 1946, realizada no âmbito do julgamento do Mandado de Segurança (MS) n.º 8.372/CE, em 11 de dezembro de 1961, cujas razões do voto condutor do ministro relator, Pedro Chaves, congregaram diminuta carga argumentativa para justificar a conclusão, conforme será demonstrado adiante.

Noutro lado, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, tendo basicamente o princípio da supremacia da Constituição e a envergadura constitucional da Corte de Contas da União como premissas, substanciosos trabalhos monográficos foram desenvolvidos no campo doutrinário com silogismo favorável ao controle concreto de constitucionalidade pelo TCU.

Entretanto, essas premissas, por si sós, não são suficientes para justificar a validade do controle de constitucionalidade pelo TCU, ainda que exercido de forma incidental. Com efeito, ao invés de redundar em respeito à Constituição e na sua manutenção no patamar cimeiro do sistema jurídico-positivo, a adoção indiscriminada e isolada do princípio da supremacia da Constituição no campo da sindicância da constitucionalidade das leis pode resultar justamente no efeito contrário de fragilização da sua força normativa.

Diante disso, este trabalho objetiva analisar a temática da fiscalização da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos pelo Tribunal de Contas da União, na vigência da Constituição da República de 1988. Para tanto, é necessário abordar algumas noções gerais sobre o instituto do controle de constitucionalidade, a natureza jurídica da função exercida pelo TCU no exercício da sua atividade finalística e, por fim, tratar da validade ou não da realização de controle de constitucionalidade em concreto pelo órgão de contas.

Por último, mas não menos importante, convém elucidar que o emprego do substantivo “validade”, em vez de “possibilidade”, “admissibilidade” etc., deriva do modo como concebemos o direito positivo e a Ciência do Direito: o primeiro como um sistema de normas jurídicas postas pelo Estado, caracterizado por uma linguagem com função prescritiva (lógica deôntica), cujas valências são validade e invalidade, enquanto a Ciência do Direito encerra uma metalinguagem descritiva (lógica alética) em relação ao direito positivo (linguagem objeto), cujas valências são verdade e falsidade.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico-positivo encerra um sistema de normas jurídicas válidas postas pelo Estado, no exercício da sua soberania, que se manifestam unicamente por meio da linguagem prescritiva, em um dos seus únicos três modais deônticos possíveis: obrigatório (O), permitido (P) e proibido (V).

A norma jurídica é a significação obtida a partir da leitura dos textos do direito positivo (CARVALHO, 2014, p. 38). O suporte físico (texto) pode, por vezes, se manifestar por meio de uma linguagem descritiva. No entanto, o produto da interpretação (significação), representado pela norma jurídica, sempre redundará em uma prescrição (dever ser), seja para obrigar, permitir ou proibir determinada conduta: “se H (hipótese) é, deve ser O, P ou V”.

É o que ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr. ao explicar que o *funtor* deôntico pode estar somente implícito, como no “(...) caso da maioria das normas penais que proíbem comportamentos, ao imputar-lhes uma sanção: matar alguém, pena de 20 anos de prisão” (2003, p. 125).

As normas do ordenamento jurídico estão estruturadas de forma hierarquizada, o que implica a existência de uma norma suprema, com a qual todas as demais normas inferiores devem estar em conformidade. Essa norma suprema, que confere *unidade* ao sistema e o caracteriza como tal, é a constituição do Estado. Seu ponto final de referência é o poder constituinte originário, cuja legitimidade decorre de uma norma fundamental, a qual não é expressa, mas pressuposta com o objetivo de fundar o sistema (norma pressuposta fundamental), de forma que a busca pelo seu fundamento implica sair do sistema, pois não se trata de um problema jurídico propriamente dito, mas jusfilosófico; uma discussão sobre a justificação do poder em sentido absoluto (BOBBIO, 2014, p. 58-69; KELSEN, 1998, p. 221-228).

Essa estrutura una e escalonada do sistema jurídico-positivo redundando na intuitiva necessidade da existência de algum sistema de controle da validade das normas subalternas em relação à norma fundamental. Todavia, a configuração do sistema de sindicância da constitucionalidade das normas encerra mais um problema jurídico-positivo do que lógico-jurídico, eis que depende do tratamento dado pela constituição de cada país.

O controle da constitucionalidade das leis pelos órgãos do Poder Judiciário, ou por uma Corte Constitucional específica, apresenta-se como um instituto relativamente novo na história contemporânea ocidental, que remete à superação do dogma da soberania do parlamento.

Guardadas algumas originalidades históricas latino-americanas, como as apontadas por André Ramos Tavares (2014, p. 245-262), a doutrina trata o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803, como o primeiro precedente de controle de constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário (*judicial review*), mesmo sem previsão expressa na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. João Carlos Souto traz interessante trecho do voto prevalente do *chief justice*, John Marshall, no caso:

A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível [...]

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consonante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito rege o caso. Esta é a verdadeira essência da função judicial.

Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam (2015, p. 23).

O voto de Marshall estabeleceu os dois pressupostos fundamentais para o controle judicial de constitucionalidade das normas: (a) a *supremacia da constituição* e (b) a *rigidez constitucional*, na medida em que as normas constitucionais estão sempre em posição de supremacia em relação às demais normas, e sua criação e modificação exige um processo mais complexo e solene do que o demandado para a criação e modificação das normas ordinárias. Com efeito, se as normas constitucionais fossem criadas e modificadas mediante adoção do mesmo processo para criação e modificação das normas infraconstitucionais, eventual contradição entre umas e outras não significaria inconstitucionalidade, mas simples revogação das primeiras pelas últimas.

Mais do que isso: *Marbury v. Madison* marca o nascimento do sistema difuso de controle de constitucionalidade, também batizado como sistema norte-americano, em contraposição ao sistema concentrado ou austríaco, que surgiria somente com a Constituição Austríaca, de 1º de outubro de 1920, sob influência de Hans Kelsen (CHEVALLIER, 2013, p. 68), com a criação de uma Corte Constitucional dotada de competência exclusiva para realizar o controle de constitucionalidade.

Contudo, embora a admissão do sistema de controle concreto de constitucionalidade decorra de uma lógica do sistema (questão lógico-jurídica), ao contrário do sistema de controle abstrato, que depende de previsão constitucional expressa (questão jurídico-positiva), como bem apontado pelo ministro Moreira Alves, no voto vista proferido no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n.º 91.740, alguns sistemas jurídicos, ainda que fundados por constituições escritas, dotadas de supremacia e rigidez, vedam expressamente a realização da *judicial review* por qualquer juiz ou tribunal, atribuindo-se o monopólio da censura a uma Corte Constitucional, como ocorre na Alemanha, em que a competência está concentrada no Tribunal Constitucional Federal (art. 100, (1), da Lei Fundamental de Bonn).

Deste modo, o instituto do controle judicial de constitucionalidade encerra uma garantia de existência (CANOTILHO, 2003, p. 888) da Constituição, ínsita à função jurisdicional, mas sujeita à conformação a ela conferida pela Constituição de cada país (quando a admite), cuja gênese e evolução podem ser tributadas à sucessão de múltiplos eventos históricos.

2. SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição brasileira de 1988 criou um sistema peculiar de controle judicial de constitucionalidade, pois admite tanto a sindicância em concreto, por qualquer juiz ou tribunal, mediante controle realizado *incidenter tantum*, quanto o controle em abstrato, operado pela via de ação direta, ajuizada no Supremo Tribunal Federal, ou, nos casos em que o paradigma de controle for a Constituição Estadual, no respectivo tribunal de justiça (CRFB, art. 125, § 2º).

A validade do controle realizado em concreto por qualquer juiz ou tribunal decorre da própria natureza da função jurisdicional, como bem pontuado no voto de Marshall em *Marbury v. Madison*, bem como da ausência de proibição constitucional expressa. Com efeito, a prescrição das cláusulas da separação e harmonia entre os Poderes (art. 2º), da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV), da imutabilidade relativa da coisa julgada, da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), da reserva de plenário (art. 97) e da competência do STF para julgar recursos extraordinários interpostos contra decisões judiciais proferidas em única ou última instância, que declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgarem válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 102, inc. III, alíneas “b” e “c”), torna indene de dúvidas a admissão do controle difuso entre nós.

Noutro giro, o controle abstrato pela Suprema Corte, essencialmente operado mediante ação direta de inconstitucionalidade, ou por meio de ação declaratória de constitucionalidade, encontra escora no prescrito pelos artigos 102, inciso I, alínea “a”, e 103 da Constituição.

Em verdade, a competência para declarar a inconstitucionalidade propriamente dita, compreendida como a retirada da norma do ordenamento jurídico, é exclusiva do STF (eficácia *erga omnes*). O que os demais juízos podem fazer é resolver sobre a nulidade da norma como questão prejudicial de mérito, afastando-se sua aplicação no caso concreto, sem, todavia, retirá-la do sistema (eficácia *inter partes*), como pontuado por Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 201).

A exegese dos citados enunciados constitucionais também revela norma jurídica proibitiva da realização de controle *repressivo* de constitucionalidade dos atos normativos produzidos no âmbito do processo legislativo (art. 59) – atos eclodidos no exercício da função legislativa (atos legislativos) –, nas hipóteses em que qualquer órgão do Estado, inclusive os órgãos do Poder Judiciário, estejam no exercício da função administrativa. Em outras palavras, a Constituição da República submete o controle de constitucionalidade dos atos legislativos à cláusula de reserva de jurisdição.

A restrição da cláusula de reserva de jurisdição aos produtos do processo legislativo decorre do dever-poder de autotutela da Administração Pública sobre os seus próprios atos, o qual não só permite, como obriga que esta reconheça a invalidade dos atos administrativos inconstitucionais, o que, por óbvio, inclui os atos administrativos normativos – os denominados atos-regra (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 436) –, em virtude do dever de obediência ao princípio da legalidade prescrito pelos arts. 5º, inciso II, e 37 da Constituição, conforme explicitado no art. 53 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e cristalizado na Súmula n.º 473 do STF.

Assim, negar que a Administração Pública possa retirar um ato seu maculado pelo vício da inconstitucionalidade seria negar vigência ao próprio princípio da legalidade, bem como ao postulado do paralelismo das formas.

A abrangência do sistema de controle de constitucionalidade criado pela Constituição Cidadã, que inclui a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal apreciar a validade das leis, bem como substancial ampliação do rol de legitimados ativos para acionar a Suprema Corte pela via direta, inclusive mediante propositura de ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), e a abstrativização do controle difuso, ensejada pela inclusão da repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, tornam intuitiva a exclusividade da função jurisdicional quanto ao exame da constitucionalidade dos atos legislativos.

A intuição é corroborada pela posição dogmática do princípio da legalidade estrita (CRFB, art. 37) entre nós. Com efeito, conquanto o princípio da legalidade resida no continente do princípio da juridicidade, de modo que os agentes públicos devem submeter o agir ao sistema jurídico como um todo (Constituição, leis, decretos etc.), e não somente às leis formais, isso não pode redundar na automática conclusão de que a Administração Pública pode simplesmente negar obediência a um ato legislativo, por entendê-lo inconstitucional.

O ato de afastar a aplicação de um ato legislativo no caso concreto, por considerá-lo inconstitucional, quando no exercício da função administrativa, resulta em flagrante violação do princípio da legalidade estrita, o qual encerra postulado basilar do Estado Democrático de Direito, na medida em que garante que os agentes estatais somente agirão segundo os limites deônticos originariamente estabelecidos pelos representantes do povo, eleitos pelo voto direto, secreto, universal e periódico. Nesse contexto, a apreciação da constitucionalidade de ato legislativo, por agentes públicos, no exercício da função administrativa, implica não só negativa do princípio da legalidade estrita, como também do princípio da democracia.

Não obstante, a arguição de constitucionalidade de atos legislativos sob o império da função administrativa fragiliza sobremaneira o princípio da vinculação do direito, o que, por conseguinte, implica debilidade excessiva do princípio da segurança jurídica. E, como assinalado por Kelsen, o princípio do Estado de Direito é, no essencial, o princípio da segurança jurídica (1998, p. 279).

Conquanto a função jurisdicional também esteja vinculada ao princípio da legalidade, o poder constituinte originário *reservou* ao Poder Judiciário, quando no exercício da sua função típica, a competência exclusiva para apreciar a constitucionalidade dos atos legislativos, como expressão do complexo mecanismo de freios e contrapesos ínsito à separação *harmônica* dos Poderes (*checks and balances*). Essa escolha política legitimadora do constituinte originário é a razão última pela qual a apreciação da constitucionalidade na intimidade da função jurisdicional não implica violação aos princípios da legalidade e da democracia, sem olvidar que a qualidade dos efeitos das decisões judiciais de se tornarem relativamente imutáveis (coisa julgada) garante um estado de calculabilidade aos destinatários dos pronunciamentos judiciais invalidantes.

Todavia, a cláusula de reserva de jurisdição comporta exceções expressas no texto constitucional. É o caso da sindicância da constitucionalidade das medidas provisórias pelas comissões

de constituição e justiça das casas do Congresso Nacional (art. 62, § 5º). Com efeito, medidas provisórias constituem nítidos atos legislativos, leis sob condição resolutiva, relacionadas no rol do art. 59 da Constituição (inc. V), editadas pelo presidente da República no exercício atípico da função legislativa.

Outra exceção constitucional expressa encontra assento na competência do Congresso Nacional, para editar decreto legislativo destinado a “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”, conforme dispõe o inciso V do art. 49 da Lei Magna.

Já a apreciação da constitucionalidade dos projetos de lei pelas comissões temáticas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, assim como o veto jurídico do presidente da República (CRFB, art. 66, § 1º), não podem ser enquadradas como exceções à cláusula de reserva de jurisdição, uma vez que não se está a tratar, em qualquer dos dois casos, da fiscalização repressiva da invalidade de determinada norma, expurgando-a do sistema jurídico ou afastando sua aplicação no caso concreto, eis que norma jurídica ainda não há, senão o esboço de uma. Cuidam-se, como a doutrina costuma denominar, de espécies de controle preventivo de constitucionalidade, vocacionadas a evitar o inconveniente da promulgação de uma norma jurídica inválida.

3. NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS PRATICADOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Desde a instituição do Tribunal de Contas pelo Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890, editado pelo Governo Provisório da República recém proclamada, por iniciativa de Rui Barbosa, a doutrina mantém intenso debate sobre a natureza jurídica dos atos praticados pelo órgão, dividido essencialmente entre duas correntes: a que entende que os atos têm natureza jurisdicional e a que os compreende como atos administrativos, conforme explicitado por José Cretella Júnior (1986, *passim*).

Alexandre Aroeira Salles (2018, p. 33) cita Pontes de Miranda e Seabra Fagundes como importantes adeptos da corrente jurisdicionalista, aos quais se opõem, como componentes da corrente administrativista, José Afonso da Silva (2014, p. 473), José Cretella Júnior (1986, p. 01), José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 1023-1024), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 742), entre outros.

O alinhamento a uma ou outra corrente depende do critério utilizado para a classificação das funções do Estado, na qualidade de “(...) regra para decidir o que é verdadeiro ou falso, o que se deve fazer ou não (...)” (ABBAGNANO, 2007, p. 223), cuja formulação não escapa de um mínimo de arbitrariedade, anunciado pela atividade de seleção dos elementos componentes da regra de julgamento.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 436) leciona que os critérios desenvolvidos pela doutrina para a classificação das funções do Estado podem ser reduzidos a dois: (i) o orgânico ou subjetivo e (ii) o objetivo, subdividido em (ii.1) material ou substancial e em (ii.2) formal.

O critério orgânico (ou subjetivo) classifica a função estatal a partir da identificação do produtor do ato. Assim, seriam legislativos *todos* os atos praticados pelos órgãos do Poder Legislativo, judiciais *todos* aqueles provenientes do Poder Judiciário e administrativos *todos* os oriun-

dos do Poder Executivo, o que basta para evidenciar a insuficiência da regra classificatória, tendo em vista a admissão constitucional do desempenho de funções típicas (proeminentes) e *atípicas* pelos organismos componentes do arranjo tripartido do poder do Estado.

O critério objetivo material busca enquadrar as funções do Estado a partir da delimitação de elementos supostamente intrínsecos a elas, de sorte que a característica da função legislativa seria a expedição de normas gerais e abstratas, a da jurisdicional à resolução de lides e a da administrativa à aplicação “prática” ou “concreta” do direito. Contudo, a atividade classificatória dos institutos jurídicos deve partir do regime jurídico que o próprio direito positivo lhes atribui, e não por características supostamente essenciais do objeto, indiferentes ao tratamento normativo conferido.

Nesse contexto, entendemos o *critério objetivo formal* como o mais adequado à missão categorizadora, na mesma linha de pensamento de Bandeira de Mello (2015, p. 32), porquanto pautado na captação de características exclusivamente extraídas do tratamento normativo correspondente a cada função, nos qualificativos que o sistema jurídico-positivo confere à matéria, sem cair na armadilha criada pelas hipóteses constitucionais de exercício atípico de funções por cada um dos Poderes e pela consideração de características “essenciais” alheias ao regime jurídico aplicável à espécie.

Assim, a função *legislativa* consiste naquela “(...) que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 35-36). A *jurisdicional*, na “função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de ‘coisa julgada’” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 36), enquanto a função *administrativa* consiste na aplicação, normalmente *ex officio*, do direito ao caso concreto, geralmente pelo Poder Executivo e, atipicamente, pelos demais Poderes, cujos atos estão sempre sujeitos ao controle de juridicidade pelo Poder Judiciário, conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos ao *controle de legalidade pelo Poder Judiciário* (itálicos do original) (2015, p. 36).

A adoção do critério formal como fator distintivo das funções do Estado torna a topologia constitucional do Tribunal de Contas *relativamente* indiferente ao nosso propósito. Mostra-se desnecessário determinar se é um órgão constitucional autônomo, ou se figura na estrutura do Poder Legislativo, salvante a indubitável identificação de que órgão do Poder Judiciário não o é, à vista do catálogo *numerus clausus* prescrito pelo art. 92 da CRFB. Basta-nos a delimitação taxonômica da função desempenhada pela Corte de Contas da União, no exercício das suas competências relacionadas no rol do art. 71 da Constituição da República, bem como a apreensão de que ela não é órgão do Poder Judiciário.

A identificação da função desempenhada pelo órgão de contas deve ser pautada pelo regime jurídico, aplicável às suas competências, sendo equivocada o apego à literalidade do texto constitucional, que traz nos seus artigos 71, inciso II, e 73, *caput*, os vocábulos “julgar” e “juris-

dição”, assim como a pertinência excessiva dedicada aos predicamentos e impedimentos da magistratura a que estão submetidos os ministros do TCU, pois vocacionados unicamente à garantia da independência da atuação desses agentes públicos.

Essa linha argumentativa, geralmente seguida por adeptos da corrente jurisdicionalista, não resiste ao arcabouço normativo delineado pela Constituição da República. Com efeito, a inapetência dos atos praticados pelo TCU para se tornarem definitivos, porquanto insuscetíveis de se revestirem da qualidade de coisa julgada, com a proteção conferida pelo inciso XXXVI do art. 5º da Lei Maior, apresenta-se como o maior obstáculo para a imputação de natureza jurisdicional à função exercida pelo órgão.

O inciso XXXV, do mesmo dispositivo constitucional, prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional), de modo que, não figurando a Corte de Contas dentre os órgãos do Poder Judiciário, todos os seus atos são passíveis de sindicância jurisdicional, o que sepulta qualquer pretensão de definitividade e imunidade de controle.

Isso se confirma a partir da competência originária atribuída à Suprema Corte pela alínea “d” do inciso I do art. 102 da Constituição, cujo enunciado é específico quanto ao controle judicial dos atos editados pelo Tribunal de Contas da União:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o **mandado de segurança e o *habeas data contra atos*** do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; (negritos nossos)

A definitividade, expressa pela coisa julgada, lançada como pilar do princípio da segurança jurídica pelo art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, encerra qualidade (LIEBMAN, 1984, p. 37) da decisão *judicial* – proveniente, como visto, do Poder Judiciário, no exercício da sua função típica (jurisdicional) – contra a qual não haja mais possibilidade de recurso, na dicção do § 3º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942) e do art. 502 do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015).

A propósito, cabe ressaltar que a reserva a ser dispensada à interpretação da Constituição a partir da lei não deve conduzir ao desprezo sumário de interpretações feitas pelo legislador, desde que dotadas de razoabilidade e compatibilidade com as normas constitucionais, como salientado por Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 98):

Não se confunda, afinal, interpretação da lei conforme a Constituição, procedimento, como visto, sancionado pela jurisprudência e doutrina, com a interpretação da Constituição conforme a lei, prática que encontra reservas nessas mesmas instâncias. A ad-

missibilidade sem a devida prudência de um tal exercício poderia levar à coonestação de inconstitucionalidades, deturpando-se o legítimo sentido da norma constitucional. Mas não é tampouco admissível desprezar a interpretação que o legislador efetua da norma da Carta ao editar a lei. Toda a cautela deve estar em não tomar como de necessário acolhimento a interpretação feita pelo legislador, evitando-se o equívoco de tratar o legislador como o intérprete definitivo da Constituição ou como o seu intérprete autêntico. À parte esse extremismo, não há por que não recolher da legislação sugestões de sentido das normas constitucionais. A propósito, não são poucas as ocasiões em que o constituinte eleva ao status constitucional conceitos e disposições pré-constitucionais, que foram desenvolvidos anteriormente pelo legislador infraconstitucional. Quando isso ocorre, cabe compreender esses conceitos como foram recebidos pelo constituinte e considerar que não mais estarão expostos à livre conformação do legislador. Assim, não se pode desprezar o conceito legal pré-constitucional do júri, para se deslindar o sentido da garantia do art. 5º, XXXVIII, da CF. Tampouco se há de prescindir do que o direito processual define como coisa julgada, para se delinear o significado do que assegura o art. 5º, XXXVI, da Carta. Não se perca de vista, porém, que as normas infraconstitucionais não hão de ter aplicação automática, devendo ter sempre o seu significado aferido pelo novo sistema constitucional, que pode ter-lhe modificado o sentido atribuído anteriormente.

Assim, a sujeição dos atos praticados pelo TCU ao controle judicial, alinhada à sua conseqüente inaptidão para formação de coisa julgada, redundam na inadmissibilidade lógica da atribuição de natureza jurisdicional à função desempenhada pelo órgão.

A constatação de que os atos lançados pelo órgão de contas, no desempenho de uma competência discricionária – por vezes classificada como “discricionabilidade técnica” –, possuem um núcleo imune ao exame jurisdicional não os distancia da ontologia de qualquer outro ato administrativo, notadamente daqueles exercidos no âmbito de uma competência discricionária, nos quais sempre haverá um mérito limitante do controle judicial (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 23 e *passim*), diante do próprio desenho do mecanismo de “freios e contrapesos”, ínsito ao princípio da separação dos Poderes.

Flávio Garcia Cabral apresenta idêntico entendimento:

(...) temos que não há uma peculiaridade nos atos do Tribunal de Contas que demande uma caracterização diferenciada. Os limites do controle exercido quanto ao conteúdo das decisões do TCU ao realizar suas atribuições se referem justamente aos mesmos limites que o Poder Judiciário deve ter na análise do mérito dos atos administrativos em geral. Não se enxerga uma diferenciação quanto aos limites do controle a ser exercido pelo Judiciário que não exista em relação aos demais atos administrativos (ainda que o conteúdo das atividades do TCU tenha características próprias, não difere quanto ao limite do controle que sofre pelo Poder Judiciário) (2019, p. 266-267).

Noutro giro, como legislativos, também não podem ser classificados os atos praticados pelo Tribunal de Contas, porquanto servem à solução de casos concretos submetidos à sua apreciação, sem qualquer introdução de normas gerais no sistema jurídico, tampouco originariamente inovadoras.

Por fim, a norma jurídica, expressa pelo art. 2º da Constituição da República (“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”), impede a categorização dos atos editados pelo Tribunal de Contas da União noutra função do

Estado que não numa das três únicas admitidas pela Lei Fundamental: legislativa, administrativa ou jurisdicional.

Deste modo, observa-se que não há sequer uma única competência atribuída pela norma constitucional ao Tribunal de Contas que possa ser enquadrada como exercício de função jurisdicional, tampouco como função legislativa. Enquadram-se todas elas como desempenho de função *administrativa*, eis que são cumpridas mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, estando todos os atos (*administrativos*) delas decorrentes sujeitos ao controle de juridicidade pelo Poder Judiciário.

4. INVALIDIDADE DA REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS LEGISLATIVOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O art. 70 da Constituição da República atribui ao Congresso Nacional a função de controlador externo da gestão do patrimônio público da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade e aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

O adjetivo “externo” pode parecer paradoxal, porque o Congresso Nacional é o órgão da União investido do Poder Legislativo (CRFB, art. 44), de modo que, como tal, é organicamente impossível que opere uma fiscalização externa ao corpo a que pertence, na mesma medida em que um indivíduo não pode olhar para si mesmo como se fosse um observador externo. Todavia, quer a expressão indicar, como se extrai da parte final do enunciado, que o papel do Congresso Nacional é efetuar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades de todos os Poderes da União, sem prejuízo do controle interno de cada um deles.

O exercício desse controle externo é desempenhado com o auxílio do Tribunal de Contas da União, nos limites do plexo de competências que lhe é atribuído pelo rol taxativo do art. 71 da Lei Maior.

No desempenho das suas competências constitucionais, não é incomum que o TCU se depare com atos legislativos federais, estaduais ou municipais que, na avaliação dos seus membros, são inconstitucionais. Entretanto, há controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de o órgão afastar a aplicação dos atos tidos por inconstitucionais nos casos concretos submetidos ao seu julgamento.

O entendimento pacífico da Corte de Contas é no sentido da validade da declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade de atos legislativos, afastando-se a aplicação da norma inválida no caso concreto, inclusive cristalizado nos artigos 16, inciso VI; 17, § 3º; e 28, inciso X, do seu Regimento Interno, como pode ser extraído do decidido pelos Acórdãos n.º 2000/2017-Plenário, 1758/2018-Plenário e 963/2019-Plenário.

As decisões proferidas pelo TCU fundam-se em basicamente duas premissas: o princípio da supremacia da Constituição e a sobrevivência da Súmula n.º 347, do Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado admite a sindicância da constitucionalidade das leis pelo órgão ancilar do Poder Legislativo: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.



Contudo, cuida-se de enunciado aprovado em sessão plenária, ocorrida em 13 de dezembro de 1963, em interpretação conferida ao art. 77 da Constituição Federal de 1946, com base em precedente julgado dois anos antes, em 11 de dezembro de 1961.

O precedente que ensejou a aprovação da súmula foi o Recurso em Mandado de Segurança (RMS) n.º 8.372/CE, cujas razões do voto condutor do ministro relator, Pedro Chaves, deixaram clara a impossibilidade da declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Contas, o que, no entender da composição da época, diferenciava-se da não aplicação da lei:

Entendeu o julgado que o Tribunal de Contas não podia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade essa declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas.

Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado.

Todavia, cuida-se de silogismo estabelecido na intimidade de um contexto normativo substancialmente diverso do atual, em que sequer existia o controle abstrato de constitucionalidade das leis como conhecemos hoje, o qual somente foi introduzido dois anos depois, com a Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, de sorte que não seria exagero atribuir o rumo da decisão mais a razões de política judiciária do que propriamente técnico-jurídicas, o que inclusive pode ser corroborado a partir da insignificante carga argumentativa do julgado à vista da sensibilidade doutrinária e jurisprudencial da controvérsia.

Isso levou o ministro Gilmar Mendes a decidir no sentido da inadmissão do controle concreto de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União, após a promulgação da Constituição de 1988, em liminar conferida na Medida Cautelar (MC) no MS n.º 25.888/DF, na qual concluiu o seguinte:

Não me impressiona o teor da Súmula n.º 347 desta Corte, segundo o qual “o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional n.º 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.

No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas.

Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.

Razões semelhantes influenciaram a ministra Ellen Gracie a concluir no mesmo sentido, na decisão monocrática proferida na MC, no MS n.º 28.744/DF, assim como os ministros Alexandre de Moraes, em pronunciamento prolatado na MC, no MS n.º 35.410/DF, e Ricardo Lewandowski, em decisão lançada no âmbito da MC, no MS n.º 34.482/DF.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal também referendou o entendimento, no julgamento do MS n.º 35.494/DF, ao invalidar o Acórdão n.º 2.000/2017 do TCU, por ter realizado controle *in concreto* de constitucionalidade de determinados dispositivos legais.

As razões do voto do relator, ministro Alexandre de Moraes, assentaram que, sob a égide da Constituição da República de 1988, é defeso à Corte de Contas realizar controle concreto – e, *a fortiori*, abstrato – de constitucionalidade das leis, sem olvidar que, a pretexto de promover o afastamento incidental de aplicação de lei federal considerada inconstitucional, o órgão não pode imprimir uma *transcendência aos efeitos do controle difuso* que não é atribuída pela Suprema Corte nem mesmo aos seus próprios julgados.

A *ratio decidendi* firmada nos fundamentos do voto do relator foi acompanhada, sem qualquer ressalva, por seis dos dez ministros que participaram do julgamento² realizado em sessão virtual³, o que revela uma nítida tendência de superação, pela Suprema Corte, do entendimento consolidado na Súmula n.º 347.

No terreno doutrinário também são cultivadas divergências em relação à possibilidade jurídica da realização de controle *in concreto* de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas. Com efeito, a corrente, que reputa válida a efetivação do controle, arrima sua conclusão, no geral e guardadas ligeiras variações, no princípio da supremacia da Constituição e na posição constitucional da Corte de Contas, a exemplo da opinião professada por Angélica Petian (2007), Danilo Galan Favoretto (2016), Ricardo Lobo Torres (1994) e Themístocles Brandão Cavalcanti (1972), enquanto a linha contrária se escora, em linhas gerais, na natureza jurídica da função exercida pelo órgão, no princípio da segurança jurídica e na inexistência de previsão constitucional para tanto, *verbi gratia* o defendido por Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 152) e Marçal Justen Filho (2012, p. 1081).

Parece-nos que, inobstante à natureza jurídica de função administrativa do feixe de competências exercido pela Corte de Contas, extrai-se, a partir dos onze incisos do art. 71 da Constituição da República, que os atos sujeitos à sua sindicância têm igualmente natureza de atos estatais, praticados no exercício da função administrativa. Em outros termos, não só os atos praticados pelo TCU são atos administrativos, como também os atos submetidos à sua apreciação, pela Lei Fundamental, são igualmente atos administrativos.

3 - Embora tenham acompanhado o relator, os ministros Luis Roberto Barroso e Rosa Weber ressaltaram entendimentos diversos ou parcialmente diversos do veiculado no voto condutor. Os ministros Edson Fachin e Marco Aurélio de Mello divergiram integralmente do relator.

4 - Na mesma oportunidade, também houve o julgamento conjunto, no mesmo sentido, do mérito do MS n.º 35.410/DF, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes.



O inciso I cuida da *emissão de parecer prévio sobre contas*; o inciso II positiva a competência de *juízo de contas*; o inciso III revela a competência de *apreciação, para fins de registro*, da legalidade de atos de admissão de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões; o inciso IV trata da *inspeção e auditoria de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial* em unidades administrativas ou particulares; os incisos V e VI prescrevem a competência de *fiscalização de contas nacionais de empresas supranacionais e de recursos repassados pela União*; o inciso VII versa sobre a *prestação de informações*; o inciso VIII abarca a competência de *aplicação de sanções previstas em lei*; o inciso IX, da *assinação de prazos*; o inciso X, sobre a *sustação da execução de ato impugnado*; e, por fim, o inciso XI, da competência de *representação à autoridade competente*.

Assim, o poder constituinte originário optou claramente por negar ao Tribunal de Contas o poder de sindicância sobre outros atos que não aqueles editados no exercício da função administrativa, de modo que não estão sob seu crivo os atos praticados no exercício das funções jurisdicional e legislativa. É dizer: somente o Poder Executivo tem seus atos *típicos* fiscalizados pelo TCU, enquanto somente os atos *atípicos* dos Poderes Legislativo e Judiciário, editados no exercício da função administrativa (atos administrativos), estão sujeitos ao controle.

Nesse contexto, admitir o controle de constitucionalidade dos atos legislativos pelo Tribunal de Contas, ainda que operado em concreto, de maneira incidental, nos casos sujeitos à sua apreciação, viola a opção do poder constituinte originário de negar-lhe tal competência, revelada por um *silêncio eloquente* à vista da analiticidade do texto constitucional, eis que, nos casos em que a Constituição pretendeu tratar de controle de constitucionalidade, ela o fez expressamente, a teor dos seus artigos 52, inciso X; 66, § 1º; 97; 102, incisos I, alíneas “a” e “p”, III, alínea “b”, e § 2º; 103, *caput* e §§ 2º e 3º; 103-A, § 2º; 125, § 2º; e 129, inciso IV, o que não se observa em qualquer um dos 37 dispositivos constitucionais dedicados ou relacionados ao Tribunal de Contas da União⁵.

A escolha originária de omissão deliberada de regulação é reafirmada pelo emprego do substantivo “legalidade” no *caput* do art. 70. Com efeito, embora o princípio da legalidade deva ser geralmente compreendido como um dever de agir conforme o direito (juridicidade), e não somente consoante à lei em sentido estrito, é expressiva a teleologia democrática da norma, no sentido não só de submeter os juízos do Tribunal de Contas à vontade popular veiculada pelos atos legislativos, como também de furtar-lhe a possibilidade de questionar a validade jurídica desses atos.

A invocação do princípio da supremacia da Constituição, como premissa básica do silogismo validante da realização de controle de constitucionalidade em concreto pelo Tribunal de Contas, ignora que o princípio pressupõe a supremacia da Constituição como um todo, e não em fatias ou aos pedaços. Significa dizer que a supremacia da Lei Maior implica também a obediência à delimitação das competências orgânicas por ela mesma estabelecida.

O princípio da supremacia constitucional também se manifesta por intermédio da reserva de constituição, em que o *princípio da tipicidade constitucional de competências* aparece como um dos seus canais de concretização. Canotilho anota que “o princípio fundamental do estado de direito democrático não é o de que o que a constituição não proíbe é permitido [...], mas sim que os órgãos do estado só têm competências para fazer aquilo que a constituição lhes permite (...)” (CANOTILHO, 2003, p. 247).

5 - Quatro artigos, 12 parágrafos e 21 incisos entre os artigos 71 e 74 da Constituição.

Nessa medida, sob o discurso de atendimento à supremacia da Constituição, o que se faz, na verdade, ao admitir o controle de constitucionalidade dos atos legislativos pela Corte de Contas, é justamente desatendê-la, já que se atropela a reserva de jurisdição estabelecida para tanto, como expressão da tipicidade constitucional das competências.

O argumento também conduz a um silogismo logicamente insustentável, quando se tem como alvo países adeptos exclusivamente do controle concentrado de constitucionalidade, em que a competência, para tanto, *concentra-se* em uma Corte Constitucional, como na Alemanha, Áustria e Itália (DIMOULIS, 2017, p. 88), onde os demais juízos não estão autorizados a sindicarem a constitucionalidade das leis, quanto mais outros órgãos administrativos.

Nessa linha, o princípio da supremacia constitucional não encontraria assento em tais ordenamentos jurídicos, o que redundaria em uma dificuldade lógica insuperável, pois, se esses sistemas jurídicos preveem mecanismos de controle de constitucionalidade, é porque, obviamente, admitem, como premissa maior, a supremacia da Constituição sobre as demais normas do sistema. Assim, se a permissão para um órgão, no exercício da função administrativa, fiscalizar a constitucionalidade das leis decorresse unicamente do postulado da supremacia constitucional, e esses sistemas jurídicos proibem tal sindicância, eles não admitiriam a supremacia da Constituição, *ad infinitum*.

Ao fim e ao cabo, a adoção da premissa única do princípio da supremacia constitucional, sem consideração do princípio da unidade da Constituição no processo interpretativo – da totalidade do complexo normativo –, é suscetível de admitir qualquer espécie de aventura jurídica, inclusive em desprestígio da própria Constituição, eis que qualquer agente público, no exercício da função administrativa, assim como qualquer particular, poderia negar a obediência a qualquer norma jurídica infraconstitucional, sob o pretexto de reputá-la nula, instalando-se um grave quadro de insegurança jurídica. Assim, cada um teria sua própria Constituição, em detrimento do *sistema de interpretação autorizada* por ela mesma criado.

Destarte, a invocação do princípio da supremacia da Constituição, como premissa da conclusão em sentido favorável à fiscalização concreta da constitucionalidade dos atos legislativos pelo Tribunal de Contas da União, não resiste a um processo interpretativo da totalidade do contexto normativo-constitucional.

5. CONCLUSÃO

Os princípios da supremacia e da rigidez da Constituição eclodem como os dois pressupostos jurídicos básicos do instituto do controle de constitucionalidade das normas, em que o método difuso de fiscalização, por qualquer órgão judiciário, decorre de uma questão **lógica-jurídica** do sistema, embora algumas constituições expressamente proibam seu emprego, enquanto a modalidade concentrada de sindicância, monopolizada por um Tribunal Constitucional, apresenta-se como uma questão jurídico-positiva, dependente, portanto, do tratamento conferido pelo sistema jurídico de cada Estado.



A Constituição brasileira positivou um sistema misto de controle de constitucionalidade, porquanto permite a prática da fiscalização da validade das normas, mediante o manejo de ambos os métodos. Todavia, ressalvadas as exceções constitucionais expressas, mantém o poder de nulificação dos atos legislativos sob a cláusula da reserva de jurisdição.

Nessa medida, a prerrogativa de pronunciar a invalidade de normas inconstitucionais, pelos agentes públicos que estejam no desempenho da função administrativa, não se estende aos atos legislativos – produzidos na intimidade do processo legislativo (CRFB, art. 59) –, cuja fiscalização está reservada aos órgãos jurisdicionais.

O posicionamento taxonômico das competências do Tribunal de Contas da União, situado sob o critério objetivo-formal, revela que todas elas são expressões do exercício da função administrativa, donde os atos fiscalizados pelo órgão também são frutos, ou seja, encerram atos administrativos editados no contexto de fiscalização e controle de atos de igual natureza – de outros atos administrativos.

Deste modo, é defeso ao TCU realizar o controle de constitucionalidade de atos legislativos, eis que o feixe de competências do órgão não foi contemplado pelas exceções constitucionais expressas à cláusula de reserva de jurisdição.

Cuida-se de conclusão insuscetível de ser infirmada pela subsistência da Súmula n.º 347 do STF, pois se trata de verbete editado perante um ambiente histórico-normativo substancialmente distinto do hodierno, o que é corroborado pela tendência de revisão do enunciado pela Suprema Corte, manifestada em julgados proferidos pelo Plenário e em decisões monocráticas pronunciadas pelos seus membros.

Sob a égide da Constituição de 1988, que dedicou inédito e pormenorizado tratamento normativo ao regime jurídico do instituto do controle de constitucionalidade, assim como às competências e aos elementos orgânicos do TCU, não há como cogitar a existência de uma omissão indeliberada de regulação pelo poder constituinte originário, senão de um silêncio eloquente da Lei Fundamental, no sentido da incompetência do órgão de controle de contas para sindicarem a validade dos atos legislativos.

O princípio da supremacia da Constituição não pode servir como suporte jurídico de comportamentos nulificantes ou subtrativos da incidência de atos legislativos pelo Tribunal de Contas da União, pois a preeminência da Lei Maior exige a consideração da sua unidade, de sorte que o processo de interpretá-la observe a totalidade do contexto normativo-constitucional, o que inclui o respeito à divisão constitucional das competências entre os órgãos do Estado.

Portanto, a conclusão imposta pela ordem jurídico-constitucional é no sentido da vedação ao exercício do controle *in concreto* de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União, nos casos submetidos à sua apreciação.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança MS n.º 25.888/DF**. Decisão monocrática. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de março de 2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho38026/false>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.744**. Decisão monocrática. Relatora: Min. Ellen Gracie, 11 de novembro de 2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho175430/false>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 34.482**. Decisão monocrática. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 12 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho700318/false>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 35.410/DF**. Decisão monocrática. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 15 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho821865/false>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. **Mandado de Segurança n.º 35.494**. Acórdão. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de abril de 2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346339197&text=.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. **Mandado de Segurança n.º 35.410/DF**. Acórdão. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de abril de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755772012>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. **Recurso Extraordinário n.º 91.740/RS**. Acórdão. Relator: Min. Xavier de Albuquerque, 12 de março de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=185336>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. **Recurso em Mandado de Segurança n.º 8.372**. Acórdão. Relator: Min. Pedro Chaves, 11 de dezembro de 1961. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=8372&classe=RMS>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 963/2019**. Processo: 028.490/2017-7. Pedidos de reexame interpostos contra Acórdão que considerou legais atos de aposentadoria dos recorrentes e determinou a exclusão de seus proventos da vantagem do Bônus de Eficiência e Produtividade,



previsto na Lei 13.464/2017. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz, 30 de abril de 2019. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=662292>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. **Acórdão n.º 1758/2018**. Processo: 028.617/2017-7. Pedidos de reexame, em processo de aposentadoria, contra deliberação que determinou a exclusão, nos proventos, de parcela imune de contribuição previdenciária. Plenário. Relator: Augusto Nardes, 1º de agosto de 2018. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=632995>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. **Acórdão n.º 2000/2017**. Processo: 021.009/2017-1. Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 13 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=602501>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. Qual a natureza da função exercida pelo Tribunal de Contas da União (TCU)? **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 01, ano 04, edição 01, p. 253-272, jan./jun. 2019.

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

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – órgão constitucional – funções próprias e funções delegadas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 109, p. 1-10, jul./set. 1972.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Tradução de Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 166:1-16, out./dez. 1986.

DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.



FAVORETTO, Danilo Galan. **Tribunais de contas e controle de constitucionalidade de leis e atos normativos emanados do Poder Público**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. 194 p. Dissertação (Mestrado em Efetividade do Direito).

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PETIAN, Angélica. O controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos pelos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo – Dir. Público – FA**, Belo Horizonte, ano 7, n. 74, p. 17-29, abr. 2007.

SALLES, Alexandre Aroeira. **O processo nos tribunais de contas: contraditório, ampla defesa e a necessária reforma da Lei Orgânica do TCU**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme à constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006.

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

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional - originalidades históricas e tipicidade latino-americana. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 245-262, mai./ago. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 31, n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994.





Data do recebimento: 13/06/2021

Data do Aceite: 29/06/2021

O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

BRAZILIAN JUDICIAL ACTIVISM FROM THE
PERSPECTIVE OF THE FEDERAL PUBLIC ADVOCACY

Olívia Guimarães Ribeiro¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos históricos e conceituais da expressão ativismo judicial; 2 A necessária distinção entre ativismo judicial e judicialização da política; 3 O ativismo judicial brasileiro na perspectiva da advocacia pública federal; 4 Revisão parcial da literatura acerca do entendimento da academia jurídica sobre os efeitos do ativismo judicial praticado no Brasil: benefício ou malefício? 5 Conclusão; Referências.

1 - Doutoranda em Direito pelo UNICEUB - Centro Universitário de Brasília (2020-2023). Mestre em Direito Público pela UFU - Universidade Federal de Uberlândia (2014-2016). Possui Graduação em Direito e Especialização em Direito Empresarial pela Fundação do Ensino Superior de Rio Verde (1998 e 2000). É criadora e editora do blog acadêmico intitulado Blog da Professora Olívia. Aprovada no concurso para professor efetivo do Departamento de Direito Público Adjetivo da UNIMONTES. Advogada militante em Unai e região na área cível. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4940718515478050>.

RESUMO: O ativismo judicial vem despontando no cenário brasileiro com uma proposta de, por intermédio de decisões judiciais mais eficazes, conferir maior efetividade aos direitos assegurados no texto constitucional, principalmente os fundamentais. O objetivo precípua do instituto é outorgar maior presteza aos anseios da sociedade e, conseqüentemente, maior eficácia na entrega das correspondentes prestações jurisdicionais, através de uma atuação mais efetiva por parte do Poder Judiciário. A expressão ativismo judicial tem recorrentemente sido confundida, ou mesmo empregada como sinônimo de outra com a qual não se confunde, qual seja a judicialização da política. Por este motivo, faz-se necessário tecer neste trabalho algumas breves considerações voltadas a elucidar para o leitor a distinção existente entre tais institutos. Em uma análise perfunctória, tais expressões podem sinteticamente ser definidas como, respectivamente, a atuação proativa dos magistrados e a maior abrangência de atuação do Poder Judiciário fora do âmbito de suas atividades típicas, principalmente no que concerne ao Poder Legislativo. Feita tal diferenciação, há que se ressaltar que o ativismo judicial vem sendo empregado com cada vez maior frequência no âmbito brasileiro. Por fim, este trabalho demonstrará que desta inovadora forma de atuação do Judiciário, qual seja a atuação ativista, evidenciam-se, de um lado, os que com ela compactuam, entendendo que tal postura se faz necessária para garantir a efetivação de direitos nos casos de lacunas legislativas e, de outro, aqueles que a rechaçam, salientando a impossibilidade de usurpação de função de um poder do Estado por outro.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Separação dos Poderes. Administração Pública. Advocacia Pública Federal.

ABSTRACT: Judicial activism has been emerging in the Brazilian scenario with a proposal to, through more effective judicial decisions, grant greater effectiveness to the rights guaranteed in the constitutional text, especially the fundamental ones. The main objective of the institute is to provide greater promptness to society's wishes and, consequently, greater efficiency in the delivery of corresponding jurisdictional benefits, through a more effective action by the Judiciary. The expression judicial activism has recurrently been confused, or even used as a synonym for another one with which it is not confused, namely the judicialization of politics. For this reason, it is necessary to weave in this work some brief considerations aimed at elucidating for the reader the existing distinction between such institutes. In a perfunctory analysis, such expressions can be synthetically defined as, respectively, the proactive performance of magistrates and the greater scope of action of the Judiciary Power outside the scope of its typical activities, especially with regard to the Legislative Power. Having made this distinction, it should be noted that judicial activism is being used with increasing frequency in the Brazilian context. Finally, this work will demonstrate that from this innovative form of action of the Judiciary, which is the activist action, those who agree with it are evident, understanding that such a posture is necessary to guarantee the realization of rights in cases of legislative gaps and, on the other, those who reject it, stressing the impossibility of usurpation of the function of one State power by another.

KEYWORDS: Judicial Activism. Judicialization of Politics. Separation of Powers. Public Administration. Federal Public Advocacy.

INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo é o ativismo judicial sob a ótica da advocacia pública federal, instituto este que, em linhas perfunctórias, pode ser entendido como a postura proativa do magistrado, conduta que se apresenta com a pretensão de promover a efetiva satisfação da entrega da prestação jurisdicional, sobretudo no que tange à concretude de direitos constitucionalmente assegurados.

Os autores adeptos deste modelo de atuação jurisdicional entendem que a tradicional forma de interpretação judicial, através da mera aplicação da lei ao caso concreto, não mais se amolda às pretensões sociais, fazendo-se necessária uma interação entre direito, moral, ética e política, com vistas a dar efetividade aos ditames Constitucionais caracterizadores da vontade política emanada em um Estado de Direito Democrático.

O advento do neoconstitucionalismo permitiu este intercâmbio entre o Direito e outras áreas de conhecimento, como a sociologia, a ética, a filosofia e a política, de modo que o pronunciamento do Judiciário acerca de determinada questão, perfaz-se também em um juízo político.

Aliado ao ativismo judicial, o fenômeno da judicialização da política também se destaca, permitindo a atuação do Judiciário em áreas de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, com o mesmo propósito de conferir maior efetividade aos preceitos Constitucionais, especialmente no que tange à proteção de direitos fundamentais.

O presente texto tem como problemática de pesquisa analisar como os autores brasileiros vêm se posicionando acerca dos efeitos da aplicabilidade do ativismo judicial no Brasil, principalmente no âmbito da advocacia pública federal.

Para tanto, constitui objetivo geral do artigo coletar os fundamentos expressados por adeptos e opositores, passando-se, para isso, primeiramente, pelos objetivos específicos constantes da conceituação da expressão e sua necessária distinção do instituto da judicialização da política, demonstrando que, embora frequentemente sejam mencionados como sinônimos, não se confundem, referindo-se o ativismo judicial a uma atitude, uma postura proativa por parte do Judiciário, enquanto a judicialização da política refere-se à flexibilização da atuação do Poder Judiciário em áreas que não se relacionam à sua atividade típica.

Ainda como objetivos específicos, demonstrar-se-á que o Judiciário vem adotando posição ativista para conferir eficácia a direitos constitucionalmente assegurados e, por fim, verificar-se-á o posicionamento de alguns autores acerca de tal postura, demonstrando porque uns o encaram como algo positivo, ao passo que outros o veem negativamente.

A justificativa do presente artigo é que o ativismo judicial de fato vem sendo utilizado pelo Judiciário em suas decisões, do que decorre a necessidade de se analisar se tal conduta se constitui em um benefício ou malefício para a sociedade, principalmente no que concerne aos casos de atuação da advocacia pública federal.

Quanto à metodologia aplicada, o presente trabalho foi realizado através de uma pesquisa descritiva, com abordagem qualitativa, fonte secundária e método indutivo (BITTAR, 2017), sendo feita na forma de revisão de literatura.



Este artigo é constituído de um capítulo introdutório que conceitua a expressão ativismo judicial, seguido de outro que a distingue de expressão semelhante, que é a judicialização da política. Em seguida, apresenta-se o ativismo judicial sob a perspectiva da advocacia pública federal, demonstrando-se, por fim, o entendimento de alguns autores, objetivando apontar as justificativas de adeptos e opositores.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DA EXPRESSÃO ATIVISMO JUDICIAL

A expressão “ativismo judicial” foi vista pela primeira vez em um artigo da revista norte-americana *Fortune*, intitulado “The Supreme Court: 1947”. A origem do ativismo judicial norte-americano se deu por meio do exercício do controle de constitucionalidade realizado no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, no qual a Suprema Corte repeliu a utilização interpretativa da lei, declarando a inconstitucionalidade da norma. (GOMES, 2019)

O ponto alto do ativismo judicial nos Estados Unidos da América se deu com o julgamento do caso *Brown versus Board Education*, em 1954, que colocou fim à segregação racial nas escolas públicas do país. (RAMOS; OLIVEIRA JUNIOR, 2014)

A partir daí, cresceu o ativismo judicial no direito norte-americano, passando a Suprema Corte a agir em campo que ultrapassa a análise jurídica, deixando de ser mero intérprete da lei para se tornar seu verdadeiro reescritor. (TRINDADE; MORAIS, 2011)

Muitos julgados proferidos nos Estados Unidos da América acabaram por influenciar decisões das Cortes brasileiras, embora em sua essência o instituto se diferencie nos dois países, na medida em que o ativismo norte-americano é voltado a combater abusos cometidos pelo Poder Legislativo, ao passo que no Brasil é utilizado como forma de suprir a inércia na atuação de outros Poderes. (RAMOS; OLIVEIRA JUNIOR, 2014)

Na definição de Barroso (2010, p. 172), o ativismo judicial brasileiro pode ser entendido como a conduta dos magistrados que eleve sua atividade ao patamar de fundamental na efetiva realização da função jurisdicional, em oposição a uma atuação moderada ou restrita. Em suas palavras:

É entendido como uma postura, uma posição, uma maneira de o Judiciário interpretar e aplicar o Direito, expandindo ao máximo a incidência de preceitos constitucionais, ainda que não expressos claramente. O problema é que, através dessa expansão dos preceitos constitucionais que não estejam expressos claramente somados a uma fundamentação débil em princípios constitucionais, o julgador acaba por deixar vaziar mais o seu sentimento pessoal acerca do comando normativo do que a disposição do texto constitucional. Mas o ativismo é mais do que isso. O ativismo judicial é a encampação/penetração eventual pelo Judiciário no domínio de decisão dos poderes eleitos pelo voto popular.

Tal postura tem sido adotada com o intuito de garantir a efetividade da democracia e dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, transmudando-se os juízes e Tribunais, de aplicadores da lei a verdadeiros guardiões do texto constitucional, ressaltando valores fundamentais que devem ser igualmente observados pelos três Poderes do Estado.

Nesta linha de pensamento, assevera Barroso (2010, p. 172) que:

Há que se advertir que a prática do ativismo judicial é de uso tópico e ocasional, nunca podendo ser utilizada de maneira contínua e irrestritamente. A postura proativa do Judiciário, além de ser eventual, deve se restringir a proteger dois valores constitucionais: a efetivação de direitos fundamentais e proteção do regime democrático. Fora disso, seu uso é pernicioso e enfraquece a democracia.

Esta conduta ativista do Poder Judiciário tem ganhado, como veremos adiante, adeptos e opositores, na medida em que se caracteriza por uma verdadeira interpretação do Direito nos moldes antes destinados prioritariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

2. A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Embora sejam frequentemente utilizados como sinônimos, o ativismo judicial e a judicialização da política são institutos que não se confundem, fazendo-se necessário trazer a lume algumas breves considerações capazes de permitir ao leitor uma compreensão acertada acerca deles. Segundo a explicação de Silva (2009, p. 19):

É possível e desejável analiticamente a distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial. O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições. (...) Por sua vez, a judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de macro-condições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo Poder Legislativo – Poder Executivo para o Poder Judiciário.

Percebe-se, pois, que, enquanto o ativismo judicial refere-se a uma postura proativa do magistrado no exercício de sua função, a expressão judicialização da política tem sido amplamente utilizada para designar a acentuada e crescente atuação do Poder Judiciário no âmbito do Estado Democrático de Direito. Filho (2003, p. 231) assevera que:

Importante observar que todas as normas constitucionais possuem natureza política. O que caracteriza uma Constituição, muito além de sua gênese formal, é a sua natureza política, e a sua posição como decisão fundamental de um povo. Assim, todas as normas constitucionais fatalmente possuem uma natureza política que lhes é peculiar, muito embora não se trate de um espaço inteiramente político. Não se trata de um espaço puramente político, porque o direito constitucional é o momento do confronto entre o jurídico e o político, mas há uma tonalidade, uma intensidade política superior ao matiz jurídico. Por essa razão, o momento constitucional não é integralmente imune a conteúdo político, ao revés, representa uma verdadeira interpolação de dois conceitos, criando um terceiro, que se denomina sistema constitucional.

A judicialização da política pressupõe, como requisitos, a existência de um Estado Democrático e a separação dos Poderes, de modo a permitir que o Judiciário, ao mesmo tempo em que se encontra em posição de igualdade com os Poderes Legislativo e Executivo, assuma uma postura independente para controle das ações das majorias que desrespeitem o texto constitucional e os direitos fundamentais, em detrimento das minorias. Segundo Streck (2009.p. 53):

O Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos poderes executivo e legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.

Isto se deve ao fato de que o ordenamento jurídico constitucional se baseia em pressupostos políticos que devem corresponder aos interesses sociais.

Pelo modelo positivista, o Direito era aplicado mediante a técnica de subsunção, havendo, deste modo, uma resposta pré-concebida para cada questão controvertida submetida à apreciação do Judiciário.

O advento do neoconstitucionalismo rompeu com este formato tradicional de interpretação do Direito, permitindo a comunicação entre Direito e moral, e reconhecendo, consequentemente, a importância da carga axiológica dos princípios.

Com esta mudança, percebe-se que não há uma única resposta correta oferecida pela norma, tampouco é o intérprete um mero aplicador automático do texto legal. Ao revés, requer do Judiciário uma atividade criativa, capaz de vislumbrar a norma em um contexto moral, ético e social, o que enseja a politização do judiciário.

Há tempos o Supremo Tribunal Federal vem adotando uma postura proativa, através da prolação de decisões de notório cunho moral e popular, o que tem culminado em acirrados debates. Conforme explica Sarmiento (2009, p. 37):

Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e, sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.

Percebe-se, pois, que o movimento neoconstitucionalista tem trazido novos contornos à atuação do Judiciário, conferindo-lhe um desempenho mais incisivo, principalmente no que tange à proteção de direitos fundamentais.

3. O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

A advocacia pública federal existe no Brasil desde a época do Império, remontando, porém, maior semelhança com o instituto na atualidade a que se vislumbrava no período Republicano. Com o advento da Constituição Federal de 1988, foram separadas as funções exercidas pelo Ministério Público e pela Advocacia Pública Federal, tendo esta ficado responsável pela representação judicial e extrajudicial da União (VERÍSSIMO, 2018). O Título IV da Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988), que trata da Organização dos Poderes do Estado, consagrou a Advocacia Pública como função essencial à justiça.

Gruli (2015) faz uma distinção entre a atuação da Administração Pública e do Judiciário, explicando que, àquela compete aplicar a lei de ofício, cabendo-lhe somente atuar quando por esta autorizado, ao passo que ao Judiciário, por força do princípio da inércia, somente é dado agir mediante provocação para atuação no caso concreto, mas que em ambos os casos, por vezes, é preciso extrapolar a aplicação do texto frio da lei para compreendê-lo em um espectro mais amplo, condizente com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

O autor explica que o Judiciário possui melhores elementos que a Administração Pública para proceder à atividade de interpretação da lei, razão pela qual uma eventual incompatibilidade há que ser solucionada por meio do acatamento, por esta, das determinações feitas por aquele, o que estaria em total consonância com o sistema de freios e contrapesos, expondo que:

[...] o ativismo judicial decorre da necessidade de equilíbrio do próprio sistema. Assim, a Administração deve se portar diante desta realidade, sob pena de perder sua própria essência. Isto é, deve a Administração ter presente que ideia de ativismo judicial e obediência aos precedentes são decorrência lógica da própria necessidade pela qual passa nosso Estado Democrático de Direito.

Problema haveria apenas se o Judiciário se excedesse sobremaneira na prática de seus atos, de modo que o ativismo judicial mitigasse o exercício das atividades administrativas, além de compelir à Administração Pública a agir sem respaldo legal (GRULI, 2015). Pereira (2015, p.21) explica que:

[...] a judicialização e o ativismo judicial são fenômenos bem quistos numa sociedade, dado que refletem uma postura ativa do Poder Judiciário, o que permite o controle da atuação dos demais Poderes, trazendo harmonia à tripartição dos poderes. Porém, o problema se instala quando há uma extrapolação dessa postura ativista do Judiciário, invadindo o campo de atuação dos outros Poderes, como tem ocorrido no caso do direito à saúde.

Gruli (2015) também ressalta que, por outro lado, agindo a Administração Pública em conformidade com o que dela se espera, qualquer impacto causado pela atuação ativista do Judiciário será minimizado. Em suas palavras:

Se tanto a Administração quanto o Judiciário interpretam a lei conforme os postulados maiores atrelados ao Estado Democrático de Direito. Se a interpretação (e aplicação) feita pela Administração já estiver em tal conformidade, não haverá espaço (ou este diminuirá abruptamente) para censura judicial. Assim, quanto maior for o equívoco interpretativo da Administração, maior será a incidência da atividade judicial.

A questão, a seu ver, seria muito mais de convergência que de oposição, de modo que:

[...] não só a Administração deve buscar implementar aquilo que dela se espera sob a ótica do Judiciário, mas este também deva sempre ter em mente todos os meandros da atividade Administrativa, para que ainda que Legal e esperado, não se exija mais do que aquilo que pode ser dado no respectivo momento conjuntural.

A vigente Constituição Federal brasileira conferiu à Administração Pública a função de implementação de políticas públicas para dar efetividade aos direitos nela contidos e assegurados, devendo o Judiciário, ao tomar decisões ativistas, ter a cautela de não determinar medidas que possam extrapolar a previsão orçamentária anual, trazendo prejuízos aos demais administrados, o que feriria o princípio da separação dos poderes (PEREIRA, 2015).

Gomes (2011, p. 2) explica que:

A Advocacia Pública brasileira caminha no sentido de consolidar seu papel de agente essencial à justiça, tal como previsto no texto constitucional. A partir do momento em que o Poder Judiciário adota postura especialmente ativa quanto a questões de relevante

interesse público, torna-se ainda mais fundamental que a instituição responsável por fazer a fiscalização, orientação e defesa dos atos e políticas públicas desempenhe bem a sua função, levando aos julgadores as razões jurídicas da conduta tomada pelo representante do povo.

Para ilustrar sua fala, o supracitado autor ressalta a evolução da atuação da Advocacia Pública na defesa de interesses públicos valorosos para a sociedade em geral e não apenas para a Fazenda Pública, utilizando, como exemplo, o caso da demarcação, pelo Poder Executivo, da terra indígena Raposa Serra do Sol, que, impugnada perante o Supremo Tribunal Federal, foi defendida pela Advocacia-Geral da União.

Outra questão importante diz respeito ao ativismo judicial, objetivando a efetivação do direito constitucional à saúde. Nas palavras de Pereira (2015):

Observa-se um crescente número de decisões judiciais que determinam ao Poder Executivo o fornecimento de medicamentos e o tratamento de doenças, em demandas individuais contra os entes da federação, prevendo, inclusive, multas pelo descumprimento. Isso enseja a imposição de gastos não contemplados no planejamento das ações governamentais, o que acarreta desequilíbrios nas contas públicas, além de desorganizar a atuação administrativa. Essa postura ativista exacerbada do Poder Judiciário gera impactos negativos na condução das políticas públicas de saúde, além de comprometer o princípio da separação dos poderes.

Barroso (2001) coloca que, paralelamente às intervenções necessárias e meritórias, há um grande número de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, além de gerar uma desorganização da atividade administrativa e comprometer a alocação dos escassos recursos públicos, de modo que o ônus dessas decisões judiciais ativistas voltadas para a promoção do direito à saúde fica todo para o Poder Executivo.

4. REVISÃO PARCIAL DA LITERATURA ACERCA DO ENTENDIMENTO DA ACADEMIA JURÍDICA SOBRE OS EFEITOS DO ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO NO BRASIL: BENEFÍCIO OU MALEFÍCIO?

No Brasil, o Estado Democrático de Direito se institucionaliza através do exercício do poder pelos órgãos indicados pela Constituição Federal de 1988, no tradicional formato instituído e consagrado por Montesquieu a partir de sua obra “O Espírito das Leis”, qual seja o de rateio das funções estatais.

Ramos (2010, p.34) afirma, sobre a clássica tripartição dos Poderes do Estado de Montesquieu, que:

As três funções estatais então por ele identificadas (legislativa, executiva e judiciária) são atribuídas a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional (Poderes), disso resultando um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual.

Em razão desta forma de estruturação do Estado e do Poder, Leal (2010, p. 123) explica que o ativismo judicial tem sido encarado, em termos pejorativos, como um sinônimo de extrapo-

lação, por parte do Judiciário, de seu âmbito de atuação, com conseqüente usurpação das funções a cargo dos outros Poderes do Estado, o que, em seu entender, não é uma visão correta do instituto. Em suas palavras:

Quando se diz que o Supremo é ativista, quer-se falar que o Tribunal extravasou em sua competência. A visão é distorcida. O STF ideal é aquele que implementa os preceitos constitucionais numa plenitude, tornando-os concretos, deixando de lado a ideia de que a nossa Carta Maior nada mais é do que um conjunto de símbolos ou, para ser mais didático, um livro repleto de promessas lançadas ao vento.

Arguelhes (2019, p. 361) entende que a crescente insatisfação popular com as instituições que a representam pode conduzir a um duplo viés, na medida em que pode constituir uma ameaça à autoridade judicial e ao estado de direito, mas também incentivar juízes a falarem pelo povo. O autor explica que há décadas as deliberações do plenário do Supremo Tribunal Federal vêm sendo televisionadas e disponibilizadas na internet, o que permite que as manifestações judiciais obtenham maior publicidade. Em suas palavras:

Ao falarem sobre questões da pauta da conjuntura, os ministros enviam sinais públicos sobre como podem ser as futuras decisões do STF, moldando, assim, ao menos potencialmente, o comportamento de atores fora do tribunal com a ajuda da transmissão de TV, do Youtube e das mídias sociais, portanto, manifestações judiciais críticas podem atingir um grande público.

Barroso (2018, p. 87) ressalta as vantagens desta representação judicial da vontade popular, salientando que “em muitas situações, juízes e tribunais se tornaram mais representativos das aspirações e demandas sociais do que as instituições políticas tradicionais”, constituindo a melhor alternativa para salvaguardar os interesses da sociedade, embora reconheça que a situação configura uma distorção dos ideais democráticos. O autor justifica seu entendimento dizendo que juízes seriam mais eficientes para compreender os anseios da sociedade porque “não estão sujeitos às tribulações de curto prazo da política eleitoral nem, pelo menos em princípio, às tentações populistas”.

Os autores que defendem o ativismo no Brasil proclamam que o texto constitucional deve ser interpretado pelo Judiciário com vistas a dar efetiva realização a seus fins. O ativismo judicial requer do magistrado uma atuação mais audaciosa na interpretação dos princípios constitucionais, e não a mera aplicação formal da lei, de modo a interpretar a Constituição, captando seus verdadeiros ideais.

Pádua (2015, p. 7) discorda, dizendo que tal entendimento é triplamente equivocado. Em suas palavras:

Primeiro, é possível vislumbrar excessos, sim; e segundo, tenta naturalizar de maneira positiva a expressão “ativismo”, reduzindo a Constituição a um inconveniente ao qual é preciso se livrar quando questões da vida invocam “criação judicial do Direito”. Mais equivocado ainda, em terceiro lugar, quando refere que o Supremo Tribunal Federal exerce “função representativa”.

Para este autor, o Supremo Tribunal Federal não pode se arrojar em buscar representatividade popular e, ao mesmo tempo, exercer uma “contrarrepresentatividade” popular, pois



equivaleria a dizer que a Suprema Corte ora pode fazer (com base em ideologia e valores pessoais) do preto o branco, e ora fazer do branco o preto, cobrar o escanteio, cabecear e defender o gol, ou melhor, agindo como verdadeiro Poder Moderador, como se fosse um legitimado representante divino, ignorando a existência dos artigos 2º e 60, § 4º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

E contrapondo-se, ainda ao entendimento de Barroso (2018, p. 87), para o qual o ativismo seria igual ao colesterol: “tem do bom e tem do ruim”, afirma que este:

[...] seria sempre ruim, pois seria produto de atuação “proativa” decisionista e arbitrária do julgador, que deixaria de aplicar normas eventualmente existentes (fora das seis hipóteses em que isso é permitido) para criar suas próprias normas a partir de seus valores pessoais e ideologia.

Dworkin (2002, p. 215) tece comentários sobre o debate travado entre os autores que defendem esta postura ativista do Judiciário e os que preconizam a necessidade de uma moderação judicial, expondo que:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do Presidente de acordo com isso. (...) Ao contrário, o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

Vê-se que os autores que se opõem ao ativismo judicial defendem o respeito extremo à tripartição dos Poderes, de modo a manter a autonomia e liberdade na tomada de decisões pelos outros Poderes do Estado, cumprindo ao Judiciário o dever de abster-se de intervir, ressalvados casos extremos.

Para Lorenzetti (2010, p. 169), a questão posta a ser analisada é de definição de limites. Em suas palavras:

O problema central que se discute é se o juiz deve seguir critérios precisos, como ocorre normalmente em um sistema de regras determinadas, ou deve decidir conforme o seu bom critério e discricionariedade, já que tem um amplo espaço para tal.

Na escola exegética, só havia lugar para a aplicação do direito, e não cabiam normas indeterminadas, nem a criação judicial. A *posteriori* entendeu-se que o direito é sempre interpretação criativa, realização de valores, ampliando-se a atividade judicial. (...) Atualmente, e uma vez admitido este rol protagonista, discute-se sobre seus limites. Das palavras de Lorenzetti (2010), tolhe-se que o ativismo judicial surge em um cenário em que se compreende que não basta assegurar direitos, faz-se imprescindível garantir sua efetiva concretização.

Sob este enfoque, na inexistência ou insuficiência de norma apta a assegurar a efetivação

do direito conferido, não é lícito ao Judiciário vendar-se e abster-se de proferir julgado capaz de suprir a lacuna existente e entregar a prestação jurisdicional almejada. Neste contexto, pode-se tomar o ativismo judicial como algo positivo, desde que respeitada a devida essencialidade e moderação no caso concreto.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo científico buscou demonstrar que o ativismo judicial é uma conduta adotada como forma de garantir a necessária efetividade dos direitos constitucionalmente positivados, permitindo que o juiz, por vezes, saia de sua tradicional posição de mero aplicador de normas a casos concretos para proceder a uma maior interação entre os diversos campos do conhecimento, perquirindo acerca da real vontade do legislador constitucional e, conseqüentemente, fazendo valer o anseio da sociedade neste Estado Democrático de Direito.

Este trabalho buscou também demonstrar que não raramente a expressão ativismo judicial vem sendo empregada equivocadamente como sinônima do termo judicialização da política, que com ele não se confunde, sendo possível definir, de forma perfunctória, o primeiro como uma forma de atuação mais ativa dos magistrados, ao passo que o segundo diz respeito a maior abrangência de atuação do Poder Judiciário fora do âmbito de suas atividades típicas.

Em seguida, a pesquisa buscou demonstrar o posicionamento da advocacia pública diante da tomada de decisões consideradas ativistas.

Por fim, buscou-se demonstrar que tais decisões vêm sendo objeto de críticas e angariando tanto adeptos como opositores. Enquanto alguns autores se posicionam contra a atuação ativista da Corte, defendendo a necessidade de uma observância rigorosa das funções tripartidas do Estado, de modo a vedar a um Poder a prática de funções que seriam, em tese, de competência exclusiva de outro, os adeptos do ativismo judicial, por outro lado, defendem a adoção desta postura sob o fundamento de que esta se faz necessária para assegurar que os direitos consagrados pela Constituição Federal, principalmente os direitos fundamentais, possam ser efetivamente exercidos, não ficando prejudicados ante a existência de lacuna decorrente da ausência de norma regulamentadora.

O tema não é pacífico, e há tempos vem dividindo opiniões, fazendo-se necessário acompanhar com assiduidade a atuação do Judiciário, a fim de elaborar estudos mais aprofundados acerca do assunto, para se perquirir sobre os benefícios ou malefícios da adoção desta postura ativista, mormente nos casos de interesse e atuação da advocacia pública federal.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck. Juízes falando pelo povo: populismo judicial para além das decisões judiciais. In: Carlos Bolonha e Fábio Corrêa Souza de Oliveira (coords.), **30 anos da Constituição de 1988: uma jornada inacabada**. Belo Horizonte: Fórum.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **A judicialização da vida**. Belo Horizonte: Fórum.



BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos Tribunais Constitucionais nas democracias Contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de Direito Constitucional**: Teoria da Constituição. 3. ed. Salvador: JusPodvm, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto & LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martins Fontes: 2002.

FELLET, André Luiz Fernandes; GIOTTI DE PAULA, Daniel & NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

FILHO, Ney de Barros Bello. **Sistema Constitucional Aberto**: Teoria do Conhecimento e da Interpretação do Estado Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOMES, Antônio Cavallieri. Da atuação da advocacia pública no contexto brasileiro de ativismo judicial - o exemplo do caso raposa Serra do Sol. **Revista da Advocacia Geral da União**, jun. 2011. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/327615635_DA_ATUACAO_DA_ADVOCACIA_PUBLICA_NO_CONTEXTO_BRASILEIRO_DE_ATIVISMO_JUDICIAL_-_O_EXEMPLO_DO_CASO_RAPOSA_SERRA_DO_SOL. Acesso em: 25 jun.2021.

GOMES, Magno Frederici. O ativismo judicial norte-americano e brasileiro: características, paralelo, sustentabilidade e influência das decisões ativistas estadunidenses no Direito pátrio. **Direito em debate**, Ijuí, 2018.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.



GRULLI, José Paulo Martins. **A Advocacia Pública como centro de resposta jurídica e estratégia do Executivo**. Comissão Temária de Direito Constitucional do XLI Congresso Nacional de Procuradores do Estado. 13 p.

ISSACHAROFF, Samuel. **Judicial review in troubled times: stabilizing democracy in a second best world**. New York University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper 18-051.

LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis**. Paris: Marcel Giard, 1921.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez: o outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**. Fundamentos de Direito. 2. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão ativismo judicial como um clichê constitucional deve ser abandonada: uma análise crítica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, 2015.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília. v. 5. Número Especial, 2015. p. 290-308.

PINTO, Roger. **La Cour suprême et le New Deal**. Paris: Recueil Sirey, 1938.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509926>. Acesso em: 25 jun. 2021.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009.

SILVA, Alexandre Garrido da. **Modelos de decisão judicial, direitos humanos e acesso à justiça**. Disponível em:

www.andhep.org.br/anais/arquivos/Vencontro/gt3/gt03p09.pdf. Acesso em: 8 jun. 2021.



STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 25 jun. 2021.

VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. O papel da Advocacia Pública Federal na concepção e implementação de políticas públicas. **Revista digital Constituição e garantia de direitos**, v. 11, n. 2. 2018. 17 p.





Data do recebimento: 29/09/2021

Data do aceite: 3/11/2021

.....

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM PERSPECTIVA COMPARADA: O DIÁLOGO ENTRE O MODELO FRANCÊS E O BRASILEIRO E O ATIVISMO JUDICIAL

.....

CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN A COMPARATIVE
PERSPECTIVE: THE DIALOGUE BETWEEN THE FRENCH AND
BRAZILIAN MODELS AND JUDICIAL ACTIVISM

Sabrina Pires Santos¹

Sérgio Luiz Milagre Júnior²

Mateus de Moura Ferreira³

1 - Graduanda em direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro de Lafaiete - FDCL (2017-2021). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8281186677681618>.

2 - Doutorando em História pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Mestre em História pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Pós-Graduado em Direito Público Global pela Universidade Castilla-La Mancha (UCLM). Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio/Ibmec e em Direito Internacional pela EBRADI. Graduado em História pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG) e em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Professor e Coordenador na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1429719832202961>

3 - Doutor em Teoria do Direito (*Magna cum laude*) (PUC Minas). Mestre em Teoria do Direito (PUC Minas). Professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Professor do Instituto Elpídio Donizetti (IED) e no Instituto de Educação Continuada (IEC/PUC Minas). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9916390432014122>.



SUMÁRIO: Introdução; 1. Aspectos gerais sobre o controle de constitucionalidade; 1.1. Delimitação do tema: controle judicial e controle político; 2. Análise comparativa aos modelos de controle de constitucionalidade; 2.1. Controle de constitucionalidade no Brasil; 2.2. Controle de constitucionalidade na França; 3. Controle de constitucionalidade jurídico como um modelo democrático; 3.1. Ativismo judicial no controle de constitucionalidade; 3.2. Modelo francês: um exemplo de evolução constitucional; 3.3. Ativismo judicial, uma realidade de todos os modelos de controle de constitucionalidade; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo versará sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, em uma análise comparativa ao modelo adotado na França, estabelecendo as características dos modelos político e jurídico, com seus aspectos positivos e negativos. Será abordado, também, como o ativismo judicial pode ser visto sob a ótica dos princípios constitucionais, como democracia e separação de poderes, e analisar em que medida o modelo político adotado na França pode contribuir para legitimar o atual modelo brasileiro. Desse modo, esta pesquisa terá por foco analisar o modelo de controle de constitucionalidade francês em comparação ao modelo brasileiro, especificamente em relação ao órgão incumbido dessa função, para, assim, averiguar qual modelo de controle de constitucionalidade tende a ser mais vantajoso e se as críticas realizadas ao ativismo judicial merecem prosperar. Quanto aos procedimentos metodológicos, a pesquisa bibliográfica e análise legislativa foram utilizadas para estabelecimento das premissas conceituais e práticas aplicadas ao tema escolhido. Essas opções mostraram-se relevantes, porque permitiram estabelecer os parâmetros necessários para concatenar as relações entre o modelo francês e o brasileiro de controle de constitucionalidade. A análise do estudo permitiu concluir que o modelo francês, classicamente considerado um modelo político, vem evoluindo para um modelo jurídico, e que, embora seja criticado, o controle jurídico é um modelo democrático e se mostra mais eficiente para a função. Desse modo, não se deve buscar separar os modelos, e sim pensar em um modelo inovador, que unifique as qualidades que cada forma de controle pode ter.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade. Ativismo Judicial. França. Controle Político. Controle Jurídico.

ABSTRACT: This article will address the control of Brazilian constitutionality in a comparative analysis to the model adopted in France, establishing the characteristics of the political and legal models with their positive and negative aspects. It will also be discussed how judicial activism can be seen from the perspective of constitutional principles, such as democracy and separation of powers, and analyze to what extent the political model adopted in France can contribute to legitimize the current Brazilian model. Thus, this research will focus on analyzing the French constitutional review model compared to the Brazilian model, specifically in relation to the body in charge of this function, in order to determine which constitutional review model tends to be more advantageous and if the criticisms made to judicial activism deserve to prosper. As for the methodological procedures, bibliographical research and documental analysis were used to establish the conceptual and practical assumptions applied to the chosen theme. These options proved to be relevant because they allowed the establishment of the necessary parameters to correlate the relations between the French and Brazilian models of constitutional review. The analysis of the study allowed us to conclude that the French model, classically considered a political model, has been evolving into a legal model, and that, despite being criticized, legal control is a democratic model and is more efficient for the function. Thus, one should not seek to separate the models, but think of an innovative model that unifies the qualities that each form of control can have.

KEYWORDS: Constitutional Review. Judicial Activism. France. Political Control. Legal Control.



INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar, por meio do direito comparado, as características do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro em relação ao francês. De forma mais específica, busca-se um estudo sobre o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e versar sobre em que medida o modelo utilizado na França pode servir de inspiração a um possível aprimoramento do modelo nacional.

Voltando os olhos ao STF, o presente estudo se direcionará nas questões referentes ao órgão que desenvolve o controle de constitucionalidade. Em observância aos princípios constitucionais, verificar-se-á as implicações do ativismo judicial e em que medida outras experiências podem ajudar no seu aperfeiçoamento.

Quanto aos procedimentos metodológicos, a pesquisa bibliográfica e a análise legislativa foram utilizadas para o estabelecimento de premissas conceituais e práticas, aplicadas ao tema escolhido (BARRAL, 2016, p. 61). Soma-se a isso a interlocução realizada por meio da perspectiva comparada, que buscou garantir ao operador do direito diversos olhares sobre o mesmo tema, dando subsídios para aperfeiçoar o ordenamento jurídico.

A contribuição de autores, como Soraya Gasparetto Lunardi (2011), Eugênio Facchini Neto e Leonardo Tricot Saldanha (2017) acerca do controle de constitucionalidade francês foram primordiais para a formulação de respostas ao problema de pesquisa. Noutro giro, doutrinadores nacionais, como Nathalia Masson (2016), Luís Roberto Barroso (2009), dentre outros, permitiram que a comparação de seus diversos trabalhos auxiliasse no desenvolvimento da presente pesquisa.

Sobre a organização do trabalho, inicialmente, serão apresentados os aspectos gerais, relacionados ao controle de constitucionalidade. A finalidade será elucidar os principais conceitos que envolvem o tema, especialmente o de supremacia da constituição, bem como abordar suas diferentes formas e como elas são aplicadas nos países que as adotam.

Na segunda parte, será desenvolvida uma abordagem histórica e teórica acerca do controle de constitucionalidade brasileiro e francês. Com isso, lançaremos algumas premissas sobre a adoção do controle jurídico no Brasil e do político na França.

Ao final, serão abordadas algumas críticas realizadas ao ativismo judicial no controle de constitucionalidade jurídico brasileiro, especialmente se analisados frente aos princípios democráticos e da separação dos poderes. A hipótese é que o ativismo judicial decorre, sem exclusão de outras possibilidades, das características do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. Nesse sentido, as ressonâncias do controle francês poderiam servir como uma forma dinâmica e inovadora de se pensar as características do modelo brasileiro.

À guisa de conclusão, percebeu-se que a separação entre um modelo jurídico e político tende a ser mais teórica do que prática, uma vez que não se pode conceber um modelo puramente jurídico, ou político. Nesse sentido, a criação de um novo modelo com o que o jurídico e político tem de melhor a oferecer pode ser a solução a algumas críticas, bem como isso poderia marcar uma evolução à teoria do controle de constitucionalidade.



1. ASPECTOS GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ponto nodal que sustenta o controle de constitucionalidade está ligado à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Configura-se, assim, tanto a garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais, quanto os limites ao poder do Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito. Nas palavras de Canotilho (1992, p. 969), a instituição da fiscalização da constituição das leis e demais atos normativos constitui, nos modernos Estados democráticos, um dos mais relevantes instrumentos de controle do cumprimento e da observância das normas constitucionais.

Controlar a constitucionalidade significa, em termos gerais, a verificação da adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a norma fundamental, verificando seus requisitos formais e materiais. Nas palavras de Hans Kelsen (1985, p. 285), “como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas”.

Mais especificamente, ele afirma:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outras normas, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos, é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora (*Ibidem*, p. 310)

Se olharmos apenas a ordem jurídica estatal, a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado (*Ibidem*). Dessa maneira, a Constituição, considerada a lei fundamental de um Estado, é, conforme preceitua José Afonso da Silva:

A organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma de Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias (SILVA, 2010, p. 37/38).

A consequência dessa hierarquia, nos dizeres de Paulo Bonavides, “é o reconhecimento da ‘superlegalidade constitucional’, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania” (BONAVIDES, 2010, p. 296).

Dessa forma, incumbe ao poder legislativo a obrigação de elaborar as demais normas sempre em consonância com a constituição. No entanto, em que pese essa obrigação, por vezes, são elaboradas, promulgadas e publicadas normas contrárias à Carta Magna. Daí surge a necessidade de criar mecanismos para retirar do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais. A forma estabelecida para garantir essa harmonia no ordenamento jurídico é por meio do controle de constitucionalidade, que, conforme visto anteriormente, trata-se de um instituto que visa declarar inconstitucional toda lei contrária à Constituição, bem como declarar inconstitucional a omissão diante de normas constitucionais que determinam um agir. Vale mencionar que essas formas de controle podem ser realizadas de maneira preventiva, ou seja, antes de promulgada a

lei, ou de forma repressiva, após a publicação da lei.

Embora determinada a necessidade do mecanismo de controle de constitucionalidade, surge a controvérsia acerca de qual órgão terá poderes e legitimidade para tanto. Segundo Bonavides, essa discussão envolve “um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes.” (BONAVIDES, 2010, p. 297).

Nessa seara, seguiremos o caminho de Mauro Cappelletti (1984, p. 26), que afirma existirem basicamente dois modelos: o controle jurisdicional e o controle político.

De um lado, o controle judicial ou jurisdicional, *judicial review* significa, pois, um sistema em que o controle seja confiado a órgãos judiciários, exercendo uma função jurisdicional. Nas palavras do autor:

O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui, neste encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz (CAPPELLETTI, 1984, p. 26).

Do outro lado, em alguns países, ao invés do controle jurisdicional, existe um controle exercido por órgãos que podemos chamar de políticos, e não judiciários.

Usualmente nestes sistemas, o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é preventivo, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor, e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais (CAPPELLETTI, 1984, p. 27).

Vejamos, mais especificadamente, cada um desses sistemas.

1.1. Delimitação do tema: controle judicial e controle político

O controle de constitucionalidade jurisdicional, também denominado *judicial review*, consiste na faculdade atribuída aos órgãos do Poder Judiciário de declarar inconstitucional uma norma contrária à Constituição. Dessa forma, por esse modelo, um juiz, ao analisar um caso concreto, pode detectar que a norma aplicada seja contrária à constituição e declará-la inconstitucional (controle difuso), ou também pode haver órgãos de cúpula destinados especificamente a analisar as normas em abstrato e verificar sua compatibilidade com a constituição (controle concentrado), ficando a critério do Estado qual modelo adotar.

Por exemplo, conforme Alexandre de Moraes (2017, p. 524), “no Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é misto, ou seja, é exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa”, ao passo que o Estados Unidos adota o modelo difuso, e a Áustria, o modelo concentrado.

Existem duas formas de controle de constitucionalidade judicial: o controle por via de exceção (controle difuso) e o controle por via de ação (controle concentrado).

O controle por via de exceção teve sua origem nos Estados Unidos, em 1803, após a



célere decisão no caso “*Marbury v. Madison*”, relatado pelo *Chief Justice* da Corte Suprema, John Marshall. No caso, afirmou a supremacia jurisdicional sobre todos os atos dos poderes constituídos, inclusive sobre o Congresso dos Estados Unidos da América, permitindo-se, ao Poder Judiciário, mediante casos concretos postos em julgamento, interpretar a Carta Magna, adequando e compatibilizando os demais atos normativos com suas superiores normas (MORAIS, 2017, p. 520). Segundo o *Chief Justice*:

Não há meio termo entre essas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável (MARSHALL, 1908).

Dessa forma, segundo esse modelo, é possível que qualquer juiz ou tribunal decida a respeito da inconstitucionalidade de uma norma apontada diante de um caso concreto. A referida decisão, quando reconhecer a inconstitucionalidade, possui eficácia *inter partes*, abrangendo somente as partes objeto do litígio. Assim, “a lei que ofende a Constituição não desaparece assim da ordem jurídica, do corpo ou sistema das leis, podendo ainda ter aplicação noutra feita, a menos que o poder competente a revogue” (BONAVIDES, 2010, p. 303).

Percebe-se, pois, que a discussão no judiciário, primariamente, não gira em torno da inconstitucionalidade de um ato normativo, e sim sobre um conflito, no qual uma norma que a ele se aplicaria foi detectada com incompatibilidade à constituição, resultando na declaração de inconstitucionalidade por via de exceção.

Posterior ao controle de constitucionalidade difuso, foi criado, em 1920, pela Constituição Austríaca, de forma inédita, um tribunal – Tribunal Constitucional – com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos. Nesse tribunal, não se pretendia a resolução dos casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais (MORAIS, 2017, p. 521).

O controle de constitucionalidade concentrado, pois, foi criado em um momento de forte crise democrática, marcado por uma divergência entre a vontade popular e as manifestações legislativas durante o período nazista. Assim, a desconfiança em relação à arbitrariedade do poder legislativo justifica a preferência dos países adotantes desse modelo por um controle exercido pelo poder judiciário.

O controle de constitucionalidade concentrado é realizado em abstrato, ou seja, o pedido principal da ação é a declaração de inconstitucionalidade, e possui eficácia *erga omnes*, ou seja, seus efeitos atingem a todos. Dessa forma, “não há, neste processo, uma ocorrência fática ou pretensões resistidas, sendo o controle realizado em um processo pela doutrina denominado ‘objetivo’” (MASSON, 2016, p. 1091).

Essa forma de controle, segundo Paulo Bonavides (2010, p. 303), “caracteriza-se por seu teor sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta”. Em outras palavras, significa que se a lei for declarada inconstitucional, deverá ser removida do ordenamento jurídico.

Em suma, o controle de constitucionalidade judicial é um dos modelos atualmente mais utilizados, sendo considerado uma tendência mundial.

O controle de constitucionalidade político, por sua vez, consiste no controle realizado por órgãos que não possuem natureza jurisdicional. Dessa forma, pode ser realizado pelo Poder Legislativo, Executivo e até mesmo por um órgão distinto dos três poderes, por exemplo um conselho constitucional (CAPPELLETTI, 1984).

Justifica-se a adoção por esse modelo devido ao fato de que “determinados sistemas constitucionais, reconhecendo que o controle de constitucionalidade das leis tem efeitos políticos e confere ao órgão exercitante uma posição de preeminência no Estado, cuidam mais adequado e aconselhável cometê-lo a um corpo político” (BONAVIDES, 2010, p. 301).

O referido controle de constitucionalidade teve sua origem na França, por meio da obra do jurista Sieyès, o qual, segundo Bonavides, “propôs um mecanismo político de controle, o qual cuidava de interpretar e remediar o sentimento nacional de desconfiança contra os tribunais do *ancien régime*” (BONAVIDES, 2010, p. 300). Assim, diferente da Áustria, que era marcada por um Poder Legislativo arbitrário, na França, era o Poder Judiciário que carecia de confiança, pois o *ancien régime* foi um período marcado por juízes conservadores e invasivos.

Dessa forma, o exemplo clássico do controle de constitucionalidade político é o modelo francês, o qual é exercido por um conselho constitucional, criado em 1958, pela 5ª República. O referido órgão exerce o controle de constitucionalidade, de forma preventiva e repressiva:

O modelo francês prevê um controle de constitucionalidade preventivo a ser realizado pelo Conselho Constitucional, que, no transcurso do processo legislativo, poderá, desde que provocado pelo Governo, ou pelo presidente de qualquer das Casas legislativas, analisar a constitucionalidade de uma proposição ou de uma emenda, antes de sua promulgação (...)

(...) Em 23 de julho de 2008, a Constituição francesa foi alterada, tendo o Presidente da República promulgado lei de revisão constitucional “*de modernisation des institutions de la Vème République*” (da modernização das instituições da Quinta República) (...)

(...) A lei de revisão constitucional consagrou na França o tradicional controle abstrato de constitucionalidade, passando a permitir a denominada exceção de inconstitucionalidade (*exception d'inconstitutionnalité*) e concedendo ao Conselho Constitucional o poder para o exercício do controle repressivo, nos moldes teorizados por Hans Kelsen (MORAIS, 2017, p. 521).

Paulo Bonavides, citando Michel-Henry Fabre, demonstra que:

A meta do controle político é assegurar a repartição constitucional das competências, relegando a segundo plano a proteção direta das liberdades individuais. O seu principal efeito, acrescenta o publicista, consiste em tolher o nascimento jurídico da lei inconstitucional.” (*apud* BONAVIDES, 2010, p. 300/301).

A adoção desse modelo de controle de constitucionalidade se justifica também pela estrita observância do princípio da separação de poderes, segundo o qual não se defenderia uma ingerência do poder judiciário nas funções atribuídas ao poder legislativo, evitando, ao máximo, o ativismo judicial.

2. ANÁLISE COMPARATIVA AOS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. Controle de constitucionalidade do Brasil

O direito constitucional brasileiro vivenciou fortes crises democráticas ao longo de seus períodos ditatoriais. A Constituição de 1988 (aplicada atualmente), a qual foi promulgada com base em princípios democráticos, marcou um avanço para o controle de constitucionalidade brasileiro. O atual controle de constitucionalidade no direito brasileiro é inspirado nos modelos estadunidense e austríaco e surgiu de forma gradativa, desenvolvendo, assim, nos dizeres de Carlos Roberto “um sistema *sui generis*, com características próprias”. O controle difuso realizado por juízes em casos concretos, e o controle concentrado realizado por um órgão de cúpula (Supremo Tribunal Federal - STF). (DUTRA, 2003, p. 8).

É também previsto o controle preventivo como sendo aquele realizado durante o processo de formação das normas, que é feito pelo próprio Poder Legislativo, por meio da Comissão de Constituição e Justiça, e pelo Poder Executivo, através do veto jurídico.

As principais modificações do controle de constitucionalidade realizadas pela atual Constituição são sintetizadas por Carlos Roberto Dutra (2003, p. 17-18):

Podem ser apontadas as seguintes modificações significativas em relação ao regime anterior: (i) a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que era exclusiva do Procurador-Geral da República, foi consideravelmente ampliada, reconhecendo-se a sua importância jurídica (art. 103, inciso I a IX); (ii) tornou-se obrigatória a manifestação do Procurador-Geral da República nas ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, § 1o); (iii) cria-se a figura do Advogado-Geral da União, a quem cabe a representação judicial e consultoria da União e, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a defesa do ato ou texto impugnado (art. 103, § 3o); (iv) criou-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2o) e o mandado de injunção (art. 5o, LXXI); (v) criou-se um mecanismo destinado à arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único, regulamentado, posteriormente, pela Lei 9.882/99); (vi) atribuiu ao Senado Federal a competência de retirar a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X); (vii) reconheceu expressamente a possibilidade de os Estados-membros instituírem representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Carta estadual (art. 125, § 2º).

Enquanto no controle de constitucionalidade difuso é previsto uma ampla legitimada ativa, ao passo que qualquer interessado em seu direito de ação pode arguir a inconstitucionalidade da lei, e pela sua ampla variedade de órgãos jurisdicionais aptos a analisar a constitucionalidade da lei, no controle concentrado, o órgão incumbido de julgar a ação é unicamente o STF. O seu rol de legitimados ativos é delimitado e taxativo, embora tivesse, com a atual constituição, uma ampliação significativa. Possuindo legitimidade para tanto, conforme art. 103 da CF/88:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No controle concentrado, é prevista a possibilidade de ingressar com uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) (art. 102, I, a), com a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) (art. 102, I, a), com a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (art. 102, §1º) e com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (art. 103, §2º).

A ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade visam “tutelar a ordem constitucional objetiva por meio da instauração, no STF, de um processo de fiscalização abstrata” (MASSON, 2016, p. 1145). Assim, é cabível à ADI quando uma lei ou ato normativo federal é manifestamente contrário à constituição, enquanto é cabível à ADC em relação à determinada norma, quando for comprovada relevante controvérsia judicial acerca da matéria.

Já a ADPF consiste em um procedimento que visa dar uma maior efetividade no controle das ilegalidades e abusos do Poder Público e na concretização dos direitos fundamentais. O qual é cabível, conforme Alexandre de Moraes, em três hipóteses:

Para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. (MORAIS, 2017, p. 559).

A ADO, por sua vez, trata de um importante procedimento para sanar uma omissão do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, que visa corrigir a inércia desses Poderes em legislar a respeito de normas de eficácia limitada não regulamentadas.

Assim, a atual constituição previu, de forma ampla e significativa, procedimentos para o controle de constitucionalidade, possuindo cada ação um objeto específico e uma finalidade comum, qual seja resguardar a constituição e expurgar do ordenamento jurídico normas inconstitucionais.

Em relação aos efeitos das decisões no controle difuso realizado por juízes, em casos concretos possuem efeitos *inter partes*, o que pode resultar em insegurança jurídica, devido à possibilidade de decisões diversas para casos semelhantes. Tendo em vista esse argumento, foi atribuída ao Senado Federal, conforme artigo 52, X da CF/88, a competência de retirar a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao controle concentrado, as decisões proferidas nos procedimentos de ADI, ADC e ADPF produzem eficácia *erga omnes*, efeito vinculante e *ex tunc*, sendo possível a modulação

dos efeitos temporais, quando houver a declaração de inconstitucionalidade da norma. O principal objetivo do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* não é engessar o ordenamento jurídico, e sim evitar incertezas, decisões contraditórias e garantir maior segurança jurídica, ao passo que casos semelhantes terão respostas semelhantes, em virtude do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de ser um efeito positivo da decisão, pode ser visto negativamente, devido à força atribuída a um órgão do Poder Judiciário, que, de certa forma, vai contra a independência funcional da magistratura. Mas que, por outro lado, não limita a atuação do Poder Legislativo, o qual pode tanto revogar a lei declarada constitucional, como criar outra semelhante a uma declarada inconstitucional.

Em relação à eficácia temporal, justifica-se pela teoria da nulidade e pela adoção do efeito retroativo, ao passo que uma norma declarada inconstitucional é considerada nula desde sua criação, não produzindo efeito algum, salvo hipóteses justificadas, em que os ministros poderão modular os efeitos temporais da decisão.

Diferente das decisões das ações citadas acima, a decisão a respeito da ADO se trata de um impulso para o órgão inerte se manifestar e suprir a omissão, não sendo possível realizar o ativismo judicial, dessa forma, segundo Nathalia Masson, a referida ação atribui ao STF:

(...) tão somente, o poder de noticiar (ou cientificar) o legislador ou órgão administrativo que incorre em mora, para que o responsável adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não está o Supremo Tribunal Federal autorizado, em razão dos próprios limites fixados pela Constituição (em seu art. 103, § 2º), a produzir um provimento normativo no intuito de superar a letargia do órgão inadimplente e, com isso, resolver de vez o estado de inconstitucionalidade. (MASSON, 2016, p. 1131).

Pelo exposto, podemos observar que o Brasil adota um controle de constitucionalidade aparentemente eficaz, pois é previsto tanto o controle preventivo, como o repressivo em suas duas formas, difuso e concentrado. Ainda assim, é um modelo que precisa ser aprimorado, pois existem várias críticas que serão abordadas em tópico próprio.

2.2. Controle de constitucionalidade da França

As primeiras constituições francesas eram incompletas, ao passo que não previam em seu texto legal os valores mais caros da sociedade, como os direitos fundamentais. Fato que muda drasticamente com a revolução francesa, movimento que “culminou na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e na Carta Magna de 1791, representa incontestemente marco para a evolução do Direito Constitucional, como técnica de limitação do poder Estatal com fins tutelares ao indivíduo.” (TEIXEIRA, 2016, p. 2).

A França, embora tivesse grande destaque em relação ao movimento revolucionário de 1789, ainda assim foi insuficiente no que tange ao controle de constitucionalidade da lei. Conforme João Pedro Teixeira (2016, p. 02), “durante séculos, tal qual a generalidade dos países da Europa Continental, a França subjugou-se ao primado do parlamento, à primazia da lei”.

Considerando que a França foi marcada pelo período do *ancien regime*, a ideia do controle

de constitucionalidade não era pacificamente aceita. Primeiramente, porque se presava muito a noção de que só a um poder caberia à responsabilidade de elaborar as leis e, dessa forma, atribuir um controle de constitucionalidade a órgão diverso do parlamento seria algo impensável.

Um dos motivos mais marcantes para a aversão dos franceses ao controle judicial de constitucionalidade era a revolta em relação aos juízes do *Ancien Régime*:

Tais tribunais, que graças ao princípio da hereditariedade e da venalidade dos cargos tornaram-se bastante independentes, eram tidos como guardiões das ‘leis fundamentais do reino’ (*lois fondamentales du royaume*) e, através do *droit d’enregistrement* (direito de registro), dispunham de um notável controle sobre os atos legislativos régios. Através do ‘registro’ dos atos normativos do soberano controlava-se se tais atos eram ou não compatíveis com as “leis fundamentais do reino”, tidas como tais de acordo com a divisão dos próprios magistrados. (...) Além disso, em casos de lacuna normativa, podiam pronunciar *arrêts de règlement*, de natureza substancialmente legislativa (NETO; SALDANHA, 2017, p. 149/150).

Apesar de toda essa aversão ao controle de constitucionalidade, houve algumas tentativas de inseri-lo no ordenamento francês, sendo, de acordo com Turpin, a mais conhecida tentativa de oferecer uma garantia externa da rigidez constitucional, feita pelo teórico Abade Sieyès:

Sieyès tentou em 1793, participando dos trabalhos de elaboração da Constituição do Ano III, criar um órgão especializado, o “Júri constitucional” (por ele denominado de *Jurie constitutionnaire*), que teria competências de controle de constitucionalidade das leis. A proposta de Sieyès não obteve êxito, permanecendo em vigor a vedação de controle externo das leis. (TURPIN, apud LUNARDI, 2011, p. 287).

Embora os esforços de Sieyès juntamente com juspublicistas da época, as ideias de adoção de um controle de constitucionalidade inspirado nos modelos estadunidense e austríaco não prosperaram.

Somente após 170 anos da Revolução Francesa, conforme Eugênio Neto e Leonardo Saldanha, “a Constituição de 1958, ainda vigente, alterou o cenário com a criação do *Conseil Constitutionnel*, com a missão de efetuar um controle prévio de constitucionalidade – verdadeira ‘jaboticaba’ francesa” (NETO; SALDANHA, 2017, p. 143). Assim sendo, o controle do Conselho é um ato inserido no processo legislativo de formação das normas, sendo sua intervenção anterior ao ato de promulgação, o que o caracteriza como preventivo.

Dessa forma, a Constituição da Quinta República implantou na França um controle de constitucionalidade político – visto que é realizado por um órgão diverso do Poder Judiciário, o qual iniciou seus trabalhos em março de 1959 –, que possui como função precípua, de acordo com Soraya Gasparetto, “o controle da constitucionalidade das leis, incluindo-se em suas competências fiscalizadoras os textos de origem legislativa, tratados internacionais e regimentos dos corpos parlamentares.” (LUNARDI, 2011, p. 290).

O Conselho Constitucional, conforme artigo 56 da Constituição de 1958, é composto de nove membros nomeados. Entre os membros nomeados, três são escolhidos pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e outros três pelo Presidente do Senado. Todos exercem mandato de nove anos, sem possibilidade de recondução, e um terço dos membros se renova a cada três anos. (Constituição Francesa, 1958).

O mesmo artigo dispõe que, além dos nove membros indicados, os Presidentes da República se tornam, automaticamente, membros vitalícios do Conselho Constitucional após o fim de seus mandatos.

Esse artigo 56 também não fixa requisitos para a nomeação de membros para o conselho constitucional, assim, não é necessário como no Brasil a exigência de notável saber jurídico e reputação ilibada, bastando para tanto a vontade política de quem faz a nomeação. No entanto, conforme Soraya Gasparetto “na prática grande maioria dos membros do Conselho é escolhida entre magistrados de carreira, advogados ou professores de Direito Constitucional.” (LUNARDI, 2011, p. 289).

De acordo com os artigos 46 e 61 da Constituição, as leis orgânicas que disciplinam a organização dos poderes públicos e os regimentos do Poder Legislativo são submetidas a controle obrigatório do Conselho. Enquanto os outros textos normativos são submetidos a controle se houver iniciativa das autoridades legitimadas. (Constituição Francesa, 1958).

Conforme os artigos 54 e 61 da Constituição, são legitimados para tanto, mediante apresentação endereçada ao Conselho, o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, os Presidentes da Assembleia Nacional e do Senado e, a partir da reforma constitucional realizada em 1974, também sessenta deputados ou senadores. (Constituição Francesa, 1958).

A atuação do Conselho Constitucional era bastante limitada, pois não se podia exercer o controle de constitucionalidade em relação aos direitos fundamentais, o que, de acordo com João Pedro, muda após a decisão de 71- 44 de 1971, que cria o bloco de constitucionalidade:

Com isto, além do texto formal da Carta de 1958, o bloco de constitucionalidade passou a ser integrado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pelo Preâmbulo da Constituição de 1946 (IV República), pelos Princípios Fundamentais reconhecidos pelas Leis da República e, mais tarde, também pela Carta Ambiental de 2004. (TEIXEIRA, 2016, p. 4).

Durante os cinquenta anos seguintes à Constituição de 1958, o controle de constitucionalidade era realizado apenas de forma preventiva. Dessa forma, de acordo com Eugênio Neto e Leonardo Saldanha, “caso o *Conseil* rejeitasse a arguição, ou não fosse acionado, a lei, uma vez sancionada, não mais poderia ser questionada sob o argumento de sua inconstitucionalidade.” (NETO; SALDANHA, 2017, p. 144).

Todavia, a reforma constitucional de 2008 introduziu o artigo 61-1, o qual criou um instituto que, conforme Eugênio Neto e Leonardo Saldanha, “ideologicamente, contradiz os valores revolucionários. Trata-se da Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC), que possibilita a prevalência de vontade outra que não a do parlamento.” (NETO; SALDANHA, 2017, p. 144). Essa referida forma de controle passou a ser aplicada em março de 2010.

A arguição de QPC, conforme Soraya Gasparetto:

Permite que o tribunal que julga um processo comum peça o exame da constitucionalidade de uma lei ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação quando essa lei “viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição”. Esses tribunais superiores podem enviar a lei ao Conselho Constitucional para apreciação definitiva de sua constitucionalidade. (LUNARDI, 2011, p. 293).

Dessa forma, foi implantado na França um modelo repressivo semelhante ao modelo Austríaco, ou seja, realizado de forma concentrada por um órgão de cúpula. Embora seja um grande passo, ainda carece de reparos, pois, conforme Soraya Gasparetto, “só pode servir como parâmetro a alegada violação de direitos fundamentais e não toda e qualquer violação do texto constitucional.” (LUNARDI, 2011, p. 294).

Soraya Gasparetto estabelece, ainda, três objetivos principais da QPC: “afastar disposições legais inconstitucionais; permitir que os litigantes façam valer seus direitos protegidos pela Constituição, considerando especialmente o Preâmbulo; garantir a efetividade do texto constitucional no sistema jurídico.” (LUNARDI, 2011, p. 293).

Como já abordado, apesar das resistências a um controle de constitucionalidade repressivo, até o momento, tem-se, conforme João Pedro, que a “QPC já se incorporou, com ânimo definitivo, à tradição e ao sentimento constitucional francês.” (TEIXEIRA, 2016, p. 6).

Nos próximos tópicos, serão abordados alguns aspectos práticos do modelo de controle adotado na França em comparação ao modelo brasileiro, em uma análise crítica, evidenciando a constante evolução do controle de constitucionalidade francês para o modelo jurídico.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JURÍDICO COMO UM MODELO DEMOCRÁTICO

3.1. Ativismo judicial no controle de constitucionalidade

O STF, atuando como o órgão responsável pela realização do controle concreto de constitucionalidade, desempenha um papel ativo na vida institucional e política brasileira, dessa forma, as decisões dessa corte têm sido alvos de elogios e críticas. Assim, desenvolve-se a necessidade de analisar cuidadosamente os aspectos dessas decisões, em frente ao denominado ativismo judicial, sob uma análise direta, com os princípios da separação de poderes e do estado democrático.

Primeiramente, precisamos entender o termo judicialização, para compreendermos de que forma o ativismo judicial pode ser benéfico ou prejudicial à situação atual do Brasil. Nos dizeres de Luís Roberto, “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais” (BARROSO, 2009, p. 12).

Pela história do Brasil, podemos perceber que o Poder Judiciário era visto como um mecanismo de tentar conter os abusos do Poder Executivo, principalmente na época das ditaduras. Dessa forma, justifica-se a força atribuída ao Poder Judiciário pelos fenômenos da Constitucionalização e Redemocratização, implantados pela Constituição de 1988.

Assim, segundo Luís Roberto, “nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.” (BARROSO, 2009, p. 12). Pois ao constitucionalizar uma matéria, você transforma política em direito, e, dessa forma, abre margem para a judicialização dessa matéria.

Podemos perceber a importância do controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tanto na forma difusa como concentrada, como meio de fortalecer a judicialização e consequentemente o ativismo judicial. O que permite que a maioria das questões políticas ou moralmente relevantes sejam analisadas pelo STF.

Para exemplificar, conforme Gilmar Mendes:

O Tribunal também tem analisado complexas questões quanto à demarcação de terras indígenas, tendo em vista que a Constituição de 1988 reconhece como direito dos índios as terras por eles tradicionalmente ocupadas, competindo ao Estado realizar sua demarcação, proteger e fazer respeitar todos os seus bens e valores culturais.

(...)o Tribunal debateu sobre a constitucionalidade das pesquisas científicas com células embrionárias humanas, com ampla repercussão em toda a sociedade brasileira.

(...)reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e declarou a inconstitucionalidade da omissão legislativa com a aplicação, por analogia, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. (MENDES, s/d, p. 1/2).

Importante frisar a conclusão de Luís Roberto, acerca da judicialização:

(...) em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem. (BARROSO, 2009, p. 13/14)

Compreendida a prerrogativa atribuída ao Poder Judiciário referente à judicialização, é possível entender o ativismo judicial, que consiste, nos dizeres de Luís Roberto, em “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” (BARROSO, 2009, p. 14). Dessa forma, segue o autor, “trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.” (BARROSO, 2009, p. 20).

Indica, nos dizeres de Andrei Koerner:

Uma situação-limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial — o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo — produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos. (KOERNER, 2013, p. 72).

Anteriormente, a Constituição Cidadã era aplicada à autocontenção judicial, que é o oposto do ativismo judicial utilizado atualmente. Assim, segundo Luís Roberto, o “ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir

o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.” (BARROSO, 2009, p. 15)

Nesse sentido, o ativismo seria, segundo Andrei Koerner, citando Miarelli e Lima, “um desdobramento do dever dos juízes de não só interpretar a Constituição, mas também torna-la efetiva, e uma necessidade objetiva decorrente da chamada inoperância dos outros poderes e a omissão patológica do Poder Legislativo.” (MIARELLI, LIMA, apud KOERNER, 2013, p.72).

Luís Roberto expõe as três formas de manifestação desse fenômeno:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 14).

O Poder Judiciário, principalmente por seu órgão de cúpula, ao exercer o controle de constitucionalidade, tem atuado de maneira bastante ativista, manifestando-se em situações em que não há uma norma constitucional regulamentando, nem mesmo normas infraconstitucionais. Por exemplo, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo, ou regras eleitorais.

O ativismo judicial é positivo, ao passo que atende demandas sociais que não foram atendidas pelos demais poderes, mas também é visto negativamente por colocar em risco a legitimidade democrática, resultar na politização da justiça e prejudicar a separação de poderes. Assim, conforme Luís Roberto, “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.” (BARROSO, 2009, p. 20).

Os riscos à legitimidade democrática são perceptíveis, pois democracia significa governo do povo, ou seja, o povo exerce a sua soberania, direta ou indiretamente. Assim, quando o povo elege seus representantes do Poder Executivo e do Poder Legislativo está exercendo a democracia indireta, ocorre que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, e ainda assim, desempenham um poder político.

Dessa forma, a legitimidade do Poder Judiciário de exercer o controle de constitucionalidade é contestada, pois, segundo Luís Roberto, “a possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República ou do Congresso é identificada na teoria constitucional como *dificuldade contramajoritária*” (BARROSO, 2009, p. 16).

Esta expressão, “*dificuldade contramajoritária*”, foi desenvolvida por Alexander Bickel, e, de acordo com Jorge Ferraz, citando Alexander, “o controle é exercido não em favor da maioria, mas contra ela, e que a revisão judicial é um instituto antidemocrático (...) que a revisão judicial é uma instituição anormal (*deviant*) na democracia.”. (BICKEL, apud OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p.32). Evidenciado uma oposição ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Apesar da resistência ao controle de constitucionalidade poder ser exercido pelo Poder

Judiciário, as justificativas para essa forma de controle podem ser normativas e filosóficas: aquela devido à previsão dessa prerrogativa no próprio texto constitucional, e esta devido ao fato de existirem tanto a democracia, como o constitucionalismo, e, assim, o constitucionalismo estabelece as regras a serem seguidas e atribui ao Poder Judiciário a prerrogativa de analisar o controle de constitucionalidade, de forma predominantemente técnica e imparcial.

Destaque-se que a prerrogativa atribuída ao judiciário, de exercer o controle de constitucionalidade, não fere a democracia, segundo o entendimento de que a democracia não se resume apenas na vontade da maioria, mas sim na participação política ampla, dessa forma, o grande papel da constituição, segundo Luís Roberto, é “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.” (BARROSO, 2009, p. 17).

Dworkin também defende o controle de constitucionalidade pelo poder judiciário, pois, para ele, não se trata de um modelo antidemocrático. De acordo com Jorge Ferraz, citando Dworkin:

(...) os procedimentos por intermédio dos quais são tomadas as decisões fundadas na vontade da maioria não são um fim em si mesmos, porquanto têm por propósito alcançar um objetivo maior, qual seja: o de garantir a igualdade dos cidadãos. Por essa razão, quando se emprega um procedimento não-majoritário (como é o caso do controle de constitucionalidade de leis) para proteger ou promover a igualdade entre os cidadãos, não se está indo contra a democracia, mas, pelo contrário, está-se garantindo a sua essência. (DWORKIN, apud OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 34).

Em que pesem os argumentos prós e contra a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade jurídico, tanto o modelo político, como o jurídico podem, em algumas hipóteses, falhar em seu mister de proteger a democracia em sua essência.

As críticas acerca da politização da justiça são no sentido de existirem decisões contramajoritárias, tendenciosas e partidárias, de acordo com o livre convencimento do juiz. Ocorre que, apesar de ser esperado que o ordenamento jurídico seja objetivo e as decisões do intérprete sejam imparciais, na prática não é possível que isso ocorra de forma absoluta, o que resulta em decisões que ferem esses ideais e maculam a imagem do judiciário.

Contudo, de acordo com Jorge Ferraz, citando Mendes, “o afastamento, ainda que relativo, do magistrado de questões políticas e sua concentração exclusiva na dimensão de princípio, comparativamente a inúmeros outros fatores que o legislador tem de sopesar ao votar uma lei, confere ao juiz, (...), condições privilegiadas para decidir com isenção”. (MENDES, apud OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 35).

Dessa forma, apesar de existirem decisões viciadas, essas não são de acordo com a atribuição do judiciário, pois, de acordo com as normas e princípios do ordenamento pátrio, os juízes, ao exercerem o controle de constitucionalidade, devem, segundo Luís Roberto:

(i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. (BARROSO, 2009, p. 19).

E, por último, as críticas em relação à separação de poderes se dão em razão da Constituição estabelecer a independência entre os três poderes e atribuir a cada um funções típicas e atípicas. Dessa forma, cabe ao judiciário julgar, ao executivo administrar e ao legislativo legislar, mas, apesar dessas atividades distintas, eles exercem atipicamente atividades atribuídas a outro poder.

Assim, quando o Poder Judiciário exerce o controle de constitucionalidade, principalmente em questões de divergências e lacunas na lei, ele interfere na esfera do Poder Legislativo, pois, ao exercer referida função, muitas vezes, ele atua como o próprio legislador, criando e delimitando a abrangência das normas.

Apesar da separação de poderes, segundo Luís Roberto, o “Legislativo, executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais.” (BARROSO, 2009, p. 19).

Mesmo com todas as objeções ao ativismo judicial, não se trata, porém, de o judiciário usurpar a função do Poder Legislativo, e sim de um trabalho em equipe de várias instituições, pois, segundo a teoria do diálogo, exposta por Jorge Ferraz, citando Mendes, “o diálogo institucional torna a comunidade jurídica sensível ao fato de que, na política e na democracia, as decisões são provisórias, não havendo se falar em “última palavra”, no controle de constitucionalidade de leis.” (MENDES, apud FERRAZ, p. 37). Dessa forma, de acordo com Jorge Ferraz:

O Poder Judiciário tem a prerrogativa de dar a última palavra quanto a determinado dispositivo previsto em lei ordinária, o que não impede, de outra banda, o poder reformador exercido pelo Poder Legislativo, de retirar da Constituição a norma que permitiu a declaração da inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário; ou mesmo de insistir na constitucionalidade da lei ou emenda constitucional, levando novo debate ao Poder Judiciário. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 26).

Assim, diante de todo o exposto acerca do ativismo judicial no controle de constitucionalidade, no próximo tópico, serão apresentadas algumas alternativas para legitimar o atual modelo de controle de constitucionalidade brasileiro em uma análise ao direito comparado, especificamente em relação ao direito francês.

3.2. Modelo Francês: um exemplo de evolução constitucional

Primeiramente, cumpre ressaltar os prós e contras dos modelos de controle de constitucionalidade político e jurídico. O modelo político é muito criticado, ao passo que suas decisões tendem ao subjetivismo, a uma sobreposição da política ao direito, prioriza a maioria em detrimento da minoria, mas, por outro lado, é elogiado por respeitar a separação de poderes e legitimar a democracia, enquanto o modelo judicial é criticado por não possuir o apoio do povo, pois é um órgão não eletivo, mas que também é muito aceito, visto que as decisões são marcadas pelo objetivismo, neutralidade, imparcialidade e conhecimento técnico-jurídico, e por possuir um controle contramajoritário em proteção das minorias.

O modelo de controle de constitucionalidade francês é o exemplo mais usado de modelo político, o que a princípio induz a pensar que se trata de um modelo compatível com a democracia

e que não fere a separação de poderes, uma vez que o controle de constitucionalidade é feito por um órgão diverso do Poder Judiciário.

Ocorre que, diante de uma análise comparatista ao modelo clássico de controle de constitucionalidade político, podemos perceber que até a França, um país com forte resistência a um controle constitucional jurídico, não passou imune às correntes ideológicas de mudança para o controle de constitucionalidade realizado pelo judiciário, principalmente após a instituição, em 2008, da QPC, que é a primeira forma de controle repressivo na França.

Além da QPC, realizada pelo conselho constitucional, a jurisdição constitucional também pode ser exercida por órgãos jurisdicionais diversos, em modalidades e casos específicos. João Pedro elucida essas situações:

A inconstitucionalidade formal das normas, por exemplo, pode ser suscitada perante qualquer juiz. Destarte, questões relacionadas a vícios atinentes ao processo legislativo (*inconstitucionalidade formal propriamente dita*) ou à competência do órgão legiferante para editar a norma (*inconstitucionalidade orgânica*) podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário como um todo. (TEIXEIRA, 2016, p. 7).

O conselho constitucional francês, órgão de grande prestígio institucional e legitimidade social, ainda que comumente considerado um órgão político, pode ter sua natureza não jurisdicional contestada segundo três argumentos, de acordo com Soraya Gasperetto:

O primeiro diz respeito ao *status* dos membros do Conselho, que possuem garantias de neutralidade e independência que não se diferenciam daqueles vigentes para os magistrados.

O segundo diz respeito aos parâmetros de controle de constitucionalidade. O Conselho Constitucional avalia, mediante interpretação jurídica, a conformidade de um dispositivo com os mandamentos constitucionais. Todas as suas decisões devem ser fundamentadas, tal como ocorre com qualquer outra decisão do Judiciário. (...)

Argumentos de oportunidade ou de preferência pessoal política não podem ser excluídos como razões de decisão. Mas isso pode ocorrer em qualquer outro país que tem justiça constitucional. Nunca houve e nem poderia existir na França decisão fundamentada em considerações políticas: “O Conselho não decide de acordo com a equidade ou a oportunidade, mas com critérios exclusivamente jurídicos [...]. Só pode tomar uma decisão em função de considerações de pura e estrita legalidade constitucional. Por essa razão exerce o papel tradicionalmente atribuído ao juiz”. (LUNARDI, 2011, p. 296/297).

Enquanto na França o controle concentrado de constitucionalidade é realizado por um órgão político – o conselho constitucional –, no Brasil, esse controle é realizado por um órgão jurídico – o Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que a diferença entre esses órgãos é tênue, ao passo que o Conselho Constitucional é composto de nove membros nomeados, além de membros vitalícios (entre os membros nomeados, três são escolhidos pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e outros três pelo Presidente do Senado), o STF é composto de onze membros (nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal).

Ainda que pela constituição francesa não exista nenhum requisito para escolher os membros, e que na constituição brasileira é necessário notável saber jurídico e reputação ilibada, assim, nenhuma das duas exigem que seus membros sejam juízes, mas na prática, em ambos os países, a maioria de seus membros são escolhidos entre juízes de carreiras, estudiosos do direito e advogados atuantes.

Assim como no Brasil, as decisões da corte francesa, embora na prática possa haver influência política, devem estar adstritas aos limites jurídicos estabelecidos na constituição, e não aos parâmetros políticos. Essas decisões, conforme artigo 62, “não são sujeitas a recurso. Impõem-se aos poderes públicos e todas as autoridades administrativas e jurisdicionais” (Constituição francesa), apresentando efeitos típicos de decisões do Judiciário com força de coisa julgada.

Em relação à eficácia, assim como nas decisões referentes ao controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, as decisões do Conselho Constitucional francês referentes à QPC são sentenças de eficácia *erga omnes*, que vincula todas as autoridades administrativas e judiciais. Dessa forma, trata-se o modelo brasileiro de um modelo realmente jurídico? Ou seria o modelo francês um modelo jurídico?

Nessa lógica, tanto o modelo francês, como o modelo brasileiro podem ser considerados modelos híbridos, pois encontram representação democrática, ao passo que seus membros são escolhidos por agentes públicos eleitos pelo povo, e, por outro lado, as decisões são voltadas para o direito, especialmente os princípios fundamentais, devido às limitações constitucionais.

Assim, em uma análise aprofundada, a diferença entre o modelo brasileiro e o modelo francês é puramente técnica e, na prática, padecem dos mesmos vícios e acertos, uma vez que não se pode conceber um modelo absolutamente jurídico, ou político.

Nesse sentido, segundo Soraya Gaspareto, “não é correto afirmar que o modelo de controle de constitucionalidade francês é político, opinião essa que objetiva apresentar (e legitimar) o controle de constitucionalidade em outros países como puramente jurídico.” (LUNARDI, 2011, p. 297). Logo, as críticas realizadas ao controle de constitucionalidade feito por um órgão jurídico merecem ser repensadas, principalmente sob aspectos práticos, no que tange à democracia.

Em síntese, segundo Eugênio Neto e Leonardo Saldanha, o “surgimento do controle de constitucionalidade, baseado no critério da argumentação jurídica, deve ser saudado como avanço em todos os lugares, inclusive na França. Ele combate a visão monolítica de decisão política e pode ser elemento de evolução social.” (NETO; SALDANHA, 2017, p. 161).

3.3. Ativismo judicial: uma realidade de todos os modelos de controle de constitucionalidade

Como já explanado, existem críticas e elogios ao controle de constitucionalidade jurídico, e, até mesmo, países resistentes como a França já tendem a essa nova modalidade, mostrando que uma conciliação entre os dois modelos pode ser o caminho mais lógico a ser seguido.

Assim, ao invés de se buscar afastar o controle de constitucionalidade jurídico, deve-se legitimar um controle de constitucionalidade político que não exclua o exercício da *judicial review*. Pois, segundo Jairo e Rubens, dizer que o controle de constitucionalidade jurídico “não tem a mesma legitimidade democrática, quer dizer apenas que não são eleitos e sujeitos a *accountability*

eleitoral. Há várias outras formas de se pensar a legitimidade democrática dos juízes constitucionais” (LIMA, BEÇAK, 2016 p. 276)

Em complemento, segundo Eugênio Neto e Leonardo Saldanha, “a história das democracias conheceu, porém, outras espécies de legitimidade, tais como legitimidade por identificação com o interesse geral (exercida por uma administração pública capaz e protegida), legitimidade por regulação (agências reguladoras) e legitimidade por reflexividade.” (NETO; SALDANHA, 2017, p. 159).

A democracia por reflexividade parte do ponto de que o povo não é uno, portanto, uma só vontade não representará a todos. Assim, segundo Eugênio Neto e Leonardo Saldanha, citando Rosanvallon, “o principal responsável por apreender o povo em sua dimensão múltipla, tradicional e reflexiva é a Corte Constitucional (ROSANVALLON, apud NETO; SALDANHA, 2017, p. 159/160), pois, enquanto para o Poder Legislativo prevalece a maioria, para o Judiciário prevalece o raciocínio argumentativo.

Em continuidade, a favor da legitimidade democrática do judiciário são os dizeres de Eugênio Neto e Leonardo Saldanha, citando Rousseau: “se o Parlamento sempre foi a instituição da democracia representativa, a Justiça é o da democracia contínua” (ROUSSEAU, apud NETO; SALDANHA, p.160).

Diante de todas as exemplificações, segundo Jairo e Rubens, “as democracias modernas aceitaram como um dado irremovível a realidade de que juízes revisem a atuação legislativa.” (LIMA; BEÇAK, 2016. p. 280). Logo, observar o controle de constitucionalidade jurídico sob um viés negativo frente à democracia tende mais ao retrocesso do que à evolução do direito constitucional.

Partindo de um raciocínio lógico, de acordo com Hamilton, citado por Jorge Ferraz, “atribuir o dever de guarda da Constituição ao Poder Legislativo seria pouco produtor, pois não há de se esperar que o Legislativo que violou a Constituição na elaboração de más leis há de temperar o efeito destas, reparando como juízes o mal que fizeram como legisladores.” (HAMILTON, apud OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 28).

Em que pese o controle de constitucionalidade jurídico seja visto negativamente devido ao ativismo judicial, de acordo com José Roberto, “ativistas e não ativistas não contestam a supremacia judicial (o reconhecimento de que deve caber ao Poder Judiciário a última palavra a respeito do controle de constitucionalidade).” (BARROSO, 2010, p. 286).

Assim, por todo o exposto, inclusive pela análise ao modelo político francês, podemos perceber a tendência à legitimação do controle de constitucionalidade jurídico, e visualizar que assim como para alguns a democracia possa ser um óbice a esse modelo, para outros ela o consolida.

Em síntese, pela análise aos dois modelos de controle de constitucionalidade, podemos perceber que as exigências sociais atuais não permitem a existência de um modelo de controle de constitucionalidade absolutamente jurídico ou político, contudo, faz-se necessário buscar o que cada modelo tem de melhor para oferecer e, assim, edificar um modelo mais inovador e apto a responder as exigências sociais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal da presente pesquisa consistiu em analisar o controle de constitucionalidade político e jurídico, aplicável no Brasil e na França, e estabelecer como se desenvolve o ativismo judicial no Brasil. Assim, buscou-se averiguar de que forma o controle de constitucionalidade político poderia ou não servir de inspiração para uma aprimoração do modelo brasileiro.

Nesse raciocínio, inicialmente, a partir da explanação de conceitos, como a supremacia da constituição e verificação da necessidade de que todos os países que possuem constituições formais e rígidas necessitam da criação de um mecanismo apto a realizar o controle de constitucionalidade, foi explicado e exemplificado os modelos existentes de controle de constitucionalidade.

Posteriormente, foi realizada a contextualização histórica do modelo de controle de constitucionalidade jurídico aplicado no Brasil e do modelo político aplicado na França. Foi evidenciada a forte resistência francesa à adoção do controle de constitucionalidade por motivos históricos, anteriores à Revolução Francesa.

A partir do exposto, foi permitido o desenvolvimento de considerações em relação aos modelos acima citados. Assim, o modelo jurídico, embora criticado pelo ativismo judicial, mostrou-se, sob vários argumentos, um modelo democrático e eficiente para a função que lhe é atribuída. Em tese, suas decisões são marcadas pelo objetivismo, neutralidade, imparcialidade e conhecimento técnico-jurídico, além de possuir um controle contramajoritário em proteção das minorias.

Uma das considerações relevantes ao modelo político francês é sua constante evolução para um modelo jurídico. Isso leva a concluir que a definição de que o controle de constitucionalidade francês é exclusivamente político é atualmente ultrapassada e escassa de fundamentação.

Assim, solucionar as críticas ao ativismo judicial, por meio da adoção de um controle de constitucionalidade político, seria excessivo e incabível, pois até o modelo francês, classicamente resistente ao controle de constitucionalidade, adota, de forma indireta, um controle jurídico. Em outros termos, fica evidente que o modelo jurídico está enraizado nas democracias modernas.

O que de fato se mostra viável é que se dê preferência a um modelo com características políticas, no sentido de respeitar a vontade do povo, e com características jurídicas, no sentido de decisões justas, imparciais e condizentes com os parâmetros constitucionais.

Dessa forma, o modelo de controle brasileiro, por ser realizado pelo STF, órgão cujos representantes do povo escolhem os membros, encontra legitimidade democrática e, por ser um órgão que deve estar adstrito aos limites da magistratura previstos na constituição e demais normas, tende a decidir com maior acerto.

É certo que o presente artigo não buscou encerrar a discussão sobre o assunto aqui abordado, tendo em vista que a presente pesquisa teve seu enfoque dirigido ao órgão incumbido de realizar o controle de constitucionalidade. Contudo, isso não elimina outras formas de o modelo francês contribuir para o controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente em relação à celeridade de suas decisões e a maior segurança jurídica decorrente de seu controle preventivo.

Em síntese, por meio do estudo ao modelo francês, podemos perceber que a adoção ao

controle de constitucionalidade jurídico, principalmente em relação ao ativismo judicial, muito além das críticas em relação ao princípio democrático e à separação de poderes, trata-se de um mecanismo que visa efetivar garantias e direitos previstos na Constituição, que, por diversas vezes, os Poderes Legislativo e Executivo se omitiram em regulamentar.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. **Metodologia de pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 abr. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

DUTRA, Carlos Alberto de Alckmin. A evolução histórica do Controle de Constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI. *Revista Jurídica “9 de Julho”*, São Paulo, n. 2, p. 1-22, 2003.

FRANÇA. **Constituição Francesa (1958)**. Tradução oficial para o português. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, July 2013.

LIMA, Jairo Néia; BEÇA, Rubens. Emenda constitucional e constitucionalismo político: a potencial moderação das críticas ao controle judicial de constitucionalidade. *Conpedi Law Review*, n. 4 v. 2, p. 275-296. 2016.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 103, p. 285-306, jul./dez. 2011.

MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1908.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodium, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Decisões importantes do Supremo Tribunal Federal do Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Decisoes_importantes1.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2021.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NETO, Eugênio Facchini; SALDANHA, Leonardo Tricot. O Controle de Constitucionalidade na França: da impossibilidade ao entusiasmo. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 04, p. 139-166, out./dez. 2017.

OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. **Ativismo Judicial (ou Jurídico), Autocontenção e Última Palavra na Interpretação da Constituição**: o que o Supremo Tribunal Federal pode aprender com o ativismo judicial norteamericano e as teorias do diálogo. 2014. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

TEIXEIRA, João Pedro Accioly. O Sistema de Jurisdição Constitucional Francês: Do Primado da Lei à Questão Prioritária de Constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 96, p. 02-06 jul./ago. 2016.





Data do recebimento: 17/06/2021

Data do Aceite: 6/07/2021

O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO¹

THE ROLE OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN THE COOPERATIVE CONSTITUTIONAL STATE

Marcos Augusto Maliska²

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Jurisdição Constitucional; 2 Estado Constitucional Cooperativo; 3 O Papel da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Cooperativo; 4 Conclusão; Referências.

1 - Palestra proferida no Centro de Estudos da ANAFE no dia 26 de abril de 2021.

2 - Procurador Federal. Doutor em Direito Constitucional. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, do UniBrasil – Centro Universitário, em Curitiba-PR. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2555397371714650>.

RESUMO: O Estado Constitucional Cooperativo é o Estado Constitucional dos Direitos Humanos, do reconhecimento da validade dos Direitos Fundamentais aquém e além do Estado Nacional. O papel da jurisdição constitucional no Estado Constitucional Cooperativo deve atentar para a produção normativa compartilhada do Estado, que não mais legisla apenas de maneira exclusiva no plano interno, mas também de forma compartilhada, no plano externo. O protagonismo da jurisdição constitucional nas democracias atuais indica um importante processo de deslocamento da compreensão do Direito, deixando a ideia de “direito legislado”, para assumir a de “direito jurisprudencial”. O Estado Constitucional Nacional se torna Estado Constitucional Cooperativo, e a jurisdição constitucional amplia o seu campo de trabalho, passando também a considerar o direito comum de cooperação baseado nos direitos humanos universais, bem como o pluralismo da ordem constitucional nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Constitucional Cooperativo. Jurisdição Constitucional. Direitos Humanos. Pluralismo. Direito Jurisprudencial.

ABSTRACT: The Cooperative Constitutional State is the Constitutional State of Human Rights, which recognizes the validity of Fundamental Rights within and beyond the National State. The role of the constitutional jurisdiction in the Cooperative Constitutional State must pay attention to the shared normative production of the State, which no longer legislates exclusively at the internal level, but also in a shared way, at the external level. The protagonism of constitutional jurisdiction in current democracies indicates an important process of shifting the understanding of Law, leaving the idea of “legislative law” to assume that of “jurisprudential law”. The National Constitutional State becomes a Cooperative Constitutional State, and the constitutional jurisdiction expands its field of work, also considering the common right of cooperation based on universal human rights, as well as the pluralism of the national constitutional order.

KEYWORDS: Cooperative Constitutional State. Constitutional Jurisdiction. Human Rights. Pluralism. Jurisprudential Law.



INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional surgiu no contexto do chamado Estado Constitucional Nacional. No entanto, o grande impulso recebido pela ideia de que a Constituição é uma norma jurídica protegida pela jurisdição constitucional, seja ela desenvolvida no âmbito do Poder Judiciário como um todo, a jurisdição constitucional difusa, ou concentrada apenas em um Tribunal Constitucional, é coincidente com o desenvolvimento do conceito de Estado Constitucional Cooperativo decorrente da ideia dos direitos humanos universais. Portanto, há elementos comuns que unem esses dois conceitos.

O Estado Constitucional Cooperativo é o Estado Constitucional dos Direitos Humanos, do reconhecimento da validade dos Direitos Fundamentais aquém e além do Estado Nacional. Essa definição coloca o desafio de se pensar uma jurisdição constitucional dialógica, que possa interagir com o direito internacional dos direitos humanos, no plano externo, bem como contemple a multidiversidade jurídica que se expressa no âmago das sociedades nacionais, não entendidas mais como sociedades homogêneas, mas cada vez mais como sociedades plurais, nas quais a diversidade e o protagonismo das minorias ganham espaço.

O presente texto explora essa questão, trazendo para reflexão julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. O artigo inicialmente aborda o desenvolvimento da jurisdição constitucional, na sequência descreve o conceito de Estado Constitucional Cooperativo, com particular ênfase na forma como descrita por Peter Häberle, e, por fim, finaliza fazendo a síntese das duas ideias a partir de casos concretos.

1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional tem uma história de mais de duzentos anos, iniciando-se no famoso caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos (BARROSO, 2006, p. 3-10). Essa decisão, além de ser uma das mais importantes decisões de direito constitucional da história, considerando-se o impacto que teve sobre o papel do Poder judiciário, nos mostra também que o direito constitucional, ao ter como objeto de investigação a política, trabalha no limite entre o “jurídico” e o “político”.³

Não obstante o seu surgimento no início do Século XIX, a jurisdição constitucional não foi protagonista no arranjo institucional estatal ao longo do Século XIX. Sobre o direito, dominou nesse período uma visão que via na função judicial uma função menor, se comparada às funções legislativa e executiva. Tratou-se da hegemonia do Estado legislativo⁴, no qual o papel do juiz era de apenas dar efetividade aquilo que já estava prescrito no texto legal. “Dê-me os fatos, que lhe darei o Direito”. A hegemonia dos códigos tinha a pretensão de dar respostas a todos os problemas jurídicos. Toda a vida civil de uma pessoa encontrava-se no Código Civil, que dava respostas

3 - Sobre as consequências políticas das decisões no âmbito da jurisdição constitucional, merece referência a observação de Barroso acerca do precedente *Marbury v. Madison*: “Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumprí-la” (BARROSO, 2006, p. 5).

4 - “O trabalho do Estado é legitimado pela presença de representantes da sociedade civil no corpo legislativo eletivo que se torna o centro normativo do próprio Estado”. (CATANIA, 1996, p. 14)



a todos os questionamentos.⁵ Tratou-se de um arranjo jurídico-científico, com a pretensão de ser infalível.⁶

O fim do longo século XIX, como nos diz Eric Hobsbawm (2009)⁷, que se iniciou com a Revolução Francesa e terminou com a Primeira Guerra Mundial, significou também, sob o ponto de vista do direito, a superação da hegemonia liberal. Os compromissos do constitucionalismo social exigiram um novo arranjo institucional. A liberdade negativa liberal, que confiava ao Estado um papel de abstenção, foi substituída pela ideia de que não há constitucionalismo sem a radicalização das ideias de liberdade e igualdade. O Estado burguês do Século XIX, que na visão de Karl Marx não passava de uma associação de proprietários⁸, não obstante a conquista do sufrágio universal masculino, ainda no Século XIX, era absolutamente insuficiente para atender às imensas demandas que as radicais transformações produzidas pelo capitalismo industrial traziam. O constitucionalismo entra em uma segunda fase, passando a assumir compromissos sociais.

A jurisdição constitucional acompanhou essas transformações. Introduzida no Brasil com a Constituição de 1891, no contexto da influência norte-americana, a ideia de que um juiz poderia não aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional, revelava-se algo bastante exótico, como relata Rui Barbosa, ao descrever um encontro fortuito com um Ministro do Supremo Tribunal Federal em um bonde na praia do Flamengo, numa época em que o transporte público gozava de amplo prestígio e altas autoridades públicas o utilizavam. O grande Rui descreve o questionamento feito pelo então Ministro acerca dessa função extraordinária do juiz. Em suma, essa nova função judicial pegou todos de surpresa, pois, para uma formação jurídica legalista, essas ideias eram algo completamente novo.⁹

Se a jurisdição constitucional já tinha tradição nos Estados Unidos, na Europa ela era desconhecida, sendo que apenas com o fim da Primeira Guerra Mundial e suas profundas transformações políticas foi que o velho continente passou a ter um modelo de controle de constitucionalidade. Tratou-se do controle de jurisdição concentrada, que ao contrário do modelo estaduni-

5 - Para Saldanha, passa-se então a exigir que o “direito esteja sempre escrito para o conhecimento de todos; daí o movimento codificador, nutrido de filosofia iluminista e destinado a alterar o panorama das fontes e a própria técnica jurídica do mundo contemporâneo”. (SALDANHA, 1999, p. 120)

6 - Conforme Gusmão, o positivismo jurídico na França operou o “culto dos códigos e da vontade do legislador, considerados os primeiros sem lacunas, dando assim origem à escola da exegese, apegada aos textos defendendo a subordinação do juiz à vontade do legislador”. (GUSMÃO, 1986, p. 473)

7 - Conforme a trilogia do historiador inglês: A Era das Revoluções (1789-1848); A Era do Capital (1848-1875) e A Era dos Impérios (1875-1914).

8 - Para Marx, o Estado é a forma por meio da qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer os seus interesses comuns. (MARX; ENGELS, 1959, p. 62)

9 - “Distinguiu-se, então, no Supremo Tribunal Federal, entre os seus ministros, um magistrado, que passava pelo mais instruído entre os seus pares, – conta em que também o tínhamos, e temos. (...) Um dia, encontrando-nos em um bonde, por sinal que na Praia do Flamengo, onde a esse tempo residíamos, nos interpelou ele com expressão de séria estranheza, perguntando: – «Ouvi dizer que o senhor vai acionar a União, em nome dos militares e paisanos reformados e demitidos pelo Marechal Floriano, para obrigar o governo federal a reintegrá-los, ou indenizá-los. Será possível? – «É exato. – «Mas como? – «Muito simplesmente. É que, no regime de agora, não só os atos administrativos, mas até os legislativos, em sendo contrários à lei constitucional, são nulos, e a justiça é o poder competente, para lhes declarar a nulidade, pronunciando-lhes a inconstitucionalidade». O meu interlocutor não se convenceu, obrigando-me a lhe apontar os textos da nova constituição, onde estribava a minha tese, e assim nos separamos, prometendo-lhe eu, para o familiarizar com a novidade, pô-lo em relações com a grande obra de Carson acerca da Suprema Corte dos Estados Unidos, obra de que, daí a dias, lhe ofereci um exemplar. Tempos depois esse ministro mergulhava a fundo no direito norte-americano, com as produções do qual sortiu em abundância a sua copiosa livraria: e essas noções, cuja primeira invocação entre nós tão extravagante lhe parecera, nele, como juiz e, mais tarde, como advogado, vieram a ter um aplicador hábil, convencido e frequente”. (BARBOSA, 1975, p. 80-82)

dense, adotado no Brasil em 1891, não confiava ao juiz ordinário competência para falar sobre a Constituição, restringindo essa tarefa apenas ao chamado Tribunal Constitucional (VILLALÓN, 1987).¹⁰

No entanto, o período entre guerras foi um momento de grande instabilidade política, no qual a tradição da liberal democracia inglesa e francesa tinha que conviver com as experiências autoritárias do fascismo e do comunismo, que com a chegada de Mussolini ao poder na Itália (e depois Hitler na Alemanha nazista), e a Revolução Bolchevique na Rússia, passaram a se constituir em alternativas políticas reais. Como escreve John Lukacs, no livro *“O Duelo. Churchill x Hitler. 80 dias cruciais para a Segunda Guerra Mundial”*, a ascensão do poder da Alemanha Nazista era vista por muitos como uma prova e uma justificação das suas próprias ideias acerca da natureza corrupta e ineficiente, hipócrita e antiquada do governo parlamentar e da democracia burguesa. Assim, escreveu Mahatma Gandhi, no jornal indiano Harijan, em 22 de junho de 1940, dia da rendição francesa: “Os alemães das futuras gerações honrarão Herr Hitler como um gênio, um homem corajoso, um organizador incompatível e muito mais” (LUKACS, 2002, p. 181).

A jurisdição constitucional irá se renovar na segunda metade do Século XX, passando a desempenhar um papel fundamental no novo arranjo institucional. Esse novo papel terá uma relação direta com os conceitos de direitos humanos e com o de Estado Constitucional Cooperativo, objeto do segundo tópico da nossa exposição.

2. ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

O mundo que vivemos atualmente é fortemente marcado pelo conceito de direitos humanos. Para além de uma visão completamente equivocada de que os direitos humanos existem para “proteger bandidos”, a força normativa transformadora dos direitos humanos foi que impulsionou modificações radicais que ocorreram nos últimos sessenta anos. A aliança estranha entre o capitalismo e o comunismo, na segunda guerra mundial, a aliança entre Roosevelt e Stalin, se deu em razão dos imensos riscos que estavam por trás da ideologia que sustentava a existência de uma raça superior. Os direitos humanos estão intimamente vinculados a essa questão como o seu oposto. Para os direitos humanos, (i) não há raça superior; (ii) não deve haver discriminação; (iii) para os direitos humanos, tolerância é um conceito chave para se viver em sociedade; (iv) para os direitos humanos, todos devem ter os mesmos direitos, deveres e oportunidades.

A vitória dos aliados na Segunda Guerra Mundial significou a vitória dos Direitos Humanos, um conceito que até então não existia no mundo do direito e da política. Sob o conceito de direitos humanos, o mundo do pós-guerra irá presenciar profundas transformações, a começar pelo próprio país que foi o grande patrocinador dessa transformação, os Estados Unidos. Quando no dia 1º de dezembro de 1955, Rosa Parks se negou a ceder a um branco o seu assento em um ônibus, inicia-se essa transformação, que ainda está em curso. Se os americanos foram aos campos de batalha na Europa lutar por um mundo em que não deve haver raça superior, a discriminação da população negra nos Estados Unidos não poderia mais ser justificada.

Se não deve haver discriminação, por qual razão as mulheres não possuem as mesmas oportunidades que os homens, não ganham os mesmos salários? Uma pessoa com deficiência

10 - Sobre o papel de Hans Kelsen na criação do controle de constitucionalidade na Áustria, ver LAGI, 2021.



não tem o direito de se desenvolver plenamente como pessoa, ir atrás de todos os seus sonhos, realizar os seus objetivos, apesar da sua deficiência? Se uma pessoa quer se unir em união marital com outra pessoa do mesmo sexo, ela não deve ter esse direito? Uma criança deve ser tratada como um adulto? Um adolescente deve ser tratado como um adulto? Uma pessoa idosa deve ser tratada como um adulto? Essas questões todas nos levam a ver o mundo não mais a partir de compreensões fixas, que predeterminam o papel de cada um no arranjo social. A tradição não serve mais como meio de estabilização social, pois a transformação da política e do direito pela força normativa dos direitos humanos irá exigir outras formas, aquilo que Jürgen Habermas chama de “Solidariedade entre Diferentes” (HABERMAS, 2001, p. 123-124), o desenvolvimento de uma “teoria do reconhecimento político” como resposta ao dilema da “substância sem substância” de não se vincular a cidadania a determinações e elementos ético-culturais comuns e, ao mesmo tempo, explicar a integração política e a solidariedade social substantivas (FORST, 2010, p. 281).

Nesse contexto, o Estado Constitucional se desloca, para usar as palavras de Peter Häberle, de um Estado Constitucional Nacional, para um Estado Constitucional Cooperativo (HÄBERLE, 2007, p. 71). A força normativa dos direitos humanos se coloca também no plano internacional, naquilo que Häberle chama de “direito comum de cooperação”, um standard de direito que perpassa as diversas ordens constitucionais e cria um elemento comum, um compromisso dos Estados Constitucionais para com os direitos humanos (HÄBERLE, 2007, p. 63 e seg.).¹¹ No entanto, como bem lembra o saudoso Winfried Brugger, esse elemento comum não se encontra mais no universo abstrato do racionalismo iluminista, mas deve ser pensado em termos concretos, como autonomia e significação, ou seja, como a possibilidade da pessoa de se colocar objetivos na vida e desenvolver um plano de vida individual, de segui-lo e defendê-lo. No entanto, essa autonomia deve considerar o fato antropológico fundamental, consistente na cultura (BRUGGER, 2005, p. 255-270). Os direitos humanos não se pretendem universais em termos abstratos, eles se pretendem universais concretamente, inseridos nas diversas culturas que existem aquém e além do Estado Constitucional.

Ainda que Häberle tenha enfatizado a dimensão internacional das relações do Estado Constitucional Cooperativo, ele mesmo ponderou que novas investigações poderiam conduzir a uma compreensão do Estado Constitucional Cooperativo também na sua dimensão interna, ou seja, à abertura da ordem constitucional ao pluralismo (HÄBERLE, 2007, p. 6).¹² Nesse aspecto, o Estado Constitucional, como o lugar onde se normatiza a cidadania, o espaço no qual todos se encontram para celebrar a condição de cidadãos de uma República laica e democrática, que considera todos os seus membros com igual estima e respeito, é ainda um lugar central nesse novo arranjo institucional que promove a pluralização do direito, seja na sua dimensão internacional, seja na sua dimensão interna, como expressão da diversidade e da pluralidade que marcam as sociedades nacionais.

O Estado Constitucional Cooperativo, portanto, é o Estado que se coloca no lugar do Estado Constitucional Nacional. Ele é a resposta jurídico-constitucional à mudança do Direito Internacional, de um direito que apenas regulava a coexistência dos Estados no plano internacio-

11 - Sobre a relação entre Estado Constitucional Cooperativo e Direitos Humanos, ver também PEREIRA, 2009 e ANJOS, 2019.

12 - Sobre Constituição e Pluralismo e sua relação com o Estado Constitucional Cooperativo, ver SILVA, 2005.

nal, para um direito de cooperação na “comunidade” (não mais “sociedade”) de Estados. O egoísta, individualista e, para fora, agressivo Estado Constitucional Nacional, dá lugar ao Estado Constitucional Cooperativo, caracterizado pela abertura às relações internacionais, pela permeabilidade e cooperação para a realização global dos direitos humanos, pela cooperação internacional e solidariedade estatal para além das suas fronteiras, pela ajuda ao desenvolvimento, proteção do meio ambiente (CAMPELLO, 2013) e enfrentamento de desafios comuns à humanidade (HÄBERLE, 2007, p. 7 e 70-71).¹³

3. O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

O Estado Constitucional Cooperativo é o Estado Constitucional dos direitos humanos, do pluralismo, da diversidade, das minorias, ou seja, de uma sociedade complexa e plural. A Constituição brasileira de 1988 contém os elementos essenciais desse conceito. A começar pelo preâmbulo, passando pelos Princípios Fundamentais, constantes dos art. 1 a 4, pelos títulos dos Direitos Fundamentais e da Ordem Social, é possível identificar que o constituinte procurou delinear o Estado brasileiro como um Estado Constitucional Cooperativo (MALISKA, 2006, p. 182 e seg., 2013, p. 11).¹⁴

Essas características da Constituição de 1988 colocam desafios à jurisdição constitucional, pois a efetividade da Constituição passa também pela delimitação dos contornos desse Estado Constitucional Cooperativo, que, não obstante a sua abertura ao mundo, também exige a manutenção da sua identidade constitucional, aquilo que o próprio Häberle chama de elementos de identidade cultural do Estado Constitucional. O Estado Constitucional aberto necessita de elementos culturais de base, que lhes dê identidade, tanto internamente, como forma de integração do povo e de comunhão de um sentimento de pertencimento, quanto externamente, como forma de reconhecimento (HÄBERLE, 2008). As exigências aqui vão além da mera garantia de direitos subjetivos, para se apoiar em valores éticos comuns e na solidariedade entre os cidadãos, consistente no reconhecimento recíproco como concidadãos com o direito realmente efetivo à pertença plena, isto é, à proteção à exclusão jurídica, política e social (FORST, 2010, p. 281).

O protagonismo da jurisdição constitucional nas democracias constitucionais atuais indica um importante processo de deslocamento da compreensão do Direito, deixando a ideia de “direito legislado”, para assumir a de “direito jurisprudencial” (MALISKA, 2015, p. 138). A noção própria de direito, que não se confunde com a de “lei” estatal, é indicativa da completa superação do primeiro modelo de Estado de Direito da modernidade, o Estado legislativo. Essa constatação não procura desconsiderar ou minorar o papel legislativo do Estado como expressão própria da democracia. Pelo contrário, ela apenas chama a atenção para o fato de que as democracias atuais exigem soluções que combinem a vontade da maioria com a observância dos princípios da Constituição, medida que confere à jurisdição constitucional um papel contramajoritário fundamental.

13 - Sobre as implicações do conceito de Estado Constitucional Cooperativo para a Teoria do Estado e o Direito Administrativo, ver MALISKA e SCHIER, p. 2016.

14 - No direito comparado, para Jorge Miranda, uma “Constituição jus-universalista, portanto ou, como diria Peter Häberle, um Estado Constitucional Cooperativo assim se apresenta o Portugal de hoje” (MIRANDA, 2017).

O papel da jurisdição constitucional no Estado Constitucional Cooperativo deve atentar para a questão da produção normativa compartilhada do Estado, que não mais legisla apenas de maneira exclusiva no plano interno, mas também de forma compartilhada, no plano externo, procedimento que promove o exercício compartilhado de direitos de soberania, usando aqui a expressão do Ministro Ricardo Lewandowski em sua Tese para Professor Titular de Teoria Geral do Estado na Universidade de São Paulo, “Globalização, Regionalização e Soberania” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 291).

Para visualizar essa questão sob o ponto de vista de um exemplo, merece referência o Decreto Legislativo n. 112, que aprovou o texto do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, competente para julgar os chamados crimes de lesa humanidade, incluindo-se o de genocídio e os crimes de guerra. Sob o ponto de vista do marco constitucional de 1988, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 7º, no contexto do conceito de um Estado Constitucional Cooperativo, dispôs que o Brasil propugnaria pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos. O art. 4, inciso II, ao dispor que as relações internacionais da República Federativa do Brasil regem-se pela prevalência dos direitos humanos, igualmente, sinalizou no sentido da abertura da ordem constitucional brasileira aos direitos humanos. A questão que se coloca, sob o ponto de vista da jurisdição constitucional, é saber da compatibilidade do art. 77 do Estatuto, com a Constituição Federal de 1988, isso em razão de que o art. 77, ao tratar das penas aplicáveis, prevê a pena de prisão perpétua, possibilidade que a Constituição de 1988, de forma expressa, veda, no art. 5, inciso XLVII, alínea “b”. Aqui se tem claramente que o Princípio da Supremacia da Constituição toma outros contornos, quando se trata da abertura do Estado Constitucional Cooperativo aos direitos humanos (MALISKA, 2006, p. 186 e seg.). O compartilhamento de direitos de soberania exige um novo olhar sobre a ordem constitucional, que deverá ser entendida a partir das balizas que a própria ordem constitucional dá para a abertura normativa da Constituição.

Essa nova compreensão do papel da jurisdição constitucional, no contexto do Estado Constitucional Cooperativo, revela tanto um esforço acadêmico, no sentido de dissertar sobre esses novos conceitos, como da própria jurisprudência, que necessita transitar de antigos para novos precedentes. Assim, ainda que críticas possam ser feitas ao Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, que conferiu status supralegal aos tratados de direitos humanos aprovados antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45, que inseriu o parágrafo 3 ao art. 5º da Constituição, essa decisão pode ser entendida também como uma decisão de transição, a qual acabou por resolver a questão da prisão civil por dívidas, não obstante ter deixado a desejar quanto à fundamentação teórica da inserção da Constituição Nacional na internacionalização dos direitos humanos (MALISKA, 2008).

Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal deverá revisitar esse seu entendimento, para melhor ajustá-lo à ideia de um Estado Constitucional Cooperativo, ou seja, conferindo status constitucional, não apenas supralegal, aos tratados de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional 45.

De igual forma, outra questão que está relacionada ao tema da jurisdição constitucional no Estado Constitucional Cooperativo se refere às chamadas jurisdições concorrentes. Aqui, pode-se fazer referência às decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso

Gomes Lund, que tratou da Guerrilha do Araguaia, e pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF N. 153. O Supremo Tribunal Federal, na decisão da ADPF, entendeu que a Lei de Anistia, ao ter sido reafirmada pela Emenda Constitucional N. 26, de 27 de novembro de 1985, verdadeiro ato do Poder Constituinte Originário, que instalou, nos termos do seu art. 1, a Assembleia Nacional Constituinte, integrou a Anistia da Lei de 1979 à nova ordem constitucional, não cabendo mais eventual questionamento sobre o recebimento ou não da Lei, pela Constituição de 1988. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, entendeu que as disposições da Lei de Anistia brasileira, que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos, são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, pois carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para as investigações e nem para a identificação e punição dos responsáveis. Igualmente, dispôs que o Estado deve conduzir, eficazmente, perante a jurisdição nacional ordinária, a investigação penal dos fatos, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido na Sentença da Corte (MALISKA, 2015, p. 465 e seg.).

Além dessa clara divergência entre os tribunais, há também outra, referente ao caráter continuado ou não dos crimes. Segundo a Corte Interamericana, inclusive esse argumento é utilizado para afirmar a sua competência para conhecer do caso, os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato persiste, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Por outro lado, o STF entende que a Lei de Anistia é uma lei-medida, pois não possui as características de generalidade e abstração, mas sim de disciplina de determinados interesses, mostrando-se imediata e concreta. Interpreta-se o texto da lei medida na realidade do e no momento histórico no qual ela foi editada, não no momento histórico da realidade atual. Por não ser uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade, há de ser interpretada a partir da realidade do momento em que foi conquistada.

Não obstante a decisão de mérito do STF na ADPF 153, foi interposto Embargos de Declaração, ainda pendente de julgamento, no qual se discute abrangência ou não da Lei de Anistia aos crimes permanentes não exauridos até 28 de agosto de 1979. O assunto também esteve sob a jurisdição do STF, em razão da Reclamação Constitucional 22616, interposta por denunciado pelo crime de sequestro praticado durante o regime de exceção, em junho de 1971. Essa Reclamação Constitucional foi extinta em fevereiro de 2020, sem julgamento do mérito, em razão do falecimento do reclamante.

Como bem lembra Marcelo Neves, na sua obra *Transconstitucionalismo*, nem o “modelo de resistência”, nem o de “convergência” são apropriados para a solução de questões que envolvem jurisdições concorrentes. Assim, não se trata de a priori determinar a prevalência de uma ou outra decisão, mas sim de, diante de um caso concreto, avaliar como compatibilizar as decisões no contexto das competências de cada uma das jurisdições, ou seja, implementar aquilo que Neves chama de “modelo de articulação”, consistente no estabelecimento de “pontes de transição” entre as jurisdições analisadas (NEVES, 2009, p. 259).

A abertura do Estado Constitucional Cooperativo brasileiro aos direitos humanos é possível também de ser vista na Ratificação da Convenção 189 da OIT sobre trabalhadoras e trabalhadores domésticos. O art. 3, item 2, alínea “d” previu que os Estados membros devem

adotar medidas que visem à eliminação da “discriminação em matéria de emprego e ocupação” (LIMA, 2020).

Essa norma internacional, fruto da cooperação normativa internacional, impulsionou uma significativa mudança no art. 7, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, que não estendia aos trabalhadores domésticos todos os direitos dos trabalhadores comuns. A democrática Constituição brasileira de 1988 não teve forças suficientes para eliminar um importante resquício da escravidão, que era o trabalho doméstico nas condições como aprovado em 1988, ou seja, sem FGTS, sem hora extra, sem seguro desemprego, sem adicional noturno etc.

Foi a abertura da ordem constitucional aos direitos humanos que possibilitou a oxigenação da ordem constitucional brasileira, com um importante reparo no que diz respeito à legítima promoção dos direitos dos trabalhadores domésticos.

A jurisdição constitucional também acaba tendo um importante lugar no deslocamento da ideia de um “direito legislado” para um “direito jurisprudencial”. A centralidade da jurisdição constitucional, no sistema político e constitucional atual, contribui para a percepção da importância do papel dos Tribunais na definição do que seja propriamente o direito válido.

No caso brasileiro, no qual a jurisdição constitucional é difusa, esse papel não se resume apenas ao Supremo Tribunal Federal, mas acaba também contemplando o Poder Judiciário como um todo. Por certo, essa nova compreensão necessita daquilo que o Código de Processo Civil trata no art. 926: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

A segurança jurídica ocorre muito mais pela previsibilidade das decisões judiciais, do que pelo conteúdo propriamente do texto legal. Isso se dá, pois os tribunais, trabalhando com a jurisdição constitucional, a qual tem um código de validade mais amplo (o código constitucional/inconstitucional é muito mais abrangente que o código legal/ilegal), muitas vezes invalidam a aplicação da lei, buscam uma interpretação conforme à constituição, ou mesmo, decidem com fundamento em outras normas, sejam elas decorrentes de normas extra-estatais propriamente (normas associativas, locais, de minorias étnicas e religiosas – exemplo: aplicação do direito islâmico pelos tribunais europeus, direito indígena etc.), de normas internacionais, supranacionais, transnacionais etc. Nesse último aspecto, tem-se o conceito de pluralismo jurídico, o qual desempenha um papel central para se compreender a ideia atual de democracia inclusiva. Nesse ponto, é interessante observar que Hans Kelsen, um defensor da democracia pluralista liberal, via no monismo jurídico estatal o singular para regular essa pluralidade. Agora, o pluralismo jurídico se vincula à Constituição como referência normativa, ou seja, há um direito fora da lei, mas não fora da Constituição. O código de validade jurídica é mais abrangente, passa a ser constitucional/inconstitucional.

A pluralização das fontes do direito, um fenômeno que decorre do transbordamento da sociedade civil nacional com vistas à cooperação e solidariedade sociais internacional e/ou supranacional, coloca o Estado Constitucional Cooperativo na condição de uma instituição que ainda é singular no contexto do mundo atual, pois ele é ainda a única organização política que detém o chamado monopólio da violência legítima, com o qual ele pode constranger pessoas e instituições a seguirem as suas normas. No entanto, esse monopólio do poder é exercido no contexto de uma pluralidade de fontes jurídicas, em que o fundamento jurídico da decisão política estatal é mais abrangente.

A jurisdição constitucional tem um papel fundamental nesse processo, pois ela serve como filtro da ação desse Estado. O Estado Constitucional Cooperativo interage para além e aquém de suas fronteiras, promove, sob muitos aspectos, a democracia plural e inclusiva. Nesse sentido, uma decisão do STF que está em sintonia com essas ideias se encontra na ADI 4277 e na ADPF 132, na qual a mais alta instância do poder judiciário brasileiro deu interpretação, conforme a Constituição, ao art. 1723 do Código Civil para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Segundo o Tribunal, não se pode discriminar as pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher, seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. O pluralismo, como valor sócio-político-cultural, alicerça a liberdade para que se possa dispor da própria sexualidade, categoria essa inserida nos direitos fundamentais do indivíduo como expressão da autonomia de vontade. Os direitos à intimidade e à vida privada igualmente integram o rol de direitos fundamentais protegidos pela cláusula pétrea.

Conforme ainda decidiu o STF, a Constituição Federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Família se constitui como “categoria sócio-cultural e princípio espiritual”. Em síntese: “A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. (...) [Trata-se da] Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. [Tem-se aqui o] avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes, [uma] caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural” (STF – ADI 4277; ADPF 132).

O Tribunal, ao afastar a norma estatal que definia união estável apenas como a união entre o homem e a mulher, foi sensível à ideia ehrlichiana do direito como “uma ordem de comportamentos habituais” e igualmente reconheceu a legitimidade da norma jurídica que de fato pautava a ação dessas pessoas, uma norma jurídica empírica, seguida por um grande conjunto de pessoas que viviam em união marital à margem da lei estatal (MALISKA, 2015, p. 143).

Essa questão geralmente tende a ser enfrentada sob o ponto de vista do fundamento jurídico constitucional, qual seja, as normas da constituição, que conferem fundamento à decisão tomada pelo STF. Mas há outro aspecto decorrente de um direito vivo, empírico, que acabou sendo reconhecido pelo STF. Esse direito empírico, que existe e regula a vida das pessoas, independente da norma estatal, acaba tendo também vez e espaço nessa nova compreensão do direito dito jurisprudencial.

A jurisdição constitucional do Estado Constitucional Cooperativo contribui significativamente para a realização dos objetivos constitucionais de 1988, de construir uma sociedade mais inclusiva, mais justa e mais solidária.

4. CONCLUSÃO

O papel da jurisdição constitucional no Estado Constitucional Cooperativo parte da compreensão de que o Estado Constitucional Cooperativo é o Estado Constitucional dos Direitos humanos, do pluralismo, da diversidade e das minorias, ou seja, de uma sociedade complexa e plural.

A Constituição Federal de 1988 delinea o Estado brasileiro como um Estado Cooperativo, tanto nos seus princípios fundamentais, como nos títulos dos direitos fundamentais e da ordem social.

O protagonismo da jurisdição constitucional nas democracias constitucionais atuais indica um importante processo de deslocamento da compreensão do Direito, deixando a ideia de “direito legislado”, para assumir a de “direito jurisprudencial”. Essa constatação não procura desconsiderar ou minorar o papel legislativo do Estado como expressão própria da democracia. Pelo contrário, ela apenas chama a atenção para o fato de que as democracias atuais exigem soluções que combinem a vontade da maioria com a observância dos princípios da Constituição, medida que confere à jurisdição constitucional um papel contramajoritário fundamental. Os tribunais, trabalhando com a jurisdição constitucional, a qual tem um código de validade mais amplo (o código constitucional/inconstitucional é muito mais abrangente que o código legal/ilegal), muitas vezes invalidam a aplicação da lei, buscam uma interpretação conforme à constituição, ou mesmo, decidem com fundamento em outras normas, sejam elas decorrentes de normas extra-estatais propriamente (normas associativas, locais, de minorias étnicas e religiosas – exemplo: aplicação do direito islâmico pelos tribunais europeus, direito indígena etc.), de normas internacionais, supranacionais, transnacionais etc. Nesse último aspecto, tem-se o conceito de pluralismo jurídico, o qual desempenha um papel central para se compreender a ideia atual de democracia inclusiva.

A pluralização das fontes do direito, um fenômeno que também decorre do transbordamento da sociedade civil nacional, com vistas à cooperação e solidariedade social internacional e/ou supranacional, coloca o Estado Constitucional Cooperativo na condição de uma instituição que ainda é singular no contexto do mundo atual, pois ele é ainda a única organização política que detém o chamado monopólio da violência legítima, com o qual ele pode coagir pessoas e instituições a seguirem as suas normas. A jurisdição constitucional tem um papel fundamental nesse processo, pois ela serve como filtro da ação desse Estado, que necessita interagir para além e aquém de suas fronteiras, promovendo a democracia plural e inclusiva.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Priscila Caneparo dos. Uma nova leitura dos Estados a partir dos direitos humanos: o Estado constitucional cooperativo. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, v. 8, n. 78, 2019.

BARBOSA, Rui. Art. 6º da Constituição e a Intervenção de 1920 na Bahia. In: **Obras Completas**. v. XLVII 1920. Tomo III. Rio de Janeiro: MEC – Fundação Casa de Rui Barbosa, 1975.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRUGGER, Winfried. A pessoa humana dos direitos humanos. Tradução de Elisete Antoniuk. Revisão de tradução: Marcos Augusto Maliska. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais do UniBrasil**, v. 5, 2005.

CAMPELLO, Livia Gaigher. Meio Ambiente e Estado Constitucional Cooperativo. **Revista Thesis Juris**, v. 2, n.2, jul./dez. 2013.

CATANIA, Alfonso. **Lo Stato Moderno. Sovranità e Giuridicità.** Turin: G. Giappichelli Editore, 1996.

FORST, Rainer. **Contextos da Justiça.** Tradução de Denilson Luis Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Constituição e Cultura. O Direito ao Feriado como Elemento de Identidade Cultural do Estado Constitucional.** Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Zeit der Übergänge.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

HOBSBAWN, Eric. **A Era das Revoluções.** Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. **A Era do Capital.** Tradução de Luciano Costa Neto. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. **A Era dos Impérios.** Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

LAGI, Sara. Hans Kelsen e a Corte Constitucional Austríaca (1918-1929). Tradução de Jorge Rafael Matos. Revisão de tradução: Marcos Augusto Maliska. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 26, n. 1., p. 258-277, jan/abr. 2021.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LIMA, Thierry Gihachi Izuta de. **Flexibilização das Relações de Trabalho e de Garantia de Trabalho Decente; Desafios aos Sistemas de Proteção Internacional do Trabalhador e ao Estado Constitucional Cooperativo.** Curitiba: Dissertação de Mestrado do PPGD UniBrasil, 2020.

LUKACS, John. **O Duelo. Churchill x Hitler. 80 dias cruciais para a Segunda Guerra Mundial.** Tradução de Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e Século XXI. A Integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



_____. Constituição e Cooperação normativa no Plano Internacional. Reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 466.343-1. **Espaço Jurídico**, v. 9, 2, jul./dez. 2008.

_____. **Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. **Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich. Aportes para uma Reflexão Atual sobre Pluralismo e Constituição**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. A proteção dos direitos humanos no âmbito de jurisdições concorrentes: o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Eduardo Biacchi. (Org.) **Direito da Integração Regional. Diálogo entre jurisdições na América Latina**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Entre o Pesado Estado Autárquico e o Indiferente Estado Mínimo. Reflexões sobre o Estado Constitucional Cooperativo a partir de um caso concreto. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 20, p. 159-173, 2016.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Die Deutsche Ideologie. In: **Werke**, v. 3, Berlin: Dietz Verlag, 1959.

MIRANDA, Jorge. O Estado Constitucional Cooperativo e o Jus-Universalismo da Constituição Portuguesa. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 63, 2017.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Larissa Alcântara. Âmbitos de atuação estatal em prol da efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais: Estado Constitucional Cooperativo e Federalismo Cooperativo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 5, 2009.

SALDANHA, Nelson. **Sociologia do Direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Häberle. **Revista Jurídica. Presidência da República**, v. 7, n. 72, 2005.

VILLALÓN, Pedro Cruz. **La Formacion del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.





Data do recebimento: 30/08/2021

Data do Aceite: 8/10/2021

PROBIDADE, GOVERNANÇA E CONTROLE: UMA APOSTA MUITO GRANDE NAS INSTITUIÇÕES?

PROBITY, GOVERNANCE AND CONTROL:
A BIG BET ON INSTITUTIONS?

Rafael Moreira Nogueira¹
Bruno Félix de Almeida²

SUMÁRIO: Introdução; Delimitação do tema do artigo; 1. O regime da (Im)Probidade Administrativa e sua perspectiva no Controle, Integridade e Governança Pública.; 2. Controle, Integridade e prevenção como uma abordagem (neo) Institucionalista; 3. Refletindo sobre esse caminho; 4. Conclusão; Referências.

1 - Mestrando em Planejamento e Políticas Públicas da UECE - Universidade Estadual do Ceará. Especialista em Direito Constitucional pelo IDP/UNISUL (2008), Especialista em Direito Público com ênfase em Regulatório pela EAGU/UNB (2012). Coordenador da Equipe de Trabalho Remoto em Ações de Improbidade da PGF (2017- Atual). Procurador Federal da AGU. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/5280372404406177>.

2 - Mestre em Direito pela UFC. Especialista em defesa da probidade (corrupção, má gestão e ineficiência grave no serviço público). Especialista em Direito Público pela UNB com ênfase em Direito Administrativo. Graduado em Direito pela UFC. Instrutor da Escola de Administração Fazendária – ESAF, tendo ministrado cursos na área de governança, integridade e improbidade administrativa. Instrutor da Escola da Advocacia-Geral da União. É integrante da equipe nacional de defesa da probidade administrativa da Procuradoria-Geral Federal. Procurador Federal desde 2006. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3566018402119673>.



RESUMO: O estabelecimento de um marco regulatório da probidade na administração pública segue um roteiro de criação de ambiente de relacionamento entre agentes públicos e privados com normas, protocolos e instituições que possam induzir comportamentos éticos. As modernas tendências de mitigação de desvios éticos apostam na transposição dos conceitos próprios de administração, como governança e *compliance*, para esfera jurídica e pública. A proposta metodológica do artigo foi realizada a partir de pesquisa documental dos textos legais e pesquisa exploratória de artigos científicos, abordando a teoria institucionalista e comparando a evolução das normas de combate à corrupção nos anos 2000, notadamente a partir de 2013, e refletindo essa evolução na perspectiva neoinstitucionalista.

PALAVRAS-CHAVE: Probidade. Governança. Controle. Crítica. Neoinstitucionalismo.

ABSTRACT: The establishment of a regulatory framework for probity in public administration follows a script for creation of an environment for relationship between public and private agents with rules, protocols and institutions that may induce ethical behavior. The modern trends of mitigation of ethical deviations is betting on the transposition of the own concepts of administration, as governance and compliance, to the legal and public sphere. The methodological proposal of the article used documental research of legal texts and exploratory research of scientific articles addressing institutionalist theory, comparing the evolution of anti-corruption norms in the 2000s, notably from 2013 onwards, and reflecting this evolution in the neo-institutionalism perspective.

KEYWORDS: Probity. Governance. Control. Critical. Neo Institutionalism.

INTRODUÇÃO: DELIMITAÇÃO DO TEMA DO ARTIGO

Instituições moldam comportamentos individuais, ou comportamentos individuais e a ação decorrente moldam as instituições? Ou há um movimento de fluxo e contra fluxo entre essas forças, ou ainda, a complexidade das dinâmicas sociais é muito mais abrangente do que essa relação? (PERES, 2018)

Esses questionamentos iniciais visam delimitar o que se pretende abordar no presente artigo a partir de uma questão central, a saber, do regime não penal de resposta à corrupção, que é o regime da probidade administrativa (NEISSER, 2019). Quais são as atuais perspectivas de controle e mitigação dos atos de improbidade e como isso se relaciona com a abordagem teórica neoinstitucionalista.

Pretende-se, pois, abordar o que de mais contemporâneo tem se propagado como mais eficiente para mitigação de atos de improbidade (e corrupção em geral), e se essa atual abordagem não faz uma aposta demasiadamente alta nesse conjunto de regras, protocolos, agentes e instituições, na tentativa de estruturar um ambiente de relacionamento das ações entre particulares e Estado mais previsível, com o cumprimento de regras previamente conhecidas por todos os agentes e que inibam o enriquecimento ilícito de agentes públicos e privados, bem como o desvio ou uso inadequado do dinheiro público.

Para tanto, iremos visualizar esse cenário com o olhar das teorias e metodologias neoinstitucionalistas, identificando as ideias e conceitos que tentam mitigar o problema da corrupção administrativa, via controle, protocolos, procedimentos de integridade e ações judiciais.

Será feita uma breve descrição do regime geral da probidade administrativa no Brasil e da adoção da nova legislação de combate à corrupção, que adotou uma perspectiva um tanto quanto diferente na compreensão e enfrentamento da questão.

Feito isso, iremos confrontar a adoção desse caminho com o que o neoinstitucionalismo na Ciência Política propõe, para, ao final, refletir criticamente sobre esse modo de ver e enfrentar mais uma das dolorosas questões nacionais.

A proposta metodológica do artigo se deu por meio de pesquisa documental dos textos legais e pesquisa exploratória de artigos científicos, identificando o marco regulatório da defesa da probidade no país, tendo como ponto de partida a Lei Federal 8.429/92, depois abordando a evolução da legislação, editada a partir dos anos 2000, apontando as principais normas editadas, e, a partir disso, fazer uma reflexão crítica com o olhar das teorias neoinstitucionalistas indicadas especialmente nos artigos de HALL e TAYLOR, 2013 e PERES, 2018.

1. O REGIME DA (IM)PROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA PERSPECTIVA NO CONTROLE, INTEGRIDADE E GOVERNANÇA PÚBLICA

O marco regulatório da probidade pode ser definido como um conjunto de regras que visam definir um conjunto de ações e omissões que são consideradas ímprobas (ALMEIDA, 2020, p. 53). Definidos tais atos, são estabelecidas as sanções que os agentes públicos e eventuais terceiros que concorrem ou se beneficiam desses atos venham sofrer, caso punidos em um processo civil de natureza sancionatório (BRASIL, [1988] e [1992])

É, portanto, um conjunto de regras e procedimentos que visam dar resposta não penal à prática de atos que caracterizem violações da legislação e que importam em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atentado aos princípios da administração pública (NEISSER, 2019).

São diversas situações que se enquadram no que não se deve fazer, como:

Receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições” (Art.9, I Lei 8.429/92); frustrar a licitude de processo licitatório...” (10, VIII, Lei 8.429/92) e Negar publicidade aos atos oficiais (Art. 11, IV, Lei 8.429/92). (OSÓRIO, 2010)

Foram citadas acima três situações dos três diferentes tipos possíveis de improbidade, que demonstram, de forma bem genérica, que esse conjunto de regras de caráter proibitivo/punitivo (ou seja, não se devem fazer esses atos na qualidade de agente público), pretendem dotar o ambiente de interação, entre a administração pública e os particulares, com esses protocolos mínimos.

Espera-se, diante da possibilidade de punição, que os agentes públicos e os privados, em suas relações, sejam desestimulados a agirem nas formas tidas como ímprobas, aumentando-se os riscos de punição em detrimento do eventual benefício (ARIELY, 2012.p.11).

O estabelecimento desses parâmetros, desse marco regulatório, tem que vir acompanhado de regras de competências, treinamento, capacitação, clareza dos protocolos que envolvem o dia a dia da administração, liderança, recursos humanos, entre outras dezenas de variáveis.

A racionalidade por trás disso é a crença da necessidade de uma boa gestão pública para sua eficiência, com o objetivo de entregar à população os serviços que o Estado deve entregar de forma legal, impessoal, eficiente e moralmente (no sentido administrativo) correta, promovendo desenvolvimento (NARDES; ALTOUNIAN e VIEIRA, 2014), inclusive dialogando com um direito fundamental à boa administração (FREITAS, 2014, p. 168)

A regulação em torno da improbidade, desta forma, tem um viés punitivista, no sentido de identificar e aplicar de forma eficiente as medidas de sanção àqueles agentes públicos e eventuais terceiros envolvidos no ato de improbidade (AGRA, 2017, p.65).

A lei 8.429 é de 1992 e bebeu os fatos sociais e políticos da época do impedimento do então presidente Fernando Collor naquele ano. Com elogios e críticas, a referida lei vem sendo aplicada nesses 29 anos, sendo que os dados coletados junto ao Conselho Nacional de Justiça informavam, em 2015, mais de 36 mil ações de improbidades em tramitação (BARBÃO; OLIVEIRA, 2017).

Após os movimentos de junho de 2013 (CUELLAR e PINHO, 2014), uma nova leva de legislação incrementou esse marco regulatório da probidade, com a aprovação das leis anticorrupção (12.846/2013) e lei das estatais (Lei 13.303/2016), ambas com a visão um pouco menos punitivista, mais focadas na governança, no *compliance* e em outras técnicas incorporadas do mundo corporativo, relativas à prevenção dos conflitos de agência, adaptados ao mundo público.

Integridade e controle passaram a ser o norte das medidas de prevenção dos atos tidos como ímprobos, corruptos etc. “Prevenir, detectar e punir”, assim está na convenção da OCDE

sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, promulgada no Brasil pelo Decreto 3.678/2000 e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003, e assinada pelo Brasil, em 9 de dezembro de 2003 (convenção de Mérida), promulgada pelo Decreto n.º 5.687/2006.

Ao final de 2017, foi publicada a política pública de governança, através do Decreto 9.203/2017. Recentemente, o Decreto n. 10.756/2021 instituiu o Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal, alterando e complementando a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

A Lei n. 13.303/2016, que instituiu o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, dedicou todo o seu título primeiro às regras de governança e de integridade, incorporando aspectos de melhores práticas, consagradas internacionalmente.

Ainda na mesma onda legislativa, a Lei n. 13.848/2019 trouxe novas regras de governança e transparência no processo de decisão e de elegibilidade dos órgãos das agências reguladoras.

O movimento foi do público ao privado e do privado ao público, com a adoção, no mundo jurídico, de várias formas de atuação da administração, principalmente das grandes corporações privadas, com ações em bolsa, sujeitas a uma série de controles tanto próprios como de agências reguladoras estatais.

O cenário atual, então, reconhece a pouca eficiência da atuação unicamente judicial/processual/repressiva para criar um ambiente mais “saudável” em termos de observância das regras de integridade, que, inclusive, dificultam, no plano econômico, uma competição mais organizada e baseada em fatores estritamente financeiros entre os agentes de mercado.

Delações premiadas (Lei 12.850/2013), acordos de leniência (Lei 12.846/2013), programas de integridade (Lei 12.846/2013, decreto 8.420/2015), acordos de não persecução cível e penal (13.964/2019); é assim que se encaminha o enfrentamento à corrupção, adotando as diretrizes mais modernas de órgãos como o Banco Mundial e OCDE (OCDE, 2019), apostando-se na percepção de que as instituições estariam aptas a moldar a ação humana, no caso específico, desestimulando a adoção de ações ímprobos/corruptas nas relações entre particulares e o Estado.

Vejamos, então, como essa agenda de enfrentamento mais focado no estímulo às boas práticas, via protocolos, pode ser analisada da perspectiva do neoinstitucionalismo.

2. CONTROLE, INTEGRIDADE E PREVENÇÃO COMO UMA ABORDAGEM (NEO) INSTITUCIONALISTA

As atuais versões do neoinstitucionalismo visam estudar e identificar o papel que essas instituições desempenham na determinação de resultados sociais e políticos (HALL e TAYLOR, 2003).

De fato, responder à pergunta do que moveria a ação política e social dos indivíduos é o debate que estimula o institucionalismo e o comportamentalismo (PERES, 2008):

As decisões políticas são o resultado direto das preferências de indivíduos que agem isoladamente e de forma egoísta ou são processos induzidos por instituições políticas e sociais que

regulam as escolhas coletivas? Em outras palavras: o comportamento dos atores é determinado por alguma racionalidade endógena ou, de maneira inversa, por algum tipo de restrição exógena, configurada pelo arranjo institucional que delimita o contexto da tomada de decisão? Estas têm sido questões centrais na demarcação teórica de dois tipos de abordagem que competiram e dominaram o desenvolvimento da Ciência Política desde os primeiros decênios do século XX, quais sejam, o institucionalismo e o comportamentalismo.

A revisitação ao institucionalismo, com uma abordagem diferenciada, visa compreender os fenômenos sociais e políticos, a partir de respostas sobre o que uma série de protocolos formais e informais acarretam no comportamento humano.

No âmbito dos estudos de enfrentamento à corrupção, essa abordagem ganha força, conforme destacado por Batista e Marques (2012), reforçando a perspectiva de que elementos estruturantes do pacote institucional democrático seriam fundamentais para indicação de comportamentos menos corruptos.

As evidências, então, demonstrariam que os desenhos institucionais, principalmente os desenhos constitucionais, indicariam a maior ou menor probabilidade de explicar o fenômeno da corrupção numa dada realidade social.

Isso porque a regularidade, força e aceitação desses protocolos de incentivos e desestímulos de fato exerceriam um papel fundamental no comportamento do corpo social, estimulando o cumprimento da lei, o *accountability* dos agentes públicos, a prevalência do Estado de Direito com o império da lei de caráter impessoal e republicano.

Sugere-se, assim, que teríamos a fórmula, baseado em experiências bem-sucedidas em países desenvolvidos e institucionalmente bem solidificados, de que esse conjunto institucional fornece as bases para a criação desse ambiente de maior honestidade no comportamento dos agentes, desde os políticos aos eleitores, dos empresários aos agentes públicos.

O que se pode inferir do quadro atual é que há uma tentativa de implantar, na nossa realidade de enfrentamento do fenômeno corrupção/improbidade, essa lógica de atuação, com a adoção das mencionadas legislações específicas, como a criação da política de governança pública, adoção obrigatória de *compliance* nas empresas estatais (Lei 13.303/2016) e em empresas que venham contratar com o poder público (Nova lei de Licitações, Lei 14.133/2021), entre outras iniciativas legislativas e executivas ^(BRASIL, 2021).

Na política de governança pública, por exemplo, estabelecida no decreto 9.203/2017, em seu artigo 4º, são destacadas as seguintes diretrizes:

V - fazer incorporar padrões elevados de conduta pela alta administração para orientar o comportamento dos agentes públicos, em consonância com as funções e as atribuições de seus órgãos e de suas entidades; VI - implementar controles internos fundamentados na gestão de risco, que privilegiará ações estratégicas de prevenção antes de processos sancionadores.

Induzir o comportamento através da técnica, esse é um dos objetivos aliados a vários outros, como identificar os riscos e gerenciá-los. Tais propósitos estão inseridos no paradigma gerencialista da administração pública.

Identifica-se, portanto, que o atual estágio do enfrentamento da corrupção administrativa no Brasil pode ser abordado, como demonstram as normas recentemente produzidas, como inserido no paradigma neoinstitucionalista, no sentido de que se “*investigam, de maneira positiva e analítica, os efeitos dos desenhos institucionais sobre o comportamento dos atores e sobre os resultados políticos*” (Peres, 2018).

De algum modo, esse é um caminho a ser explorado, inibindo rompantes voluntaristas e maniqueístas no enfrentamento da dinâmica da corrupção, tentando compreender os reflexos que o arcabouço institucional tem a oferecer ao comportamento social, e, especificamente, ao comportamento tido como ímprobo/desonesto.

3. REFLETINDO SOBRE ESSE CAMINHO

A adoção de regras claras, a comunicação dessas regras, a existência e funcionamento de um conjunto de estruturas institucionais são muito bem-vindas numa república que busca, de algum modo, o desenvolvimento (FURLANETTO, 2008) e um bem comum diante de um dissenso social muito complexo em uma sociedade tão desigual como a brasileira.

As instituições podem de fato ser uma âncora de estabilidade numa sociedade quando há clareza das regras dos jogos. A abordagem institucionalista tem hipóteses que sugerem que boas instituições tendem a produzir boas sociedades (WILLIAMSON, 1989 citado por FURLANETTO, 2008).

Talvez seja possível visualizar um cenário de regulação institucional sobre o comportamento dos agentes públicos relativos à probidade, que apresente respostas mais eficientes sobre a atuação dos indivíduos que disputam eleições, disputam orçamentos, contratos e participação dentro de um acordo mínimo de regras de atuação.

Nesse ponto, tendo que compreender esse momento de adoção dessas técnicas, de gerenciamento de risco, integridade, treinamento nos códigos de conduta, estímulos positivos aos bons competidores, como uma agenda positiva no enfrentamento dos desvios.

Todavia, existem situações estruturais que precisam ser enfrentadas sob pena de estarmos criando regras de papel, sem a aderência necessária ao contexto social. Entender o estágio de desenvolvimento nacional, e as enormes fissuras sociais, nesse quadro, é extremamente importante para que essa variável fundamental integre esse conjunto de ações.

Acredita-se que o neoinstitucionalismo histórico (HALL e TAYLOR, 2003), incluindo em sua abordagem a história e as diferenças no controle de poder, apresenta um bom caminho para um estudo mais robusto desse quadro geral do comportamento.

Ademais, a figura do sujeito, do indivíduo, não pode ser desconsiderada, o que, talvez, o neoinstitucionalismo da escolha racional (HALL e TAYLOR, 2003) pode ajudar nessa abordagem, conforme pontua Batista e Marques (2012):

Nesse sentido, essa versão do neo institucionalismo se preocupa com o efeito de regras formais e informais sobre o comportamento racional de atores envolvidos em trocas políticas ou econômicas. Os atores são racionais, e, portanto, fazem suas escolhas com base em um cálculo de custos e benefícios de cada curso de ação. Contudo, tais escolhas não são feitas em um vácuo institucional (TSEBELIS, 1998). As instituições importam,



no sentido que estabelecem as “regras do jogo” e constroem o comportamento dos atores (NORTH, 1994), ou ainda, porque “they affect how political actors are enabled or constrained” (MARCH e OLSEN, 2006: 8).

Ao final, o debate sobre como se move a ação humana é muito complexo e necessita de uma abordagem multidisciplinar das várias áreas do conhecimento. A propósito, em artigo, na Folha de São Paulo, o professor Marcus André Melo (2021), em título provocativo ao atual momento nacional, arrematou com a seguinte conclusão:

O debate sobre instituições tornou-se hiperinstitucionalista: uma vez adotado um modelo institucional ou conjunto de regras, supõe-se que tudo o mais se ajustaria. Tudo o mais neste caso incluiria a própria sociedade. Ignoram-se os atores. O funcionamento institucional não deriva apenas de regras institucionais; as instituições são habitadas por atores, cujas preferências, normas e valores variam amplamente, inclusive em relação em termos de sua intensidade. Sob certas configurações, esses fatores podem subverter o funcionamento das instituições.

Essa observação também pode ser trazida ao debate de como, e se, a existência de instituições que promovam a boa governança pública poderá dar boas respostas ao combate à corrupção, com a adoção de todas essas técnicas de governança e integridade.

Será necessário colocar na agenda de análise do cenário uma série de gargalos estruturais da sociedade brasileira, como a brutal desigualdade social (SOUZA, 2019), que trazem desafios muito complexos que precisam ser pelo menos avaliados para a formação desse desenho institucional, que vise criar esse denominado bom ambiente de atuação do Estado, visando o desenvolvimento, no sentido de correta aplicação dos recursos públicos, impedindo sua apropriação ilegal e privada.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu abordar a perspectiva institucional do enfrentamento às questões da improbidade administrativa, a partir da reflexão de análise de modelo das regras existentes e da adoção das novas regras para regulação do tema ao longo dos anos 2000, notadamente a partir de 2013.

É possível admitir que a adoção da perspectiva institucionalista, com as novas abordagens neoinstitucionalistas citadas, tem capacidade de induzir os comportamentos desejados, no sentido de mitigar comportamentos desviantes no que se refere à probidade administrativa.

Dado ao dinamismo das relações sociais, é importante reconhecer que os eventuais resultados derivados da adoção dos referidos protocolos normativos não comportam a conclusão de uma causalidade linear, mas sim de uma causalidade complexa (MINAYO, 2005), própria da complexidade das relações envolvidas

De fato, é necessário sempre alertar que essa é uma das possibilidades de se abordar um tema tão complexo (comportamento probado em relação à administração e aos administrados), e não é possível esperar, tão somente, que boas regras institucionais, considerando que as sejam, venham ser a única resposta para o combate às condutas desviantes.

REFERÊNCIAS

AGRA. Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ALMEIDA, Bruno Félix de. **Advocacia pública e controle da probidade: proatividade e procedimento no exercício da legitimidade ativa nas ações de improbidade administrativa**. 2020. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020

ALMEIDA, Bruno Félix de; NOGUEIRA, Rafael Moreira. Defesa da probidade na Advocacia Pública federal: as ações de improbidade administrativa e o case da Procuradoria Geral Federal. **Revista da Advocacia Pública Federal**, Brasília, DF, v. 3, n. 1, p. 192-207, 2019. Disponível em: <https://sistemas.anafenacional.org.br/seer/revista/article/view/92>. Acesso em: 24 ago. 2020

ARIELY. Dan. **A mais pura verdade sobre a desonestidade**: por que mentimos para todo mundo: inclusive para nós mesmos. Tradutor: Leonardo Abramiwicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BATISTA, Mariana; MARQUES, Radamés. Instituições políticas e corrupção: uma análise da literatura comparada. **Revista Política Hoje**, v. 21, n. 1, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 2 ago. 2013d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 5 ago. 2013e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 1º jul. 2016h. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 24 dez. 2019t. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 24 dez. 2019t. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 01 abr. 2021t. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, 1º dez. 2000a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 1º fev. 2006b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 19 mar. 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**: seção

1, Brasília, DF, 23 nov. 2017e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.756, de 27 de julho de 2021. Institui o Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal. . **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 27 jul. 2021e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10756.htm. Acesso em: 24 set. 2021

BRASIL. Portaria nº 8.678, de 19 de julho de 2021. Dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**. 135. ed. Brasília, DF, Seção 1, p. 35-36. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Gestão. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-seges/me-n-8.678-de-19-de-julho-de-2021-332956169>. Acesso em: 27 set. 2021.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FURLANETTO, Egidio Luiz. Instituições e desenvolvimento econômico: a importância do capital social. **Revista de Sociologia e Política**, v. 16, p. 55-67, 2008.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary CR. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova: revista de cultura e política**, p. 193-223, 2003.

MELO, Marcus André. As instituições estão funcionando?: as respostas à questão são imprecisas e ignoram o papel dos atores. **Folha**. São Paulo, p. 0-0. 18 jul. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/marcus-melo/2021/07/as-instituicoes-estao-funcionando.shtml>. Acesso em: 27 jul. 2021.

DE SOUZA MINAYO, Maria Cecília; DE ASSIS, Simone Gonçalves; DE SOUZA, Edinilsa Ramos (Ed.). **Avaliação por triangulação de métodos**: abordagem de programas sociais. SciELO-Editora FIOCRUZ, 2005.

MIRANDA, Fernando Luís. Unificando os conceitos de corrupção: uma abordagem através da nova metodologia dos conceitos. **Revista Brasileira de ciência política**, n. 25, 2018.

NARDES, Augusto; ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. **Governança Pública**: o desafio do Brasil. Editora Fórum, 2014.

NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva**.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PERES, Paulo Sérgio. Comportamento ou instituições? A evolução histórica do neo-institucionalismo da ciência política. **Revista brasileira de ciências sociais**, v. 23, p. 53-71, 2008.

SCHRAMM, Fernanda Santos et al. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à Lava Jato. Estação Brasil, 2019.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Transparência internacional, 2019. **Índice de percepção da Corrupção**. Disponível em: <<https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>>. Acesso em: 26 ago. 2020.





Data do recebimento: 12/11/2021

Data do aceite: 23/11/2021

REGULAÇÃO, RESPONSABILIDADE E STABLECOINS

REGULATION, RESPONSIBILITY AND STABLECOINS

Leandro Sarai¹

Cristiane Rodrigues Iwakura²

Pedro Gueiros³

SUMÁRIO: Introdução; 1. As Moedas Estáveis Algorítmicas; 2. *Decentralized Autonomous Organizations* ou Organizações Autônomas Descentralizadas: Conceituação e Funcionamento; 2.1. Caso Concreto: “*The Dao*”; 2.2. Regulação, Governança e Diálogo Efetivo como Fatores Essenciais para o Desenvolvimento das Novas Tecnologias; 3. Moedas Estáveis Algorítmicas: como regular?; 3.1. Por Que Regular?; 3.2. *Stablecoins*: como regular?; 3.3. Como Responsabilizar?; Considerações Finais; Referências.

1 - Doutor (bolsista Mackenzie) e Mestre (bolsista Capes - Mackenzie) em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Advogado público. Membro do Comitê de Pós-Graduação (CPG) do Banco Central e da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Advocacia-Geral da União. Instrutor credenciado da Escola da AGU. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1292305862388485>.

2 - Doutora e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Pós-Graduada em Direito Público pela UnB e em Regulação de Mercado de Capitais pelo Ibmec. Pesquisadora na área de Processo, Tecnologia e Gestão. Membro do IBDP, da ABDPro, do IDASAN e Membro honorário do IDARI. Procuradora Federal. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/2691796070631199>.

3 - Mestrando em Direito Civil pela PUC-Rio. Advogado na área de Proteção de Dados e Regulatório de Novas Tecnologias. Graduado em Direito pelo Ibmec-RJ. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3185404403050883>.

RESUMO: Trata-se de trabalho relacionado ao Direito Regulatório e às novas tecnologias, tendo-se como principal objetivo apresentar a dinâmica das moedas digitais estáveis – stablecoins – e o estado da arte acerca da regulação destes ativos no Brasil, para que se chegue a uma conclusão sobre o regime de responsabilização de seus agentes, mediante eventuais danos decorrentes das transações envolvendo as moedas estáveis algorítmicas, e, por conseguinte, a respeito da melhor forma de se regular e de se estabelecer mecanismos de prevenção e de governança para a manutenção da segurança jurídica. A metodologia empregada se pautou em pesquisa jurisprudencial, normativa e doutrinária, a partir de fontes nacionais e internacionais. Diante de experiências semelhantes ao caso concreto da “The DAO”, não se demonstra razoável engessar a atividade privada, uma vez que, esta, com o uso de novas tecnologias, de maneira dinâmica e acelerada, pode atingir resultados mais vantajosos nas negociações contratuais. Mas também não se revela, no atual contexto, sustentável qualquer dinâmica contratual integralmente autônoma, sem a intervenção estatal, tal como se pretendeu com a criação das organizações autônomas descentralizadas - DAO’s. Por este motivo, pode-se chegar à conclusão de que o melhor caminho a ser trilhado pauta-se em uma atuação conjunta e coordenada entre setores privados e públicos, orientada para o desenvolvimento de mecanismos de regulação, responsabilização e de governança flexíveis, capazes de refletir a velocidade das inovações incorporadas, e, ao mesmo tempo, eficientes para a manutenção da higidez dos mercados regulados.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. Responsabilidade. Stablecoins. Governança.

ABSTRACT: This work is related to Regulatory Law and new technologies, with the main objective of presenting the dynamics of stable digital currencies - stablecoins - and the state of the art about the regulation of these assets in Brazil, so that it reaches a conclusion on the liability regime of its agents, through possible damages resulting from transactions involving stable algorithmic currencies, and, consequently, regarding the best way to regulate and establish prevention and governance mechanisms for the maintenance of legal certainty. The methodology used was based on jurisprudential, normative and doctrinal research, from national and international sources. In the face of experiences similar to the concrete case of “The DAO”, it is not reasonable to put private activity into a plague, since it, with the use of new technologies, in a dynamic and accelerated manner, can achieve more advantageous results in contract negotiations. But also, in the current context, it reveals that it does not admit any fully autonomous contractual dynamics, without state intervention, as intended with the creation of autonomous decentralized organizations - DAO’s. For this reason, it can be concluded that the best path to be followed is based on a joint and coordinated action between private and public sectors, oriented towards the development of flexible regulation, accountability and governance mechanisms, capable of reflect the speed of the innovations incorporated, and, at the same time, efficient for maintaining the health of regulated markets.

KEYWORDS: Regulation. Responsibility. Stablecoins. Governance.

INTRODUÇÃO

Em meio à plena digitalização da vida humana, o crescente uso de tecnologias que dispensam a ingerência de intermediadores em relações comerciais tem levado a uma inevitável discussão regulatória. A exemplo disto, as denominadas Finanças Descentralizadas (ou, em inglês, *Decentralized Finance* - DeFi) são possíveis através de mecanismos como criptografia, *blockchain* e contratos inteligentes. Desta maneira, possibilitam a criação de um novo sistema operacionalizado em códigos abertos entre indivíduos que detêm total controle sobre seus ativos e aplicações.

No entanto, o uso de criptoativos ainda traz desafios quanto à manutenção e integridade da confiança e boa-fé necessárias às transações comerciais, por serem horizontalizadas e livres de qualquer instituição intermediadora.

Em razão de sua natureza amplamente acessível, para além dos célebres criptoativos, como Bitcoin (BTC) e Ethereum (ETH), existem centenas de plataformas descentralizadas disponíveis no mercado e as possibilidades de surgirem novas beiram o infinito. A propósito, a própria palavra “descentralizada” não se traduz em um conceito fechado, existindo diversas gradações quanto à interferência de programadores, instituições e grupos controladores.

No presente artigo, serão estudadas as denominadas *stablecoins*, isto é, moedas digitais estáveis que se baseiam em um ativo lastreado, cabendo mencionar que somente as moedas estáveis algorítmicas são efetivamente descentralizadas.

Nesse diapasão, a regulação de tais ativos tem sido objeto de diversas investigações por parte de agências como a *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC), nos Estados Unidos, e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), no Brasil.

Feitas estas considerações iniciais, o presente artigo visa se debruçar sobre a atribuição de responsabilidade frente a eventuais danos decorrentes de transações envolvendo moedas estáveis algorítmicas. Por serem uma das melhores expressões do conceito de Finança Descentralizada, estão desvinculadas de qualquer participação de empresas. A estruturação e valoração de tais ativos digitais são definidas previamente por meio de contratos inteligentes, executando todas as funções autonomamente.

Em um momento inicial, será analisada a natureza jurídica das moedas estáveis algorítmicas, de modo a compreender seu alcance. Em seguida, será verificado o caso concreto de uma moeda estável algorítmica denominada DAO, que foi *hackeada* por criminosos, levando uma série de prejuízos aos seus investidores. Por fim, será ponderado de que forma o ordenamento jurídico seria capaz de tutelar os interesses de todos os indivíduos envolvidos nas operações com moedas estáveis algorítmicas.

1. AS MOEDAS ESTÁVEIS ALGORÍTMICAS

Entre as denominadas *stablecoins*, isto é, moedas digitais estáveis que se baseiam em um ativo lastreado, somente as moedas estáveis algorítmicas⁴ são efetivamente descentralizadas. Isso

4 - O ponto de partida desses tokens é semelhante ao princípio econômico dos bancos centrais. O preço é determinado com base em algoritmos pré-programados e na quantidade da *stablecoins* no mercado. (MARINHO, 2018).

porque, as demais moedas estáveis, como as com colaterização *fiat*⁵, com outras criptomoedas⁶ ou com *commodities*⁷, dependem do controle de empresas para determinar suas operações.

Moedas estáveis algorítmicas são espécies de moedas digitais, também chamadas de moedas virtuais. Como representam um fenômeno recente, nem mesmo seu conceito se consolidou. É importante, todavia, ressaltar que não são efetivamente moedas, pelo menos não no sentido jurídico (SARAI, 2016, p.133-192). Do ponto de vista econômico, por outro lado, esses instrumentos tendem a desempenhar funções monetárias e indicam um provável futuro das moedas oficiais, na forma de moedas descentralizadas de bancos centrais (BIS, 2020).

Na prática, pelo menos para as moedas digitais que adotam a tecnologia de *blockchain*, adquiri-las significa tão-somente que o adquirente terá em seu favor um registro em um arquivo de computador. Esse registro irá associar uma quantidade determinada de moeda digital a uma determinada conta. Visto que, para acessar essa conta, é necessária normalmente a utilização de uma senha, somente o titular dessa senha conseguirá, em tese, provocar a redução do saldo dessa conta, por meio de transferência para outros usuários desse sistema, sem prejuízo de alguns sistemas automaticamente cobrarem tarifas diretamente dessas contas. E esse arquivo conterá todos os registros de todas as transações efetuadas pelos usuários do sistema e será compartilhado por todos eles e para todos eles. Como as relações envolvendo essas “moedas” são horizontais e sem intermediação, elas impõem grandes desafios no que diz respeito à confiança⁸.

Seja por se apresentarem na sociedade sob o nome de “moedas”, seja pelas funções monetárias que desempenham, o fato é que esses ativos acabam circulando e adquirindo valor, pois seu valor decorre do simples fato de alguém pagar por eles o valor que seus vendedores pedem. Ao que tudo indica, a maioria das pessoas que adquire tais ativos objetiva aumentar, ou pelo menos manter, seu capital, ou seja, fazer uso da função de reserva de valor. Porém, em razão da alta volatilidade, essa função pode ficar comprometida e é para atacar esse problema específico que surgem as *stablecoins*.

Não se pode, contudo, deixar de alertar para a solução circular que essa sofisticação apresenta. As moedas digitais nascem de uma desconfiança do Estado e de suas moedas oficiais. Um ataque comum seria que o Estado usaria seu poder de desvalorizar a moeda em prejuízo do povo. Outros problemas do sistema financeiro seriam relacionados a três fatores: a) problemas relacionados à privacidade, já que normalmente o sistema financeiro funciona com intermediários; b) as transações, em tese, poderiam ser desfeitas, de modo que os agentes dependeriam da confiança no intermediário; e c) além de o sistema depender desse intermediário, ele gera mais custos. Foram esses três últimos problemas que foram colocados como justificativa, por exemplo, para a criação do Bitcoin (BTC) (NAKAMOTO, 2009).

5 - “Como o próprio nome já diz, esse tipo de ativo digital é lastreado por uma moeda fiduciária em uma conta de reserva.” (MARINHO, 2018).

6 - “Esse tipo de ativo é basicamente apoiado por outras reservas de criptomoedas ou token na blockchain. Ou seja, em uma carteira de ETH, por exemplo, cada token representa o valor de US\$ 1 proporcional ao ativo.” (MARINHO, 2018)

7 - “As moedas estáveis garantidas por commodities são atreladas a uma proporção de 1:1 com seus ativos de reserva, de modo que uma moeda normalmente vale uma unidade predeterminada de sua commodity referenciada (por exemplo, uma onça de ouro ou um barril de petróleo).” (MONEYTIMES, 2020)

8 - No Direito dos Contratos, mostra-se incontestável o seu papel, seja na imposição de novos parâmetros de conduta aos contratantes, seja no servir de fundamento normativo a numerosos institutos que têm promovido a continuada oxigenação do nosso sistema jurídico. (SHREIBER, 2020, p. 34).

Ocorre que ao criar moedas digitais descentralizadas, deixa-se de ter um ente central responsável pelo sistema monetário, mas todos acabam subordinados, de certa forma, a um controle anônimo, valendo ressaltar a possibilidade teórica de algum participante do sistema possuir grande quantidade de unidades monetárias desse sistema, suficientes para influenciar, de certa forma, seu funcionamento de maneira totalmente irresponsável (SARAI, 2016, p.133-192).

E quanto à solução para encarar o problema da volatilidade, há duas ressalvas, principalmente porque de fato nenhum ativo é efetivamente estável⁹. A primeira é que não deixa de ser intrigante algumas moedas digitais pretenderem garantir estabilidade por meio de lastro em outras moedas digitais. A segunda ocorre quando se pretende que a moeda digital seja atrelada ao valor de alguma moeda oficial, como o dólar, que representaria justamente aquilo que as moedas digitais queriam combater. Independentemente desse paradoxo, o fenômeno das moedas digitais é interessante o suficiente para justificar o presente estudo, especialmente as *stablecoins*, cujo funcionamento se baseia em mecanismos automáticos caracterizados como contratos inteligentes.

Os contratos inteligentes, comumente conhecidos como *smart contracts*, são a chave para a criação deste criptoativo. Contratos inteligentes nada mais são do que acordos cuja execução é automatizada, normalmente por computadores¹⁰. A automação objetiva o maior e melhor desempenho, de modo a eliminar qualquer viés humano. Este contrato servirá como um “estatuto social da moeda”, determinando questões como emissão e resgate de ativos, além de informações sobre excesso de oferta e demanda¹¹.

Por meio deste sistema, tais processos são passíveis de serem completamente automatizados e controlados por algoritmos programados. Aqui, a autoridade algorítmica é elevada a uma espécie de banco central. “Em breve poderíamos assegurar status semelhante aos algoritmos, que poderiam então ser proprietários de um império dos transportes ou de um fundo de capital de risco, sem ter que obedecer aos desejos de qualquer senhor humano” (HARARI, 2015, p. 327).

Este ponto nevrálgico suscita questionamentos que desafiam ainda mais a regulamentação dos criptoativos. Na medida em que estes valores obedecem a um algoritmo capaz de determinar suas próprias regras, como se torna possível controlá-lo? Ou ainda, em caso de falhas, quem será o responsável?

2. DECENTRALIZED AUTONOMOUS ORGANIZATIONS OU ORGANIZAÇÕES AUTÔNOMAS DESCENTRALIZADAS: CONCEITUAÇÃO E FUNCIONAMENTO

A análise das DAO's ou *Decentralized Autonomous Organizations*, traduzidas na língua portuguesa como Organizações Autônomas Descentralizadas – que, em verdade, representam

9 - Nem mesmo a moeda tem como ser estável: “A noção de uma moeda neutra é tão contraditória quanto a de uma moeda com poder aquisitivo estável. A moeda que não tivesse ela mesma uma força motriz não seria, como as pessoas presumem frequentemente, uma moeda perfeita; pelo contrário, não seria de modo algum uma moeda.” (VON MISES, 2010, p. 486.)

10 - “Smart contracts are defined as agreements wherein execution is automated, usually by computers. Such contracts are designed to ensure performance without recourse to the courts. Automation ensures performance, for better or worse, by excising human discretion from contract execution.” (RASKIN, 2016, p. 306)

11 - “The smart contract at the core of an algorithmic stablecoin initiative includes rules on how the issuance/redemption of stablecoin units will be used to match demand while maintaining parity with the currency of reference. Information on excess demand/supply is reported to stablecoin smart contracts via the current order books at different trading platforms and market data providers (in jargon – “oracles”).” (BULLMANN; KLEMM; PINNA, 2019, p. 26-27).

modelos de gerenciamento na comunidade de criptomoedas –, serve como um alerta para a importância dos mecanismos de proteção, regulação e governança hábeis a garantir-lhes um grau mínimo de segurança jurídica, consequentemente tornando-as algo plausível de aceitação no mercado de investimentos¹².

Há quem prefira conceituar essas organizações como entidades virtuais autossustentáveis, definidas por contratos inteligentes contendo os ativos e estatutos codificados. Todas as transações financeiras, regras e decisões são estabelecidos e armazenados na *blockchain*, criando um registro transparente e verificável. Os membros são detentores de tokens participantes, e passam a interagir entre si, em conformidade com esses regulamentos virtuais, para promover os objetivos da organização (BARINOV, 2019, p.6).

Para Hacker e Thomale (2018, p. 2), as DAO's representam uma rede de contratos inteligentes que apoiam um veículo de investimento, baseado em *blockchain*, destinado a ser perpetuamente “registrado” na Ethereum (ETH). Esta estabilização criptográfica e a perpetuação técnica de veículos de Oferta Inicial de Moedas (ou *Initial Coin Offering - ICO*) em cadeias de bloqueio deve ser suficiente para considerá-las verdadeiras organizações – e, dependendo das circunstâncias do caso, potenciais parceiras no mercado de investimentos.

Em suma, qualquer rede de criptomoeda descentralizada pode ser considerada uma DAO, e pode ser definida também como um modelo de gerenciamento, uma vez que sua finalidade precípua é a de viabilizar o estabelecimento de empresas ou organizações capazes de funcionar de maneira automática, sem qualquer estrutura hierárquica.

A lógica de funcionamento da DAO é a mesma dos *smart contracts*. Define-se uma operação principal, tendo-se, como exemplo clássico, a venda de um produto. A partir desta operação, faz-se a programação de outros processos relativos às etapas que sucedem a venda em questão, incluindo-se aqui o reabastecimento dos produtos vendidos com base em uma estimativa sobre as vendas previamente realizadas. Por isso se fala em um desenho autossustentável, com base na vontade dos usuários daquele sistema, a partir de uma análise objetiva sobre dados relacionados aos produtos que são mais vendidos, a periodicidade de manutenção das máquinas de automação, a frequência, a quantidade e o custo necessário para o reabastecimento, fechando-se, assim, o ciclo daquele investimento.

Analisando-se superficialmente o funcionamento da DAO, dificilmente se cogita que algo possa dar errado. Contudo, por se tratar de um mecanismo embasado integralmente no uso de novas tecnologias, ainda em fase de desenvolvimento e experimentação, a DAO carrega consigo todas as vantagens que lhes são inerentes, mas também todos os perigos que a cerca.

A DAO necessita de um conjunto de regras para operar, que, por sua vez, são codificadas em um contrato inteligente, corporificado na forma de um programa computacional. Não há programação sem a interferência humana. Por isso, abre-se a possibilidade de que todos os investidores de uma DAO tenham alguma ingerência sobre a programação, que representa, em

12 - O DAO se enquadra no fenômeno da Finança Descentralizada, que pode ser entendido como um “movimento que visa criar um ecossistema de serviços financeiros de código aberto, sem necessidade de permissão (*permissionless*) e transparente, disponível para todos e operando sem nenhuma autoridade central. Os usuários mantêm controle total sobre seus ativos e interagem com esse ecossistema por meio de aplicações descentralizadas (dApps) peer-to-peer (P2P)”. (BINANCE ACADEMY, 2019).

termos gerais, o processo decisório da organização, rumo à concretização dos seus objetivos contratualmente e previamente estatuídos.

Importante mencionar que as DAO's são implantadas e mantidas em um sistema de código aberto, permitindo, desta forma, a fiscalização por qualquer pessoa. Suas regras e operações são integralmente registradas na *blockchain*. Portanto, em tese, as DAO's são constituídas de modo que sejam transparentes, seguras e imutáveis.

2.1. Caso concreto: “The DAO”

Estabelecidas tais premissas sobre o conceito e o funcionamento de uma DAO, torna-se mais fácil compreender o que deu errado no caso concreto em análise, que será detalhado a partir deste ponto.

Em 30 de abril de 2016, a partir da plataforma Ethereum Blockchain, um grupo de programadores lançou uma campanha de investimento em forma de *crowdfunding* para o financiamento do projeto conhecido como “The DAO”.

O *software* de criação do projeto “The DAO” continha um *bug*, ou seja, o código não era tecnicamente perfeito, e, por ser aberto, tornou viável o ataque por *hackers* que, a partir de sua falha de programação, conseguiram transferir o dinheiro que lhe era destinado pelos investidores para uma “DAO filha”, criada a partir de uma cópia da estrutura da original.

Este ataque, ocorrido no final de maio de 2016, abalou o grau de confiança dos investidores não apenas em relação ao investimento no projeto “The DAO”, mas também sobre a plataforma de hospedagem Ethereum (ETH). Até momentos antes do ataque cibernético, a “The DAO” se mostrava como a campanha de financiamento coletivo de maior sucesso na história – chegando a alcançar a cifra de US\$ 168 milhões em Ether –, o que tornou a sua queda igualmente significativa (MEHAR, 2021, p. 9-11).

Interessante que, até aquele momento, acreditava-se que as DAO's representavam um desafio à crença central sobre a necessidade de mecanismos de regulação e de governança por intermédio de agências reguladoras. A “The DAO”, que acabou tendo um final desastroso, fomentava a ideia de ser possível estabelecer uma organização de tipo corporativo fora dos padrões convencionais, tendo-se uma estrutura de governança inteiramente autônoma, totalmente substanciada em software, código e contratos inteligentes executados na plataforma de *blockchain* descentralizada Ethereum – ETH (JENTZSCH, 2021, p. 3).

Adam Kolber, em seu trabalho *Not So Smart Contracts*, aponta diversas falhas e desvantagens da DAO, que tornam ainda mais evidente a insuficiência autorregulatória e autossustentável que se pretendeu concretizar, tal como proposto no projeto “The DAO” (KOLBER, 2018, p. 5).

Para o autor, o projeto “The DAO” mostra como contratos inteligentes e as Organizações Autônomas Descentralizadas podem causar sérios prejuízos da forma como originalmente foram desenhados. Os riscos dessas tecnologias podem aumentar ainda mais quando envolvem o controle de dispositivos físicos na “Internet das Coisas” (KOLBER, 2018, p. 7).

Veja-se mais alguns exemplos interessantes dados por Kolber, partindo da mesma ló-

gica dos *smarts contracts*, tal como aventada anteriormente. Em um “Hotel DAO”, o cliente pode pagar pelo seu quarto usando uma criptomoeda, como a Bitcoin (BTC), que irá destrancar automaticamente a porta. Se o banheiro quebrar, “o próprio quarto vai contratar um encanador para consertá-lo”. Da mesma forma, um serviço de “Táxi DAO” pode se conectar a uma rede de pagamento em *blockchain* para atender a um pedido de um carro autônomo, dispensando-se toda aquela estrutura tradicional de instituições bancárias, sem a necessidade de papel moeda circulando, ou de funcionários em agências presenciais aprovando financiamentos e empréstimos (KOLBER, 2018, p. 17).

A partir de tais situações hipotéticas, pode-se imaginar uma série de prejuízos que poderiam ser ocasionados por falhas no sistema operacional, seja por um *bug* ou por uma invasão *hacker* – no caso do “Hotel DAO”, hóspedes podem ser indevidamente bloqueados para fora de seus quartos, e no caso do “Taxi DAO”, os veículos podem ser guiados para fora de pontes. O excesso de automação e de autonomia, deve, portanto, ser repensado a partir da malfadada experiência da “The DAO”. Os *smart contracts* ainda apresentam uma dose de imprevisibilidade sobre o seu funcionamento, considerando-se essas falhas na segurança e de programação, que lhes retira o potencial de ser um mecanismo totalmente autônomo.

Nas palavras de Adam J. Kolber (2018, p.18), a combinação da *blockchain* e da internet das coisas promove uma grande oportunidade para que se exerça a criatividade, a liberdade de expressão, a democracia deliberativa e eficiência econômica. Contudo, considerando a complexidade de todo o aparelho, também aumenta o risco de estarmos criando máquinas que serão difíceis, ou mesmo impossíveis de controlar.

2.2. Regulação, Governança e Diálogo efetivo como fatores essenciais para o desenvolvimento das novas tecnologias

Os benefícios da *blockchain* e dos *smart contracts*, sem dúvida, podem em momento futuro, com o desenvolvimento da inteligência artificial e de novas linguagens de programação, serem capazes de superar os riscos em questão, por meio de interpretações sobre comportamentos humanos mais precisas e flexíveis em relação às que são apresentadas no contexto atual. Mas isto não afasta a necessidade de que investidores e acadêmicos reconheçam e busquem uma maior prevenção para os piores cenários.

A partir daí, exsurge a necessidade de um sistema de regulação fortalecido sobre a introdução dessas novas tecnologias. E, para acompanhar a velocidade dessas novidades, que se utilize intensamente o mecanismo do *Sandbox* Regulatório quando se trata do funcionamento das criptomoedas, contratos inteligentes e redes construídas em torno da *blockchain*, como é exatamente o caso das DAO's.

Adam Kolber destaca o fato de que as máquinas simplesmente seguem as instruções dadas a partir da linguagem de programação utilizada. Os *smart contracts* funcionam a partir da hiperliteralidade da máquina, o que se contrapõe ao modo de pensar de um ser humano, que trabalha com noções muito mais refinadas sobre percepções e interpretações dos fatos e negócios que o cercam. Conceitos vagos ou indeterminados tornam a capacidade de tomada de decisão de uma máquina bastante fragilizada, vulnerável e, portanto, suscetível de falhas e consequências desvantajosas.

Por esta razão, é imprescindível, até que o contrato inteligente se consolide no mercado com segurança jurídica, a existência de um sistema de regulação prévio consistente, por meio do *Sandbox* Regulatório, ao lado de um apoio jurídico, por meio de advogados especializados nos negócios jurídicos entabulados, capazes de auxiliar os investidores e desenvolvedores na compreensão sobre as possíveis consequências de um contrato inteligente.

Para tanto, Kolber realça a importância de estudantes de direito passarem a ter em sua formação uma grade curricular que lhes permita a aprendizagem sobre alguns fundamentos da informática e de ciência de dados, assim como também relacionadas à responsabilização no meio digital e questões ligadas à “internet das coisas” (KOLBER, 2018, p. 37).

Mesmo assim, deve-se atentar para o fato de que os conhecimentos em programação, exigidos para a sobrevivência de uma organização completamente autônoma e descentralizada, superam – e muito – qualquer expectativa que se possa extrair de profissionais de outras áreas.

Esta constatação, por si só, confere embasamento legítimo para que se defenda a manutenção de sistemas de regulação e de governança corporativa, eliminando-se, ao menos neste momento, qualquer possibilidade de se aventar uma organização verdadeiramente autônoma e descentralizada.

Blemus (2017, p. 15), por sua vez, reforça, a partir da experiência do caso “The DAO”, a necessidade de se regular a tecnologia utilizada em sua inteireza, e não apenas no estágio inicial. As incertezas permanecem quanto à qualificação jurídica e econômica de moedas virtuais, tokens, ICOs, contratos inteligentes e tecnologia de razão distribuída. A autora ainda relata ter presenciado, em 2017, um fórum jurídico de compras pela *FinTech Inovators*, pelos investidores, mas também pelos reguladores. Na verdade, durante meses, os decisores de políticas públicas têm influenciado uns aos outros para que se adote a regulamentação mais eficiente desta nova tecnologia, sobre a qual ainda não se tem uma clara visão sobre seu impacto holístico na economia global. Da mesma forma, o ano de 2018 representou um momento crucial para a regulação da tecnologia *blockchain*.

Veja-se que o desenvolvimento em escala industrial da tecnologia *blockchain* dependeu de dois fatores: o diálogo e a cooperação envolvendo participantes do mercado financeiro, inovadores e reguladores.

Dentre as possíveis soluções, estariam a regulação das novas tecnologias, o fortalecimento dos mecanismos preventivos de conflitos, o estabelecimento de uma política de governança e de gestão eficiente. Este conjunto de fatores favorece a confiança na tecnologia, por intermédio da atuação conjunta de reguladores e legisladores, tendo-se como principal meta propiciar o ajuste de padrões confiáveis e estruturas normativas adequadas, com eventual auxílio de grupos formados por especialistas nas áreas demandadas, acadêmicos e facilitadores.

Adicione-se, neste contexto, a ideia de governança corporativa refletida por Kaal (2019, p.3), caracterizada por conceitos de agência, de onde se pode extrair a existência de movimentos focados no controle sobre os custos, na redução das assimetrias informacionais, diferenciando-se a seleção adversa e o risco moral, o que possibilita o estabelecimento de mecanismos de monitoramento efetivos que eliminem as desvantagens advindas das novas tecnologias e eventuais conflitos.

Vale destacar que a tecnologia baseada em *blockchain* tem o condão de oferecer alternativas para as soluções de governança corporativa existentes. A tecnologia *blockchain* pode facilitar a remoção de agentes intermediários, por meio de código, conectividade ponto a ponto, multidões e colaboração. As garantias baseadas em *blockchain* podem auxiliar na manutenção da higidez das regras de governança, tornando-as algo que dificilmente poderá ser contornado pelos participantes, afastando comportamentos oportunistas de quaisquer agentes, dada a sua característica de imutabilidade.

Os contratos inteligentes habilitados pela tecnologia *blockchain* permitem também a redução da margem de erros, assim como também os cursos de transação tradicionais.

Entretanto, como se demonstrou alhures, as DAO's surgiram para desafiar toda esta crença, despontando como uma tentativa de se criar uma organização corporativa sem a adoção de uma estrutura convencional, com mecanismos de governança inteiramente construídos sobre software, código e contratos.

Sobre a DAO, não há sequer possibilidade de se reivindicar jurisdição ou controle, exatamente pelo fato de não ser uma organização que apresente uma estrutura corporativa tradicional, não possuindo, portanto, diretores, gerentes ou funcionários. Wulf A. Kaal destaca com precisão que, em essência, todos os mecanismos de controle nucleares foram totalmente removidos na DAO.

Partindo-se novamente do caso “The DAO”, avalia-se que todas estas ideias iniciais não lograram êxito, e ainda tornaram evidente a necessidade de se manter uma solução de governança viável para que uma DAO possa subsistir e evoluir. A própria indústria da *blockchain*, de onde todo este movimento se originou, começou a reconhecer a importância e necessidade de uma estrutura de governança sólida em todas as suas etapas de desenvolvimento (KAAL, 2019, p. 6).

3. MOEDAS ESTÁVEIS ALGORÍTMICAS: COMO REGULAR?

Pela novidade do tema e pela multiplicidade de fenômenos que se apresentam sob a forma de moedas digitais, não é possível estabelecer um único modelo de regulação, ou definir se cabe ou não regular. Porém, algumas reflexões podem ser elaboradas, que serão separadas abaixo em três tópicos. O primeiro versará de forma geral sobre regulação. Com essa concepção, será analisado o fenômeno das *stablecoins* para verificar alternativas de abordagem. A partir dessa construção, será possível abordar aspectos práticos para concretização de eventual responsabilização.

3.1. Por que regular?

O argumento central para a regulação, em geral, é o mau funcionamento de algo, caso deixado sem interferência. Em economia, são as chamadas falhas de mercado que justificam a regulação, para que o mercado alcance o máximo possível, o estado ideal, descrito nos modelos econômicos (BALDWIN; CAVE, 1999).

Do ponto de vista estatal, deixar o mercado funcionar por si só tem a vantagem de, por um lado, não gastar recursos públicos necessários à regulação e, por outro lado, não ensejar custos para os agentes do mercado, além de não gerar atritos com os agentes que estão ganhando com o mercado desregulado.

Ocorre que os ganhos de alguns podem trazer prejuízos à sociedade como um todo, às vezes a longo prazo, prejuízos esses que não são incorporados nos custos das transações dos ganhadores. Também podem ocorrer situações em que os agentes não têm segurança ou informação para agir e, com isso, mercados não se desenvolvem adequadamente. As pressões decorrentes dos conflitos de interesses resvalam no governo e pressionam para que alguma regulação ocorra.

Qualquer regulação, contudo, do ponto de vista do Direito, deve atender aos objetivos previstos na Constituição. Quer se analise o tema desses ativos sob o ponto de vista do sistema financeiro, quer se analise pela perspectiva do mercado de capitais, não há diferença quanto à necessidade de observância à Constituição. O sistema financeiro nacional, a propósito, necessita “promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem”, nos termos do art. 192 da Constituição. O mercado interno, como um todo, também deve ter o mesmo objetivo, segundo o art. 219 do texto constitucional. E toda ordem econômica é estruturada para alcançar os objetivos constitucionais, como se nota, por exemplo, no art. 170.

Para alcançar esses objetivos, regulação, em sentido amplo, consiste em editar normas. Essa edição abrange tanto as normas do Poder Legislativo, quanto as do Poder Executivo. O Poder Judiciário também participa do processo, ao interpretar e aplicar as normas expedidas.

A regulação pode ter um sentido forte e um sentido fraco. O sentido fraco ocorre com a simples edição da norma. O sentido forte ocorre quando o efeito desejado é alcançado, embora seja possível variados graus de efetividade. Assim, se o Estado pretende impedir uma conduta e expede uma norma proibitiva, ele estará regulando em sentido fraco. Se a conduta indesejada efetivamente deixar de existir na sociedade por conta da regulação estatal, então terá havido regulação em sentido forte. Ou seja, a regulação em sentido forte diz respeito ao grau de efetividade das normas expedidas.

Esses aspectos terminológicos são suficientes para prosseguir na análise, especificamente na regulação das moedas estáveis algorítmicas, permitindo, então, refletir sobre como concretizar eventual responsabilidade por atos ilícitos.

3.2. *Stablecoins*: como regular?

Dados os recursos escassos do Estado, não é preciso dizer, até por conta do princípio da eficiência administrativa, que toda ação estatal deve produzir o máximo de efeitos com o mínimo de custos.

Então, não é necessário que o Estado apenas pergunte se a sociedade ficará melhor com a regulação. É necessário que apure se terá condições de efetivamente realizar uma regulação no sentido forte, ou seja, se sua regulação irá obter os efeitos desejados.

Uma possível justificativa para a regulação estatal seria impedir prejuízos indevidos para os agentes que operam com esses ativos.

Mas a regulação, nesse caso, somente seria justificável se a operação com tais ativos fosse algo desejável ou útil para a sociedade como um todo. Dito de outra forma, somente se essa atividade fosse compatível com os fins constitucionais é que se poderia cogitar a utilização de recursos

públicos para proteger ou incentivar determinada atividade. Também seria justificável se essas atividades, embora lícitas, pudessem representar riscos para a sociedade como um todo.

As moedas digitais, ou os ativos digitais, podem ser objeto de preocupação de pelo menos três setores regulatórios estatais: o sistema financeiro; o mercado de capitais; e o sistema tributário.

No âmbito do sistema financeiro nacional, no caso específico das moedas digitais, como o Bitcoin (BTC), o Banco Central do Brasil (2014) simplesmente emitiu dois Comunicados¹³, apenas para alertar a sociedade quanto aos riscos envolvidos. Dessa forma, ao mesmo tempo em que deixa a atividade livre aos particulares, orienta o público para os riscos envolvidos, numa espécie de *nudge*, por meio da informação (THALER; SUNSTEIN, 2009). Aliás, essa forma de regulação foi considerada adequada porque o volume de recursos movimentados também não representava riscos ao sistema financeiro, nos termos do §4º do art. 6º da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013.

No mercado de capitais, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), em uma recente decisão, ao ponderar seus argumentos pelo entendimento de que um determinado criptoativo seria um valor mobiliário, o Diretor Relator destacou¹⁴:

52. A CVM já concluiu em outras oportunidades que o investimento não precisa ser realizado em dinheiro, mas em qualquer bem suscetível de avaliação econômica. Isso também vale para os rendimentos a serem recebidos pelos investidores, que não precisam ser expressos em moeda fiduciária. A despeito da inexistência de qualificação jurídica geral e prévia para qualquer criptoativo ou criptomoeada – indefinição já reconhecida pela CVM em suas manifestações sobre o tema até o presente momento – é indiscutível que estamos diante de um ativo suscetível de avaliação econômica, sendo, assim, uma expressão da poupança popular, ao contrário do que afirmam os acusados.

A CVM também já se manifestou deixando claro que, até maio de 2018, nenhum “*token*, cujos direitos os caracterizem como valores mobiliários” havia sido registrado ou sido objeto de dispensa de registro¹⁵. Por sua vez, o Ofício Circular nº 11/2018/CVM/SIN, de 19 de setembro de 2018, apresentou requisitos e alertas para investimentos em criptoativos¹⁶. Já o Ofício-Circular nº 1/2021-CVM/SER, de 1º de março de 2021¹⁷, em seu item 6.1, esclareceu que as ofertas públicas iniciais de ativos virtuais somente estarão sujeitas à competência regulatória da CVM quando tais ativos se configurarem como valores mobiliários.

13 - Vide: Comunicado nº 25.306, de 19 de fevereiro de 2014. Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas” e da realização de transações com elas. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibnormativo?tipo=Comunicado&numero=25306>. Acesso em: 20 mar. 2021, e Comunicado nº 31.379, de 16 de novembro de 2017. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibnormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>. Acesso em: 20 mar. 2021.

14 - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Processo Administrativo Sancionador CVM nº 19957.003406/2019-91, Dir. Rel. Gustavo Machado Gonzalez, j. em 27.10.2020.

15 - Vide no site oficial da CVM: *Criptoativos: série alertas*. Maio 2018. Disponível em: https://www.investidor.gov.br/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf. Acesso em: 27 nov. 2021.

16 - Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-1118.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.

17 - Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sre/anexos/OFCIO_CIRCULAR_2021_em_elaboracao_26FEV_para_publicacao.pdf. Acesso em: 21 mar. 2021.

No âmbito tributário, a preocupação maior ocorre devido a eventuais ganhos auferidos nas operações com ativos digitais. Como esse lucro representa ganho de capital e, portanto, constitui fato gerador do imposto sobre a renda, a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil editou a Instrução Normativa RFB nº 1.888, de 3 de maio de 2019, para trazer obrigações acessórias aos que operam com tais ativos.

Em qualquer regulação desses ativos, o grande desafio está na efetividade da regulação, principalmente por não haver uma pessoa que centralize o funcionamento do sistema. Para lidar com esse problema, além da emissão de alertas como os expedidos pelo Banco Central do Brasil e pela CVM, uma abordagem alternativa, caso se queira inibir tais operações, é a destituição de efeitos jurídicos a elas, de modo semelhante ao que ocorre com as dívidas de jogo, conforme art. 814 do Código Civil. Com isso, os agentes poderiam operar por conta e risco e não poderiam contar com apoio estatal.

Deve-se lembrar que o ordenamento jurídico não vê com bons olhos instrumentos que pretendam concorrer com a moeda oficial, como se nota no Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969 e no art. 318 do Código Civil.

Caso se pretenda trazer tais operações para o sistema jurídico, inevitavelmente os agentes precisariam colaborar relativizando a privacidade, como ocorre atualmente no sistema bancário. É que, em qualquer relação jurídica, o Direito somente pode ser efetivo se ao menos os agentes da relação forem identificados. Ao se atribuir efeitos jurídicos apenas aos agentes e operações registradas, haveria um incentivo a esse registro.

Um caminho é a atuação cooperativa entre agentes públicos e as entidades privadas desenvolvedoras das organizações autônomas descentralizadas, para estabelecer, conjuntamente, uma forma harmônica, a fim de que a lei regule e, ao mesmo tempo, traga uma proteção e segurança para as novas tecnologias incorporadas no mundo negocial com o uso da *blockchain* (RODRIGUES, 2018, p. 72-73).

Mas vejamos melhor como aplicar o Direito, principalmente quando estiver em questão a responsabilização por ilícitos.

3.3. Como responsabilizar?

Para compreender de forma prática eventuais danos causados pelas moedas estáveis algorítmicas, analisa-se exemplificativamente o caso concreto da Ampleforth (AMPL). A moeda integra o ERC-20, grupo de criptoativos que utilizam o *blockchain* da Ethereum (ETH) para operacionalizar no mercado. Calcula nos critérios de expansão, contração e equilíbrio¹⁸, sua volatilidade é ajustada automaticamente por meio de um algoritmo que manipula o fornecimento da AMPL dependendo da demanda. Por detrás disso, o ativo é ainda indexado ao dólar americano (US\$). Assim, se um indivíduo possui uma AMPL equivalente a US\$ 1, e a moeda valoriza para US\$ 2, ele passa a ter automaticamente duas AMPLs equivalentes a US\$ 1, cada. Noutro giro, se o seu valor passa a ser US\$ 0,50, seu detentor passa a ter meio AMPL equivalente a US\$ 0,50 (KONING, 2021).

18 - Vide na íntegra - AMPLFORTH. Movement Pattern. Disponível em: <https://www.ampleforth.org/redbook/ampleforth_volatility_fingerprint/>. Acesso em: 21 mar. 2021.

No entanto, o algoritmo embutido em seu protocolo se limita a afetar o fornecimento de AMPLs, sem ter qualquer autonomia para ditar seu preço diretamente. Logo, depende necessariamente de *players* externos ao próprio mercado para observar a disponibilidade de AMPL e apontar a direção correta de seu preço¹⁹. Em maior ou menor medida, até o melhor exemplo das DeFi se vincula a alguma ingerência humana. Observa-se, nesse viés, a necessidade de algum controle mínimo da atuação dos agentes de mercado, de modo a se evitar potenciais ilícitos, tais como o uso de informações privilegiadas.

Nada obstante a mais fácil atribuição de responsabilização dos indivíduos pelos danos por eles mesmos praticados nessas transações, como seria possível imputar responsabilidade na eventualidade de danos decorrentes do funcionamento algorítmico artificial intrínseco ao ativo digital?

A discussão é semelhante à atribuição de responsabilidade civil em processos autônomos de decisões, praticados por Inteligências Artificiais (IAs). Assim, ao analisarmos os possíveis regimes de responsabilização aplicáveis, em razão da única – e última – ingerência humana na disponibilidade das *algorithmic stablecoins* ser do desenvolvedor do algoritmo, a responsabilidade civil subjetiva do programador, associada à de seu empregador, quando possível a identificação desses atores, aparenta ser uma das opções mais adequadas. Acerca desta interpretação no âmbito das IAs, Mulholland (2019, p. 344) pondera:

Por esta tese, haveria um ônus desproporcional a ser enfrentado pelo programador, que seria, ao final, responsabilizado por um dano ocasionado sem que fosse possível a ele, antecipadamente, interferir no aprendizado do sistema e na sua capacidade decisória. Ao mesmo tempo, a tese seria também facilmente afastada pela impossibilidade de prova de culpa do programador na ocasião do dano, considerando o desenvolvimento autônomo da tecnologia. Por outro lado, uma complementação possível a esta tese seria a de que o empregador do programador seria objetivamente responsável pelos danos causados pela IA autônoma, podendo, se quisesse, agir repressivamente contra o programador, provada a sua culpa na ocasião dos danos, conforme explicitado nos arts. 932, III, 933 e 934, e seu parágrafo único, do Código Civil.

Além disso, de modo a conciliar a ressarcibilidade dos indivíduos lesados e a manutenção de ambiente desejável ao desenvolvimento tecnológico, a autora também aponta duas soluções à prevenção de danos decorrentes de sistemas dotados de processos decisórios autônomos: (i) constituição de seguros obrigatórios, tal como se dá nos casos objetivos previstos em lei e; (ii) constituição de fundos para a tutela de direitos difusos pelos próprios desenvolvedores (MULLHOLLAND, 2019, p. 342-343).

Deve-se levar em consideração os mais variados arranjos de relações contratuais, paritárias ou não, em que as falhas são capazes inclusive de beneficiar as partes. Foi o que aconteceu em um precedente asiático, envolvendo erros na execução algorítmica pré-programada de uma plataforma de negociação automatizada de criptoativos, denominada Quoine.

No caso em comento, devido a uma má funcionalidade não prevista na gestão da plataforma, as negociações da B2C2, uma cliente e desenvolvedora de criptomoedas, foram articuladas

19 - Vide na íntegra - FINEMATICS. How does Ampleforth work? AMPL Explained. Disponível em: <<https://finematics.com/ampleforth-explained/>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

com uma taxa de câmbio 250 vezes superior à normalmente operável. Ao constatar o erro por meio de uma revisão manual das transações, o diretor técnico da Quoine reverteu as operações da B2C2, desfazendo todos os seus negócios.

Irresignada com a situação, a B2C2 ingressou em juízo exigindo a devolução do que lhe foi devido sob o argumento de que, ao celebrar o contrato de adesão com a Quoine, seus Termos de Uso eram expressos em delimitar que, por se tratar de uma plataforma automatizada, todos os negócios eram taxativamente irreversíveis. Assim, o desfazimento de seus negócios, ainda que operados equivocadamente, teriam violado a confiança sobre o contrato. Em sua defesa, a Quoine asseverou que não haveria qualquer quebra contratual, em razão do claro erro identificado, que levaria à nulidade de todos os negócios.

Ao decidir em favor da B2C2, o Tribunal de Comércio Internacional de Singapura (THE SINGAPORE INTERNATIONAL COMMERCIAL COURT, 2019) afirmou que os princípios contratuais deveriam incidir sobre a relação travada entre particulares, e que a Quoine, efetivamente, violou a confiança contratual. A solução encontrada pela corte singapurense privilegia, em última análise, “interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, relacionados ou alcançados pelo contrato” (TEPEDINO, 2009, p. 400). Isso porque, justamente em razão da natureza contratual ser autoexecutável e irretroativa, a prestadora do serviço deve arcar com o ônus em entregar o objeto originalmente previsto, atendendo-se, em especial, à boa-fé objetiva quanto às informações verdadeiramente transmitidas por contratantes na formalização de contratos eletrônicos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação à DAO, partindo-se da análise de suas características em funcionamento, pode-se chegar à conclusão de que não se demonstra viável, pelo menos no atual contexto, uma organização autônoma descentralizada sem qualquer ingerência do Poder Público sobre ela.

A partir do estudo realizado sobre o caso concreto “The DAO”, restou claro que existem falhas de ordem computacional e estrutural que necessitam de mecanismos efetivos de regulação, normatização e de governança, que ficam a cargo do Poder Público.

Isto por si só não lhes retira a possibilidade de fluírem com maior autonomia contratual, no entanto, também não afasta a necessidade de se manterem estruturas de controle externas que possam auxiliar no seu desenvolvimento com segurança jurídica.

Um ponto interessante de equilíbrio está na conciliação entre a liberdade contratual por parte dos investidores, para disporem sobre as cláusulas dos *smart contracts*, e a existência de um diálogo com reguladores e membros do Poder Legislativo, para que ofereçam mecanismos eficientes de regulação, que podem ser exercidos por intermédio das agências reguladoras do mercado de capitais e do mercado financeiro, desde a fase inicial de uma DAO até o seu efetivo funcionamento.

Em sentido complementar, no que tange à atribuição de responsabilidade por eventuais danos decorrentes das *algorithmic stablecoins*, infere-se que a responsabilidade civil subjetiva do programador do algoritmo aparenta ser a mais adequada, sem prejuízo da responsabilidade, até

mesmo objetiva, da empresa por ele responsável, incluindo seu eventual empregador, na medida da possibilidade de identificação desses agentes. Sua aplicação, no entanto, deve ser acompanhada de maiores mecanismos de fomento à segurança das aplicações, por meio de constituição de fundos e seguros, tais quais os obrigatórios existentes em lei.

Ainda, devem ser observados os princípios contratuais contemporâneos, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva, em eventuais controvérsias envolvendo as falhas no funcionamento algorítmico dos criptoativos. Assim, por serem contratações eletrônicas autônomas, dotadas de obrigatoriedade e instantaneidade, as informações transmitidas pela contratante devem ser cumpridas, de modo a assegurar a confiança necessária a este mercado em franca expansão.

Caso o Estado prive de efeitos jurídicos os modelos de negócios que se desviem da regulação estabelecida, poderá criar um incentivo para que o mercado automaticamente se adapte ao regime desejável. Entre os negócios fora da regulação e aqueles totalmente aderentes, caberia ainda um estágio de transição a ser operado por meio de *Sandbox*, de modo a, de um lado, incentivar a inovação e, de outro, fazer que as inovações efetivamente contribuam para a realização dos objetivos da ordem econômica constitucional.

REFERÊNCIAS

AMPLEFORTH. **Movement Pattern**. Disponível em: https://www.ampleforth.org/redbook/ampleforth_volatility_fingerprint/. Acesso em: 21 mar. 2021.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. **Understanding regulation: theory, strategy and practice**. Oxford: University Press, 1999.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS). CBDC - **Central bank digital currencies: foundational principles and core features**. Report n. 1. 2020. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/othp33.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BARINOV, Igor et al. **POSDAO: Proof of Stake Decentralized Autonomous Organization** (April 29, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3368483> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3368483>. Acesso em: 21 de mar. 2021.

BCB. **Comunicado nº 25.306**, de 19 de fevereiro de 2014. Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas” e da realização de transações com elas. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=25306>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BCB. **Comunicado nº 31.379**, de 16 de novembro de 2017. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>. Acesso em: 20 mar. 2021

BINANCE ACADEMY. **Guia completo para iniciantes sobre Finança Descentralizada**

(DeFi). 15 dez. 2019. Disponível em: <https://academy.binance.com/pt/articles/the-complete-beginners-guide-to-decentralized-finance-defi>. Acesso em: 16 jan. 2021.

BLEMUS, Stéphane. Law and Blockchain: A Legal Perspective on Current Regulatory Trends Worldwide (January 17, 2018). **Revue Trimestrielle de Droit Financier** (Corporate Finance and Capital Markets Law Review) RTDF N°4-2017 - December 2017, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3080639> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3080639>. Acesso em: 21 de mar. 2021.

BULLMANN, Dirk; KLEMM, Jonas; PINNA, Andrea. **Search for Stability in Crypto-Assets: Are Stablecoins the Solution?** Aug., 2019 (August, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3444847> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3444847> Acesso em: 22 nov. 2021.

CVM. **Criptoativos: série alertas**. Maio 2018. Disponível em: https://www.investidor.gov.br/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf Acesso em: 27 nov. 2021.

FINEMATICS. How does Ampleforth work? **AMPL Explained**. Disponível em: <https://finematics.com/ampleforth-explained/>. Acesso em: 21 mar. 2021.

HACKER, Philipp; THOMALE, Chris, Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law (November 22, 2017). 15 **European Company and Financial Law Review** 645-696 (2018), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3075820> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3075820>. Acesso em: 21 mar. 2021.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Blockchain como ferramenta de modernização do Sistema Financeiro Nacional. In: Cristiane Rodrigues Iwakura; Felipe Herdem Lima. (Org.). **Novas tendências do Sistema Financeiro Nacional**. 1. ed. Londrina: Editora Thoth, 2021, v. 1, p. 69-93.

JENTZSCH, Christoph. **Decentralized Autonomous Organization to Automate Governance**. Final Draft - Under Review. Disponível em: <https://lawofthelevel.lexblogplatformthree.com/wp-content/uploads/sites/187/2017/07/WhitePaper-1.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.

KAAL, Wulf A., Blockchain-Based Corporate Governance (August 23, 2019). **Stanford Journal of Blockchain Law & Policy**, Vol. 4, Issue 1 (2021), Max Planck Institute Luxembourg For Procedural Law (December 2019), U of St. Thomas (Minnesota) Legal Studies Research Paper No. 19-10, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3441904> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3441904>. Acesso em: 21 de mar. 2021.

KOLBER, Adam Jason. Not-So-Smart Blockchain Contracts and Artificial Responsibility (May 28, 2018). **Stanford Technology Law Review**, vol. 21, p.198, 2018, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 18-44, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3186254>. Acesso



em: 21 mar. 2021.

KONING, J. P. Algorithmic Stablecoins. **American Institute For Economic Research**. Disponível em: <<https://www.aier.org/article/algorithmic-stablecoins/>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

MARINHO, Camila. **O que é e como funcionam as stablecoins**. 28 ago. 2018. Disponível em: <<https://criptoeconomia.com.br/o-que-e-e-como-funcionam-as-stablecoins/>>. Acesso em: 16 jan. 2021.

MEHAR, Muhammed et al. Understanding a Revolutionary and Flawed Grand Experiment in Blockchain: The DAO Attack (November 26, 2017). **Journal of Cases on Information Technology** 21(1) 19-32., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3014782> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3014782>. Acesso em: 19 mar. 2021.

MONEYTIMES. **EscolaCripto**: quais são as principais stablecoins do mercado cripto? 19 dez. 2020. Disponível em: <https://www.moneytimes.com.br/escolacripto-quais-sao-as-principais-stablecoins-do-mercado-cripto/>. Acesso em: 17 jan. 2021.

MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil e processos decisórios autônomos em sistemas de Inteligência Artificial (IA): autonomia, imputabilidade e responsabilidade. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência artificial e direito**: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin**: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. 2009. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.

PRATES, Marcelo. Money in the Twenty-First Century: From Rusty Coins to Digital Currencies (February 8, 2021). Forthcoming, **Ohio State Business Law Journal**, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3781269> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3781269>. Acesso em: 27 nov. 2021.

RASKIN, Max. The law and legality of smart contracts. **Georgetown Law Technology Review**, vol. 1:2, p. 305-341, Sept. 22, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2959166>. Acesso em: 17 jan. 2021.

RODRIGUES, Usha. Law and the Blockchain (February 21, 2018). **Iowa Law Review**, Vol. 104, 2018, Forthcoming, University of Georgia School of Law Legal Studies Research Paper No. 2018-07, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3127782>. Acesso em: 21. mar. 2021.

SARAI, Leandro. Moedas virtuais e os bancos. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. **A revolução das moedas digitais**: Cotia/SP: Revoar, 2016. p. 133-192.

SHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 400.

THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

THE SINGAPORE INTERNATIONAL COMMERCIAL COURT. **Suit N° 7 of 2017**. Between Quoine Pte Ltd and B2C2 Ltd. Disponível em: <<https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/judgments/b2c2-ltd-v-quoine-pte-ltd.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

VON MISES, Ludwig. **Ação humana**. São Paulo: Instituto von Mises Brasil, 2010.





Data do recebimento: 30/06/2021

Data do Aceite: 26/07/2021

.....

PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS APÓS EMENDA CONSTITUCIONAL 19/1998

.....

PRINCIPLE OF AUTONOMY IN THE LEGAL
REGIME OF PUBLIC SERVANTS AFTER
CONSTITUTIONAL AMENDMENT 19/1998

Daniel Telles de Menezes¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Modelos de administração e regras de pessoal e processos nas últimas décadas; 2. Princípio da Autonomia como ferramenta para promoção da eficiência; 3. Conclusão; Referências.

1 - Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do ABC (2016). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (2009). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (2002). Atualmente é Procurador da Fazenda Nacional em Santo André, São Paulo. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8165942081710947>.



RESUMO: Este artigo se propõe a discutir a necessidade e as possibilidades de adoção do princípio da autonomia funcional como norma fundamental para a gestão de pessoas no âmbito do serviço público no Brasil. A hipótese nele sustentada é de que a alteração promovida pela Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998, mediante introdução do princípio da eficiência, depende, para sua completa efetivação, de modificação do regime jurídico funcional dos servidores públicos, a fim de alcançar a eficiência e, para isso, é necessário ressignificar os princípios da legalidade e impessoalidade, para abrir caminho para alterações estatutárias alinhadas às práticas de gestão de recursos humanos consistentes com a ideia de promoção da inovação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Reforma Administrativa. Eficiência. Inovação. Autonomia Funcional.

ABSTRACT: This article aims to discuss the need and possibilities for adopting the principle of functional autonomy as a fundamental norm for human resources management in Brazilian public service. The hypothesis supported therein is that the reform promoted by Constitutional Amendment 19, of June 4, 1998, by introducing the principle of efficiency depends, for its complete implementation, on the modification of the functional legal regime of public servants, in order to achieve the efficiency and that for this it is necessary to reframe the principles of legality and impersonality in order to pave the way for statutory changes in line with human resource management practices consistent with the idea of promoting innovation.

KEYWORDS: Administrative Law. Administrative Reform. Efficiency. Innovation. Functional Autonomy.



INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição de 1988, que instituiu um Estado regulador da ordem social e econômica, provedor de bens comuns e promotor da justiça, duas tendências disputam a hegemonia sobre o papel e a estruturação da administração pública, o funcionamento de seus serviços e o regime funcional de seus servidores. De um lado, aqueles que enxergam o Estado como necessariamente inefetivo e ineficiente, razão pela qual propõem que seja contido em proporções mínimas e intensamente controlado. De outro, aqueles que sustentam a necessidade de uma atuação estatal mais expandida, mas reconhecem a existência de déficits de efetividade e eficiência a serem solucionados. Esta disputa tem informado o processo de reforma do texto constitucional, ora reduzindo a intervenção direta do Estado, ora buscando aperfeiçoá-la. Neste contexto a Emenda Constitucional número 19, entre outras alterações, introduziu o princípio da eficiência no regramento da administração pública, contudo, desde então, não se verificaram alterações em sua estrutura, o que se confirma, dentre outras maneiras, pela subsistência do impulso reformador contido na Proposta de Emenda Constitucional número 32, de 2020, em tramitação no Congresso Nacional.

O presente estudo explora a hipótese de a razão para o não atingimento dos fins pretendidos com a introdução do princípio da eficiência repousar no déficit de transposição deste para o regime jurídico dos servidores públicos, que no caso federal encontra-se estabelecido na Lei 8.112/90, fazendo com que a atuação dos agentes públicos siga orientada, ou mesmo determinada, por regras que inibiriam o ganho de eficiência.

A abordagem proposta é essencialmente teórica. Parte-se do estudo dos modelos históricos de organização e atuação da administração, e do seu conjunto de regras até a Lei 8.987/95. Em seguida, passa-se à análise da eficiência como vetor de transformação da administração pública e da compatibilidade das regras então estabelecidas com este novo princípio. Adiante, se realiza um estudo exploratório de novas práticas identificadas pela teoria da administração para a gestão de pessoas e processos de trabalho, centradas na autonomia dos agentes e no estímulo à inovação, e seu efeito no ganho de produtividade. Ao final, são feitos apontamentos quanto à possibilidade e à eficácia da implantação destas práticas ao serviço público brasileiro, a fim de realizar o valor da eficiência, incorporado ao texto constitucional, mediante adoção do princípio da autonomia funcional e de regras que o transponham para o cotidiano da administração.

1. MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO E REGRAS DE PESSOAL E PROCESSOS NAS ÚLTIMAS DÉCADAS

O estudo aqui proposto poder ser definido como uma investigação acerca da compatibilidade e suficiência das regras que compõem o Estatuto Jurídico dos Servidores Públicos, para a consecução do objetivo constitucional de estruturar uma administração eficiente na prestação de serviços. Estabelecido o objeto de estudo, convém delimitá-lo, definindo o que se entende por seus principais componentes: administração, serviços públicos, eficiência, regime jurídico, servidores públicos.

Parte-se de um conceito abrangente de administração pública proposto por MEDAUAR (2006, p. 44), para quem:



[A]dministração Pública significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população.

Como se pode observar, a autora apresenta um conceito estrito e funcional de administração como conjunto de atividades, enfatizando, portanto, os atos e processos que, orientados por finalidades públicas, auxiliam, organizam ou produzem. Contudo, a definição pode ser criticada por não considerar o aspecto subjetivo ou orgânico da administração, apontado por ALEXANDRINO *et al* (2004, p. 15) como “o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas destinadas à execução das atividades administrativas”. A combinação dessas perspectivas parece fundamental aos objetivos deste estudo sobre a compatibilidade do regime jurídico dos servidores (subjetivo) com a prestação eficiente de serviços (funcional).

Quanto aos tipos, tradicionalmente se classificam as administrações públicas em três modelos referidos por BRESSER-PEREIRA (1996): a patrimonialista, que caracterizava as monarquias absolutas; a burocrática, de inspiração Weberiana e implantada no Brasil na década de 1930; e a gerencial, inspirada, nos anos de 1980, pela administração de empresas.

Avançando ao segundo conceito, DUGUIT (2001, p. 36, *apud* ARAGÃO, 2013, p. 76) ensinava a respeito de serviço público que este:

É toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção da força governante.

A seu turno, para JÈZE (1914), serviços públicos seriam atividades prestadas (direta ou indiretamente) pelo Estado, sob o regime jurídico de Direito público, enquanto que, para HAU-RIOU (1933, p. 67), serviço público é “uma organização pública de poderes, de competências e de costumes com a função de prestar ao público, de maneira regular e contínua, um serviço determinado”. O próprio ARAGÃO (pp. 97-113) menciona, ainda, a concepção anglo-saxã de utilidades públicas como correlata a dos serviços públicos da tradição continental europeia, com a diferença de que naquele sistema, marcado pela abstenção estatal e pela distinção entre interesse público e interesse comum, as utilidades públicas seriam atividades privadas, excepcionalmente reguladas pelo Estado, regidas pelas regras do direito comum.

Estabelecidas as noções de Administração Pública e Serviço Público, convém analisar como são tratados, pela teoria jurídica, os agentes que informam a noção subjetiva da Administração Pública e prestam esses serviços. De acordo com HELY LOPES MEIRELLES (2008, p. 419), servidores públicos em sentido estrito são “os titulares de cargo público efetivo e em comissão, com regime jurídico estatutário geral ou peculiar e integrante da Administração direta, das autarquias e das fundações públicas”, sendo curial notar que o célebre doutrinador coloca no centro de sua definição as ideias de sujeição a um regime jurídico e de titularidade de um cargo efetivo.

Avançando para o contexto de eficiência, tem-se que ele transcende os limites do direito, remontando à física, para a qual eficiência consiste na relação entre energia fornecida e trabalho

útil obtido em um processo. Já na economia, eficiência produtiva aparece como arranjo ideal em que nenhuma produção adicional poder ser obtida sem aumentar custos.

Ao tratar do princípio introduzido pelo constituinte reformador, COELHO *et alii* (2008, p. 834) informam que a eficiência consiste na exigência de que os gestores públicos não economizem esforços no desempenho de seus encargos, a fim de “otimizar o emprego dos recursos que a sociedade destina para a satisfação de suas múltiplas necessidades; numa palavra, que pratiquem a ‘boa administração’”.

Com base nas definições acima, é possível analisar a trajetória recente da administração pública no Brasil, conforme o modelo de fases descrito por Bresser-Pereira, em paralelo com regime funcional dos seus servidores, a fim de verificar se as transformações delineadas naquele modelo foram acompanhadas de reformas do serviço público capazes de induzir as transformações pretendidas.

Identifica-se a possibilidade de que a superação da administração patrimonialista em direção à uma administração burocrática no governo de Vargas, que, de acordo com BRESSER-PEREIRA, já conteria a semente de uma administração gerencial, teria sido bloqueada pelo autoritarismo do regime militar em prol de um arranjo patrimonialista de tipo distinto do que vigorou na velha república, no qual o estado se valeria de controles hierárquicos fortes e nomeações por critérios personalistas para favorecer a atuação no mercado de grupos empresariais ligados ao governo. Assim, o texto de 1988 representaria uma retomada, não uma transformação, mas uma correção de rumos na adoção do programa de administração tecnocrática, reorientado por princípios democráticos. Este movimento, no entanto, teria sido novamente interrompido pela hegemonia do pensamento neoliberal. Neste sentido, a reforma gerencial, proposta no final dos anos de 1990, teria se valido da percepção de insuficiência dos serviços públicos frente aos objetivos social-democráticos estabelecidos pela constituinte, em boa parte causada por crises de subfinanciamento, para propor uma redução do Estado travestida de modernização.

Apesar do hiato expansionista dos serviços entre 2003 e 2013, em nova correção de rumos, a dificuldade do governo federal responder satisfatoriamente aos anseios manifestados pela população em junho de 2013, assim como a abdicação do programa apresentado nas eleições do ano seguinte, teriam contribuído para reforçar aquela percepção e estimular que o novo governo, eleito em 2018, retomasse a agenda contracionista, novamente dissimulada sob a ideia de modernização.

A seguir, serão analisadas a trajetória constitucional e das leis que organizam o serviço público e regem seus servidores, a fim de confirmar essa primeira hipótese.

Identifica-se um primeiro momento, anterior à 1988, em que o viés autoritário do regime político se fez refletir em uma administração pública hierarquizada, com controles procedimentais intensos e baixo compromisso com os resultados. Nesta fase, o objeto aqui estudado é disciplinado pelo texto constitucional de 1969, pelo Decreto-Lei 200/67 e pela Lei 1.711/1952.

A Constituição de 1969 não se ocupou de estruturar a administração pública com princípios ou regras próprias, tampouco mencionou a prestação de serviços públicos de forma sistema-



tizada, como um dever do Estado para o cidadão, exceto no que se refere à previsão de concessão em seu artigo 167. Este modelo se mostrava compatível com uma noção de administração caudatária das lições de HAURIOU, centrada no poder de império e restrita às funções tradicionais de polícia e defesa. Isto não significa dizer que não houvesse serviços públicos no regime de 1969, mas que a constituição não os instituía como deveres do Estado, sobre os quais coubesse falar em avaliação de efetividade ou eficiência.

Neste período, a administração estava organicamente estruturada por meio do Decreto-Lei 200/1967 como conjunto de “serviços integrados na estrutura da Presidência da República e dos Ministérios”, ou conjunto de entidades dotadas de personalidade jurídica própria e vinculadas ao Ministério, em cuja área de competência estivesse enquadrada sua principal atividade (art. 4º). De acordo com a lei, a administração deveria, ainda, obedecer aos princípios do planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle, todos com forte conteúdo semântico totalitário, compreendendo a ideia de que as atividades deveriam ser planejadas de cima (*top down*) e, em seguida, delegadas ou descentralizadas para execução e formalização pelos órgãos inferiores, os quais permaneceriam controlados hierarquicamente.

Vale notar que o §8º do artigo 10, do Decreto-Lei, subordinava a aplicação da descentralização “às conveniências da segurança nacional”, o que revela mais uma vez o viés autoritário do texto. Da mesma forma, a delegação, que à primeira vista poderia remeter a um modelo de menor concentração de poder, não aparecia associada a competências ou capacidades especiais dos delegatários, mas à proximidade dos fatos e pessoas, tal como se verifica ocorrer nas hierarquias militares. Mais ainda, estabelecia o “controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado”. Por outro lado, nada dizia sobre fins ou resultados, sua efetividade e eficiência, salvo o dever de zelar pela economia de material, enfatizando, porém, a observância das normas que governam a atividade.

O regime jurídico dos servidores civis, à época, era estabelecido pela Lei 1.771/52, a qual continha um rol de deveres muito semelhante à lei atual². Tal como a vigente, a lei de

2 - L. 1.771/52 Art. 194. São deveres do funcionário:

- I – assiduidade,
- II – pontualidade;
- III – discrição;
- IV – urbanidade;
- V – lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servir;
- VI – observância das normas legais e regulamentares;
- VII – obediência às ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;
- VIII – levar ao conhecimento da autoridade superior irregularidade de que tiver ciência em razão do cargo;
- IX – zelar pela economia e conservação do material que lhe fôr confiado;
- X – providenciar para que esteja sempre em ordem no assentamento individual a sua declaração de família;
- XI – atender prontamente:
 - a) às requisições para a defesa da Fazenda Pública;
 - b) à expedição das certidões requeridas para a defesa de direito.

1952 não continha regras sobre a aferição de merecimento para fins de promoção, tampouco concedia gratificação ou qualquer outra vantagem relacionada à excelência no desempenho das atividades³.

Em 1988 a estruturação da administração pública para prestar serviços à sociedade ganha sistematização no texto constitucional. Além de um extenso rol de prestações positivas a cargo do estado ao longo de toda a Carta, sobretudo nos Títulos II, VII e VIII, o artigo 37 organizava a Administração Pública em torno dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, além de dispor sobre o acesso aos cargos públicos, criação de entidades da administração indireta e paraestatais, processos de compras e alienações. Além disso, a Constituição mencionava, ainda no artigo 37, o procedimento para reclamação relativa à prestação de serviços públicos (§3º), bem como a responsabilidade pela falta do serviço (§6º). O texto constitucional ainda continha disposições sobre o regime jurídico dos servidores (arts. 39 a 41), plano de carreira, isonomia de remuneração e direitos sociais fundamentais. Por fim, o artigo 175 incumbiu textualmente ao poder público a prestação de serviços públicos, não apenas aqueles tipicamente estatais, como segurança e defesa, administração da justiça e tributária, relações diplomáticas, mas também outros decorrentes das disposições sobre a ordem econômica e social que impunham deveres ao Estado (art. 194, 196, 204, 205, entre outros).

O Decreto-Lei 200/1967 continuou em vigor, mas a Lei 1.771/52 foi ab-rogada pela Lei 8.112/90. Pela nova legislação, servidor passou a ser a pessoa investida em cargo, e este é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional. Contudo, no que diz respeito ao regime funcional ou política de recursos humanos, pouca coisa se alterou. As gratificações e adicionais permaneceram, salvo algumas exclusões, as mesmas, a saber: direção, chefia e assessoramento; natalina; por tempo de serviço (posteriormente revogada); por exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas; por serviço extraordinário; por serviço noturno; por gozo de férias; e por encargo de curso ou concurso. Quanto às promoções, excluiu-se até mesmo a menção à promoção por merecimento, remetendo a disciplina, integralmente, à lei de cada carreira. Por fim, como se apontou, os deveres foram estabelecidos no artigo 116 sem grandes

3 - L. 1.771/52 Art. 145. Conceder-se-á gratificação:

- I – de função;
- II – pelo exercício do magistério;
- III – pela prestação de serviço extraordinário;
- IV – pela representação de gabinete;
- V – pelo exercício em determinadas zonas ou locais;
- VI – pela execução de trabalho de, natureza especial com risco de vida ou saúde
- VII – pela execução de trabalho técnico ou científico;
- VIII – por serviço ou estudo no estrangeiro;
- IX – pela participação em órgão de deliberação coletiva;
- X – pelo exercício:
 - a) do encargo de auxiliar ou membro de banca e comissões de concurso;
 - b) de encargo de auxiliar ou professor em curso legalmente instituído;
- XI – adicional por tempo de serviço.

inovações⁴, sendo dignas de nota, apenas, a inclusão do dever de exercer as atribuições com zelo e dedicação, e a generalização do dever de presteza.

Esse era o cenário legislativo no momento da aprovação da Emenda Constitucional número 19, de 1998, que, entre outras modificações, introduziu o princípio da eficiência entre os reitores da administração pública. Neste sentido, a Exposição de Motivos nº 49, de 18 de agosto de 1995, que acompanhou a Proposta de Emenda à Constituição número 173/1995, que resultou na EC nº 19/1998, dizia:

O revigoramento da capacidade de gestão, de formulação e de implementação de políticas nos aparatos estatais será determinante para a retomada do desenvolvimento econômico e o atendimento às demandas da cidadania por um serviço público de melhor qualidade. Além disso, o aumento da eficiência do aparelho do Estado é essencial para a superação definitiva da crise fiscal.

A revisão de dispositivos constitucionais não esgota a reforma administrativa, mas representa etapa imprescindível ao seu sucesso, promovendo a atualização de normas, concomitante à remoção de constrangimentos legais que hoje entram a implantação de novos princípios modelos e técnicas de gestão.

No difícil contexto do retorno à democracia, que em nosso país foi simultâneo a crise financeira do Estado, a Constituição de 1988 corporificou uma concepção de administração pública verticalizada, hierárquica, rígida, que favoreceu a proliferação de controles muitas vezes desnecessários.

Adiante, a mensagem afirmava o que se pretendia com a reforma:

Incorporar a dimensão da eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte.

Analisando a reforma proposta pelo governo do presidente Fernando Henrique Cardoso,

4 - L. 8.112/90 Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares;

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

V - atender com presteza:

a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;

b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;

c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;

VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X - ser assíduo e pontual ao serviço;

XI - tratar com urbanidade as pessoas;

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.



BRESSER-PEREIRA (1996, p. 7) afirmou que se tratava da segunda reforma administrativa do Brasil, apoiada na proposta de administração pública gerencial como resposta à crise do Estado dos anos oitenta, sobretudo fiscal, e que “emergiu com toda a força depois de 1988, antes mesmo que a própria administração pública burocrática pudesse ser plenamente instaurada no país.” (p. 9). Ainda em suas palavras, crise da administração burocrática teria relação com a incapacidade do regime militar de superar seus traços de patrimonialismo e porque o regime, ao invés de redefinir carreiras e processos, teria preferido o caminho do recrutamento por meio de empresas estatais. Contudo, sustenta que o agravamento da crise do modelo teria decorrido de um enrijecimento burocrático extremo após 1988.

Mesmo com a reforma em 1998, não houve alteração no Decreto-Lei 200/67. A principal inovação no tema, neste período, foi a edição da lei 8.987/1995, que, apesar de anterior à EC 19, se insere no mesmo contexto, versando sobre a concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Assim, em vez de se promover uma atualização nos procedimentos a serem observados na prestação de serviços à população, pelo poder público e seus agentes, optou-se por disciplinar sua prestação por terceiros, sob o regime mercantil.

A seu turno, a Lei 8.112/90 foi alterada para suprimir o adicional por tempo de serviço (art. 61, III), bem como a licença prêmio por assiduidade (art. 81, V). Assim, não se verificaram mudanças substanciais nas práticas da administração que pudessem ser atribuídas à reforma institucional promovida em 1998, tanto assim que, em 2013, eclodiram manifestações populares, cujo estopim foi a qualidade dos serviços públicos, notadamente os de transporte público urbano, regulados, justamente, pela única lei nova que simbolizava a adoção da administração gerencial. Além disso, em 2020, foi apresentada nova proposta de emenda constitucional para reformar a administração, novamente baseada na ideia de que o marco normativo constitucional seria um entrave para a realização do desejo de modernização dos serviços públicos.

Sustenta-se, ao contrário de Bresser-Pereira, que a insuficiente realização do projeto de profissionalização burocrática, nas décadas de 1930 e 1967, ou de eficiência, nos anos 2000, ao invés de serem desvios de trajetória, comprovam o fato de que tais valores não eram objetivos reais do legislador das reformas, mas argumentos retóricos para a implementação de outras pautas. Como evidência deste fato, aponta-se que não foram feitos esforços para alterar a legislação infraconstitucional, no sentido de avaliar, reconhecer e recompensar o bom desempenho dos servidores; de criar mecanismos objetivos e impessoais de avaliação, requalificação, readaptação ou demissão com base em desempenho insuficiente; de estimular a manifestação de discordância e a participação democrática e horizontal nos processos gerenciais e de construção de soluções estratégicas. Principalmente, não foram alteradas regras do regime funcional dos servidores no sentido de valorizar a inovação, a resolutividade, a criatividade e o engajamento espontâneo. Ao contrário, mantiveram-se normas vocacionadas a estabelecer controles de atividade em vez de resultado; que impõem subordinação e obediência ao invés de colaboração, participação e engajamento; que ameaçam com punição a discordância; não valorizam o espírito crítico, nem reconhecem a iniciativa pessoal.

Acredita-se que estas ausências não foram acidentais, mas que, ao contrário, consistiam em opções voluntárias. No caso do período militar, teria sido buscado criar uma burocracia competente em cumprir ordens ditas por aqueles que tomavam decisões para favorecer grupos eco-

nômicos específicos associados aos militares no poder; uma espécie de burocracia patrimonialista profissional ou eficiente.

Da mesma forma, a reforma gerencial do final dos anos 1990 teria tido como objetivo real o esvaziamento do Estado, a transferência das atividades econômicas para a iniciativa privada e a concessão dos serviços públicos. Por isso, em vez de dotar a administração de princípios e regras que fomentassem a efetividade do atendimento da população, defendeu-se a eficiência apenas pelo lado do custo, da redução dos investimentos, a ser contornada pela mercantilização dos serviços. Neste desiderato, era necessário, inclusive, manter a burocracia remanescente obediente, de modo que não se cogitou incorporar ao ordenamento jurídico práticas que fomentassem a eficiência pelo lado da inovação, do engajamento, da participação, entre outras. Ademais, para conter os gastos, foram extintos os poucos e precários mecanismos de reconhecimento de eficiência, como licença prêmio e adicional por tempo de serviço.

2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA COMO FERRAMENTA PARA PROMOÇÃO DA EFICIÊNCIA

O descompasso entre estratégias institucionais, com relação à promoção da inovação e à adoção de práticas de gerenciamento de recursos humanos com elas compatíveis, não é um fenômeno desconhecido na literatura. Em *Supporting Innovation through HR Policy: Evidence from the UK*, SEARLE *et al* (2003) constatam que as empresas do Reino Unido utilizam um conjunto limitado de ferramentas de gestão de recursos humanos, como seleção, treinamento e gerenciamento de performance para identificar e incentivar a inovação. Enquanto isso, para DE LEEDE *et al* (2005), uma política de recursos humanos preocupada com a inovação precisa estar atenta a aspectos como estrutura organizacional apropriada, seleção de pessoal adequada, desenvolvimento individual, trabalho em equipe e liderança, comunicação e participação, avaliação e recompensas por performance, e criação de uma cultura criativa.

Adaptando o raciocínio ao serviço público, o descompasso entre decisões estratégicas e implementação de políticas públicas faz parte da agenda de pesquisa estrangeira e nacional, desde PRESSMAN *et al* (1973) até CAVALCANTI *et alii* (2018). Em sua face jurídica, o problema pode ser posto como o desencontro entre os compromissos e objetivos estabelecidos no texto constitucional, e as leis que regem a estruturação da administração e a atuação funcional dos servidores, especificamente entre o texto de 1988 e as Leis de 1967, 1990 e 1995.

Partindo-se da constatação de que a introdução do princípio da eficiência no texto constitucional não foi suficiente para transformar as práticas administrativas de uma maneira a alcançar os níveis de efetividade e economicidade esperados pela população, discute-se a necessidade de reformulação ou ressignificação do rol de princípios e regras que orientam o serviço público para atingir esta meta. A hipótese aqui sustentada é de que há um conflito aparente entre a eficiência e certas leituras estritas dos princípios da legalidade e da impessoalidade. Além disso, apontam-se deficiências na legislação infraconstitucional que operam como empecilhos à implementação de uma administração gerencial nos moldes apresentados por Bresser-Pereira.

Da forma como são ordinariamente interpretados, os princípios da legalidade e da impessoalidade parecem estar em contradição com a ideia de uma administração pública ágil, dinâmica, inovadora e promotora de resultados úteis, por meio de métodos e visões revolucionários. Isto

porque, tradicionalmente, o princípio da legalidade no direito administrativo é tido em sentido oposto ao do direito privado, tomando a lei não como limite negativo, mas positivo, como roteiro e limite para atuação. Nas palavras de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO (2015, p. 108),

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize.

Se por um lado se deve concordar com o autor, no sentido de que o princípio tem função essencial de evitar o autoritarismo, não é menos certo que, ao colocar a lei como um manual estrito de conduta, o sistema jurídico acaba inibindo que surjam práticas inovadoras no seio da administração, carreando ao legislador todo o ônus de prever e disciplinar, em abstrato, os caminhos necessários para a produção de mudanças. Com naturalidade, pode-se concluir que a premissa de que o agente público só pode atuar quando e como a lei determina inibe a tão prestigiada proatividade ou iniciativa.

O tema não passou despercebido a GUSTAVO BINENBOJM (2006, p. 125), para quem “do ângulo funcional, a crise da lei é a própria crise da ideia de legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e de próprio Estado.” Entre as diferentes razões que ele aponta para este fenômeno, reside justamente a impossibilidade de o legislador responder de forma célere e satisfatória aos desafios impostos por relações jurídicas cada vez mais complexas. Diz ele que:

De fato, um Estado que toma para si a função regulatória, deve estar preparado para as inúmeras questões de ordem técnica que devem prontamente ser atendidas. Não sendo a lei formal e a estrutura parlamentar capazes – com todo o seu moroso processo legislativo – capazes de tratar destas questões, resta ao administrador fazê-lo.

Ainda que esteja tratando do processo regulatório, as constatações são igualmente aplicáveis ao tema aqui discutido. De fato, a noção de eficiência traz implícita a necessidade de uma administração capaz de dar respostas de maneira rápida e, por vezes, disruptiva, em sintonia com as últimas inovações da técnica. Entretanto, tal visão se mostra incompatível com uma leitura do princípio da legalidade, pela qual a Administração só possa agir quando e como a lei determinar. Outrossim, parece impossível que se estimulem condutas disruptivas e orientadas a resultados, por parte dos servidores públicos, em um contexto no qual devam observar as normas legais e regulamentares e cumprir estritamente as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais.

Outra contradição aparente se dá, ainda em sede constitucional, mas com reflexos no Regime Jurídico dos Servidores, entre os princípios da eficiência e da impessoalidade, ao menos com relação a determinadas interpretações deste. Com efeito, algumas das várias leituras deste princípio constitucional, como aquela constante em MEDAUAR (2008, p. 93), enfatizam aspectos que podem ser conectados a uma ideia de quase “anonimato” dos servidores públicos. Se por um lado é razoável sustentar que a promoção pessoal, as simpatias ou antipatias não podem ser o móvel da atuação dos servidores, é igualmente intuitivo que satisfação pessoal com o trabalho produza engajamento e que um dos fatores psicológicos capazes de produzir satisfação é a expectativa de reconhecimento público.

Estas contradições apontam para a utilidade da adoção do princípio da Autonomia Fun-

cional no regime jurídico dos servidores como âncora para a ponderação entre eficiência e inovação de um lado, e interesse público e estado de direito do outro, solucionando, assim, a aparente antinomia e contribuindo para a efetividade e economicidade dos serviços públicos, por meio da adoção de práticas inovadoras. Antes de avançar, porém, faz-se necessário esclarecer o que se entende por autonomia funcional, a fim de evitar que conceitos distintos turvem o debate.

Tratando dos princípios institucionais do Ministério Público, MAZZILI (2013, p. 13-14) afirma que a autonomia funcional é da Instituição e consiste na “liberdade que tem de exercer seu ofício em face de outros órgãos do Estado, subordinando-se apenas à Constituição e às leis”. Distintamente, o mesmo autor define independência funcional como a liberdade que cada membro tem para “exercer suas funções em face de outros órgãos ou agentes da mesma instituição”. Além disso, destaca que:

Entretanto, se independência funcional significa liberdade para tomar decisões dentro dos limites da lei, isso não significa arbítrio. Não pode cada membro do Ministério Público, invocando a independência funcional ou seu papel de defensor do regime democrático, escolher que leis quer cumprir, e que leis não quer cumprir.

Percebe-se que esta autonomia funcional não se confunde com a autonomia administrativa outorgada a certos entes, entidades e instituições, em especial às denominadas Agências Reguladoras (BUCHEB, 2021). Na definição de PLÁCIDO e SILVA (2010, p.173):

AUTONOMIA. Palavra derivada do grego autonomia (direito de se reger pelas próprias leis), que se aplica para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar as normas de conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha.

Na linha destes entendimentos, a Autonomia Funcional, cuja possibilidade de adoção se discute, consiste em tratar os servidores públicos não como autômatos subordinados a uma ideia de legalidade forte, mas como pessoas qualificadas e, por isso, capazes de propor soluções e tomar decisões. Como se apontou, há uma concepção de legalidade administrativa como moldura de liberdade positiva – só admite que se faça o que a lei estabelece – que se soma a um dever de obediência hierárquica. Além disso, essa legalidade estrita interage com uma noção de impessoalidade que anula a subjetividade do agente, dando origem a formalismos exacerbados e a uma cultura do regulamento. Esse padrão de atuação, cristalizado na estrutura hierarquizada do Decreto-Lei 200/67 e na Lei 8.112/90, parece ter forte influência no sentido de reduzir a iniciativa dos servidores, desestimular sua participação na definição de estratégias e métodos de trabalho no órgão, e de reduzir seu engajamento como um todo.

Na imprensa corporativa, são frequentes as menções a empresas que adotam como prática conceder maior autonomia aos empregados como forma de incentivar a inovação. Em *Looking to Innovate, Companies Embrace the Makerspace*⁵, discute-se a prática de empresas do setor de eletrônicos de criar oficinas comunitárias para que os empregados desenvolvam coletivamente projetos pessoais. Já a FASTCOMPANY realizou pesquisa⁶ que apontou os 50 melhores locais de trabalho para inovação, destacando iniciativas que empoderassem todos os trabalhadores, e não somente os

5 - <https://electronics360.globalspec.com/article/11862/looking-to-innovate-companies-embrace-the-makerspace>.

6 - <https://www.fastcompany.com/best-workplaces-for-innovators/2019>.

executivos, cientistas e programadores, para criar produtos e métodos inovadores. Entre as iniciativas que menciona, se encontram: o encorajamento, para que empregados dediquem até 15% de sua jornada em projetos fora do escopo de suas funções (3M); o desenvolvimento de gincanas de inovação, financiadas pela companhia (BLIZZARD); apresentação de projetos pelos empregados, para consideração pela administração ou mesmo para desenvolvimento por decisão democrática, com metodologia *bottom-up* ou *working backwards* (AMAZON e COMPASS); atuação conjunta de diferentes áreas de desenvolvimento e utilização (GENENTECH e CHOBANI); a criação de oportunidades para apresentar suas ideias e, assim, motivar os demais (SAS).

Práticas como estas, além de serem destacadas positivamente pela mídia empresarial, têm sido estudadas cientificamente com resultados semelhantes (ICHNIOWSKI *et al*, 1996; PORTER, 1980, 1990; BEUGELSDIJK, 2008; WALSWORTH *et al*, 2007).

BEUGELSDIJK (2008) analisou a correlação entre seis práticas de gestão de recursos humanos em empresas holandesas, e os resultados por elas obtidos em termos de inovação. Como resultado, detectou que estruturas organizacionais descentralizadas, empoderamento ou autonomia funcional (*task autonomy*), e jornadas flexíveis teriam correlação positiva com a inovação. No mesmo sentido, WALSWORTH *et al* (2007) agrupam as organizações conforme as estratégias de remuneração por produtividade, treinamento para autonomia e estruturas organizacionais que promovam autonomia para perseguir novas ideias, e constatam que, ainda que sejam afetadas por outras variáveis, tais estratégias tem impacto positivo consistente na cultura da inovação.

Apesar disso, na administração pública brasileira as regras ainda apontam para jornadas rígidas (art. 116, X, L. 8.112/90), estrita observância de regulamentos sobre como e quando agir (inciso III), subordinação hierárquica (incisos II e IV) e aversão à experimentação (incisos VII e VIII), que são antíteses da autonomia destacada nos estudos acima. Além disso, a existência de hierarquias rígidas, a baixa participação dos servidores de nível de execução nos processos de tomada de decisão, e a possibilidade de livre nomeação para cargos estratégicos (DAS), com base em critérios subjetivos e pouco democráticos ou transparentes, podem operar como inibidores da participação, da iniciativa e do envolvimento dos servidores com os projetos de aperfeiçoamento dos serviços prestados. Da mesma forma, a legislação funcional foi reformada (art. 96-A, L. 8.112/90) para restringir a autonomia do servidor em relação à sua capacitação, limitando-a a hipóteses regulamentadas e que tendem, por isso mesmo, a operar no espectro do previsível e ordinário, no campo da revolução disruptiva necessária à inovação. Ademais, foram revogadas previsões de recompensas, como as licenças-prêmio e adicional por tempo de serviço, que, contrariamente, poderiam ser reformadas para introduzir variáveis de inovação e engajamento como passíveis de recompensa.

O princípio da autonomia funcional que aqui se discute não se confunde com voluntarismo ou arbítrio. Ao invés de representar autorização para que o servidor faça o que quer, significa reconhecer sua capacidade para contribuir de forma inovadora para o atingimento dos resultados estratégicos estabelecidos no âmbito da política pública, na qual se insere o seu trabalho.

A introdução deste princípio implica a ressignificação das relações funcionais, atualmente centradas na obediência hierárquica, no controle procedimental e na responsabilidade disciplinar, em direção a um modelo de autodesenvolvimento e engajamento voltado à melhoria do serviço prestado, por meio do desenvolvimento de métodos e produtos inovadores, com apoio e

reconhecimento por parte da Administração. Isso implica a abertura para que o servidor possa definir sua trajetória profissional e de capacitação; possa propor e testar novas formas de atuação que, sem serem incompatíveis com os princípios do interesse público e da segurança jurídica, nem com as decisões estratégicas da política pública em questão, sejam capazes de maximizar seus resultados; possa influenciar concretamente na definição de estratégias e métodos, a partir de sua experiência pessoal e tenha apoio das instituições para experimentá-los. Além disso, impõe que se institua na lei novas formas de reconhecimento de esforços e contribuições inovadoras e que se incentive um padrão de atuação menos regulamentar ou burocrático.

Portanto, a manutenção, estabelecida em décadas passada, da estrutura organizacional da administração e do regime funcional de seus servidores não se mostra condizente com o projeto de implantação de uma administração gerencial, plasmado na Emenda Constitucional número 19, de 04 de julho de 1998, à luz dos estudos sobre eficiência e inovação nas organizações privadas, sendo causa provável para o descontentamento manifestado em junho de 2013.

3. CONCLUSÕES

Neste estudo se buscou discutir a utilidade e a necessidade da adoção de um conceito de Autonomia Funcional, capaz de reestruturar a administração pública e ressignificar o estatuto dos servidores públicos, a fim de promover a inovação e consequentemente a eficiência dos serviços por ela prestados.

Identificou-se uma trajetória para a estruturação da administração pública no Brasil com uma origem patrimonialista, depois passando por duas reformas que tentaram implementar, respectivamente, os modelos burocrático e gerencial, ambas interrompidas. Disso teria resultado um arranjo normativo composto pelo texto constitucional, reformado em 1998, a lei do Regime Jurídico dos Servidores, de 1990 e um Decreto-lei de estruturação da administração, que remonta a 1967. Destacou-se também que essa transição incompleta, da qual teria resultado um arranjo normativo contraditório, se explicaria pela dissonância entre a teoria da administração subjacente e as reais intenções do legislador, e teria como consequência a permanência da agenda de reformas gerenciais materializada na Proposta de Emenda Constitucional nº 32/2020, bem como a percepção de insuficiência dos serviços públicos que impulsionou as manifestações de 2013 no Brasil.

Analisando a transformação interrompida do modelo de administração pública burocrática para o de administração pública gerencial, constatou-se que as ideias que informavam a reforma constitucional de 1998 não foram transpostas para a legislação ordinária. Assim, em que pese a introdução da eficiência no rol de princípios de regência da administração pública, as leis que regulavam as estruturas administrativas e o regime jurídico dos servidores continuaram refletindo o modelo burocrático, sendo altamente hierarquizada e compartimentalizada em estruturas estanques, baseada na ideia de obediência às ordens superiores, ao regulamento e à lei, e na impessoalidade, quase anonimato, dos servidores.

Em seguida, recorrendo à literatura sobre gestão de recursos humanos, voltada para a inovação, foram identificadas práticas organizacionais aceitas como promotoras de engajamento e iniciativa dos trabalhadores no atingimento de níveis de eficiência relacionados à inovação de processos e produtos. Observou-se, então, que estas práticas não foram incorporadas de forma

institucional nas estruturas e dinâmicas da administração pública no Brasil e que isso se mostra compatível com a percepção de que o serviço público é lento, burocrático, formalista ou arcaico.

Finalmente, analisou-se a possibilidade de introdução do princípio da autonomia funcional, para reequilibrar o arranjo normativo que conforma a administração pública no Brasil. Apontou-se uma noção de autonomia funcional que não se confunde com arbitrariedade ou voluntarismo e se compatibiliza com as garantias do Estado de Direito e da Supremacia do Interesse Público, mas, ao mesmo tempo, abre espaço para a adoção, no Estatuto dos Servidores Públicos ou nas leis de regência de cada instituição ou carreira, de práticas reconhecidas como aptas a produzir iniciativa, engajamento, participação e resultados inovadores.

Espera-se que este artigo estimule o debate sobre a aplicabilidade concreta de cada uma dessas práticas, bem como a pesquisa quanto aos seus resultados no âmbito da prestação de serviços públicos no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BEUGELSDIJK, Sjoerd. Strategic human resource practices and product innovation. **Organization studies**, v. 29, n. 6, p. 821-847, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da administração pública burocrática à gerencial**. 1996.

BUVHEB, José Alberto. **A autonomia das agências reguladoras**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/3508/a-autonomia-das-agencias-reguladoras>>. Acesso em: 29 jun. 2021.

CAVALCANTI, Sérgio; LOTTA, Gabriela Spanghero; PIRES, Roberto Rocha Coelho. **Contribuições dos estudos sobre burocracia de nível de rua**. 2018.

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, 2008.

DE LEEDE, Jan; LOOISE, Jan Kees. **Innovation and HRM: Towards an integrated framework**.



Creativity and innovation management, v. 14, n. 2, p. 108-117, 2005.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. Sirey, Paris, 1933.

ICHNIOWSKI, Casey, Thomas A. Kochan, David Levine, Craig Olson, and George Strauss. 1996. "What Works at Work: An Assessment." **Industrial Relations: a Journal of Economy and Society** 35(3):299–333.

JÈZE, Gaston. **Les Principes Généraux du Droit Administratif**, M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1914.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 731, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. atualizado até a Emenda Constitucional 90 de 15.9. 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PORTER, Michael E. 1980. **Competitive Strategy**. New York: Macmillan.

_____. 1990. **The Competitive Advantage of Nations**. New York: Macmillan.

PRESSMAN, Jeffrey L.; WILDAVSKY, Aaron. **Implementation**: how great expectations in Washington are dashed in Oakland. Berkeley: University of California Press, 1973.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SEARLE, Rosalind H.; BALL, Kirstie S. Supporting innovation through HR policy: Evidence from the UK. **Creativity and Innovation Management**, v. 12, n. 1, p. 50-62, 2003.

WALSWORTH, Scott; VERMA, Anil. Globalization, human resource practices and innovation: Recent evidence from the Canadian workplace and employee survey. **Industrial Relations: A Journal of Economy and Society**, v. 46, n. 2, p. 222-240, 2007.





Data do recebimento: 14/10/2021

Data do aceite: 25/11/2021

.....

A AUDITORIA OPERACIONAL E OS ÓBICES À IMPLEMENTAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO MODELO ADMINISTRATIVO ATUAL

.....

OPERATIONAL AUDIT AND OBICES TO
IMPLEMENTATION AND SUPERVISION OF PUBLIC
POLICIES IN THE CURRENT ADMINISTRATIVE MODEL

Samuel Henrique Duraes Cintra e Silva¹

Maurício Muriack Fernandes e Peixoto²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Do atual modelo administrativo; 2. Do enfoque institucional das políticas públicas; 3. Do controle externo da administração pública exercido pelos Tribunais de Contas; 4. Da auditoria operacional; 5 Conclusões; Referências.

1 - Graduando no curso de Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Experiências profissionais na 2ª Vara de Precatórias do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, bem como na Procuradoria Regional da República da 1ª Região, em Gabinete de Procurador Regional da República. Atualmente encontra-se no cargo de estagiário do Coordenador do Núcleo de Execuções Penais da Defensoria Pública do Distrito Federal.

2 - Doutor em Direito pelo Uniceub-DF (abril de 2018). Mestre em Ordem Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (fevereiro de 2000). Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo do Uniceub-DF. Advogado da União desde abril de 2000, atualmente lotado no DEAEX/CGU/AGU. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/2638874463594984>.



RESUMO: O presente trabalho aborda a forma de controle das atividades públicas nos diferentes âmbitos de modelos teóricos de Administração Pública, sob uma perspectiva histórica evolutiva, até os dias atuais. Com a Reforma Gerencial de 1995, a mensuração de resultados e o estudo sobre a (in)efetividade das ações governamentais ganham relevância, surgindo ao debate os arranjos institucionais competentes para institucionalizar a ideia-matriz da política pública. Diante deste contexto, as Cortes de Contas afiguram-se competentes para fiscalizar os programas governamentais, utilizando-se de seus mecanismos para mensurar os resultados obtidos pela Administração, à luz da CRFB e mediante controle externo. A auditoria operacional é instrumento capaz de exteriorizar as evidências obtidas em avaliação de resultados e pode ser realizada sob o prisma da eficácia, efetividade, eficiência e economicidade. Todavia, constata-se que o atual modelo teórico da Administração, com aspectos patrimonialistas e comportamentos burocráticos, dificultam a fiscalização sob a ótica de desempenho, de forma que devem ser inseridos na Administração Pública brasileira os meios e ferramentas necessários para a viabilidade do modelo de gerenciamento, como indicadores e sistemas de gestão por objetivos e metas. Usou-se, a fim da legitimação científica, pesquisa exploratória, por método de levantamento bibliográfico, bem como pesquisa explicativa para o problema jurídico-institucional da imperfeição das políticas públicas acerca dos modelos teóricos de Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimonialismo. Modelo Burocrático. Gerencialismo. Políticas Públicas. Controle Externo. Tribunal de Contas. Nova Lei de Licitações. Auditoria Operacional.

ABSTRACT: This paper aims to approach the ways of controlling the public activities among different scopes of theoretical models of public administration, under an evolutionary historical point of view, up to nowadays. With the administrative reform of 1995, the measuring of results and the studying of (in)effectiveness of governmental acts became more relevant, adding the competent institutional arrangements to the debate, in order to institutionalize the guidelines of public policies. In this context, the courts of audit become able to inspect the governmental programs, making use of their mechanisms to measure the results obtained by the administration, according to the CRFB and under external control. The operational audit is able to disclose the evidences obtained from result assessment and can be performed under the perspective of effectiveness, efficiency and economy. Nevertheless, it turns out that the current administrative theoretical model, with aspects of patrimonialism and bureaucratic behavior, make the inspection harder under a performance viewpoint, thus the means and tools necessary to enable the management model must be inserted into the Brazilian public administration, such as indicators and systems of management for goals and objectives. It has been used, in order to scientifically legitimate it, exploratory research, by bibliographic survey method, as well as explanatory research about the juridical-institutional problem of public policy imperfection concerning the administrative theoretical models.

KEYWORDS: Patrimonialism. Bureaucratic Model. Managerialism. Public Policy. External Control. Court of Audit. New Bidding Law. Operational Audit.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, conceito que não se confunde com governo e Estado, apesar de em determinados momentos se confluírem e parecerem sinônimos, é configurada pelos instrumentos designados à execução de preceitos normativos, com vistas a atingir o interesse público em âmbito coletivo ou de determinada organização do Estado. De forma a perseguir seus objetivos e suas metas, a Administração Pública é organizada por um determinado modelo, passível de identificação ou definição de acordo com cada época ou período, capaz de contribuir na persecução do interesse público (PALUDO, 2020).

Traçando uma linha histórica-evolutiva, é possível destacar três modelos de Administração Pública, a saber: Administração patrimonialista, característico das monarquias absolutistas; Administração burocrática, sob a filosofia de combate ao patrimonialismo e sob o feixe da racionalidade-legal; e a Administração gerencial, em busca de eficiência e mensuração de resultados.

A Reforma Gerencial, ocorrida no Brasil em 1995, objetivava, em síntese, o distanciamento do modelo burocrático, haja vista a sua ineficiência em lidar com as demandas econômicas e sociais mais complexas que ventilavam no final do século XX, como a crise do petróleo e a crise fiscal, assim como o cumprimento dos direitos prestacionais, a saber: educação, saúde, seguridade social básica etc.

Nesse contexto, trata-se o estudo em apreço na perquirição se a Administração Pública pátria, preliminarmente, superou as práticas patrimonialistas, demonstrando se os gestores da *res publica* continuam confundindo o patrimônio privado com o patrimônio público. Nessa esteira, investigar-se-á o grau de cumprimento dos preceitos do modelo burocrático, tais como impessoalidade e legalidade, inclusive concretizados pela nova ordem positiva constitucional, bem como a manutenção e priorização do conhecimento técnico-profissional. Alfim, realizar-se-á contraste entre indigitada inquisição e o conteúdo essencial do modelo de Administração gerencial, concretizado sob a égide da busca pela eficiência, redução de custos e aumento da qualidade.

Superado o diálogo entre os modelos teóricos administrativos, sobrevém análise no que concerne ao plano institucional de política pública, consistente na observação dos arranjos institucionais, possibilitando investigação atinente à sua força normativa, de forma que a problemática incide diretamente nas *policies*³ (BUCCI, 2013, p. 41). Desta forma, consigne-se que não exaure a questão tão somente a normatização dos instrumentos necessários à finalidade da ação governamental, “mas também a articulação da cadeia de responsabilidades dos agentes públicos com autoridade sobre a política pública” (BUCCI, p. 42).

Como essa abordagem insiste na atividade de criação do direito, possibilita-se deduzir, à luz do modelo gerencial, que a definição de critérios e a criação de mecanismos que desempenhem o papel de fiscalização viabilizariam não somente a efetividade das políticas públicas (regime de efeitos), mas, ainda, a avaliação do rendimento e a qualidade da ação estatal.

Nesse contexto, o Constituinte Originário de 1988, como forma de ampliar o controle externo da Administração Pública, previu no art. 70 da CRFB/88 uma modalidade operacional

3 - Proposições normativas que descrevem objetivos.

de fiscalização, na qual objetiva-se a fiscalização das políticas públicas e das atividades governamentais quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. A título suplementar, conforme nobre definição dada pelo art. 2º da Resolução Administrativa n. 10/2015 do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, a fiscalização operacional pauta-se “além dos aspectos de legalidade, em critérios de economicidade, eficiência, eficácia, efetividade, equidade, sustentabilidade e transparência, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública”.

Com isso, os Tribunais de Contas nacionais detêm competência para não somente exercer o controle externo sob o prisma burocrático, isto é, baseando-se somente nos aspectos formais e procedimentais (auditoria de conformidade), mas, também, sob o prisma gerencial, na busca por mensuração de resultados e fiscalização qualitativa do gasto público (auditoria operacional), tipologia de controle cuja relevância institucional foi reforçada pelo parágrafo dezesseis do artigo 37 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 109⁴.

Com isso, o presente texto abordará, inicialmente, de que maneira os arranjos institucionais, à luz do vigente modelo administrativo teórico, consubstanciam verdadeiro óbice à transmutação da fiscalização paradigmática presente na Administração Pública nacional, a qual demonstra o apego excessivo aos aspectos legais e procedimentais. Como consequência da pesquisa, compreenderá, ainda, as complexidades gerenciais que afetam o adequado uso das auditorias operacionais como mecanismo de fiscalização, considerando as enunciações iniciais pelo governo quando do planejamento de ações governamentais, mitigando a mensuração de resultados.

Usou-se, de forma a trazer um arcabouço metodológico que fundamente o estudo em questão e, por consectário, alcance sua legitimação científica, pesquisa exploratória, por método de levantamento bibliográfico, acerca dos modelos teóricos de Administração, em especial os percebidos pelo Brasil, analisando seus aspectos, assim como suas (in)compatibilidades com o planejamento democrático previsto na Constituição de 1988.

Ato contínuo, frisa-se uma abordagem institucional das políticas públicas, isto é, minuciando seus arranjos institucionais, voltados à consecução da efetividade das ações governamentais e realizando pesquisa explicativa para o problema jurídico-institucional da imperfetividade das políticas públicas, bem como um diálogo com os modelos teóricos da Administração Pública.

Em etapa seguinte, adotar-se-á, novamente, levantamento bibliográfico, de modo a subsidiar estudos teóricos acerca do controle externo realizado pelos Tribunais de Contas nacionais, em especial o Tribunal de Contas da União, efetuando pesquisa exploratória sobre sua ampliação de competências pelo Constituinte Originário em 1988, isto é, os mecanismos de fiscalização aptos à realização de controle da Administração, e, principalmente, sobre seu novo papel, à luz da Reforma Gerencial de 1995, de indutor dos programas governamentais federais, ou subsidiado por recursos públicos federais.

Por último, tratou de levantamento bibliográfico acerca das auditorias operacionais, tanto em âmbito comparado quanto no âmbito nacional, com enfoque na avaliação de políticas públicas

4 - “Art. 37 § 16. Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021)”



implementadas pelo Poder Público, confluindo este levantamento com pesquisa documental, em razão do Manual de Auditoria de Natureza Operacional, o qual estabelece parâmetros de necessária observância para todos os Tribunais de Contas subnacionais, colacionando objetivo, seleção, planejamento, etc. do referido instituto e tentando trazer a contribuição científica de enfatizar a relevância da auditoria operacional e a necessidade de superar os óbices do modelo patrimonialista e o formalista-burocrático para se evoluir na diretriz de uma Administração Pública gerencial voltada à busca de resultados e de critérios objetivos e racionais nas suas ações

1. DO ATUAL MODELO ADMINISTRATIVO

A Administração pública, conceito que não se confunde com governo e Estado, apesar de em determinados momentos se confluírem e parecerem sinônimos, é configurada pelos instrumentos designados à execução de preceitos normativos, com vistas a atingir o interesse público em âmbito coletivo ou de determinada organização do Estado.

Em sentido *lato*, designa o conjunto das atividades diretamente destinadas à execução de tarefas ou incumbências, relacionadas com os poderes de decisão e comando, definidos por leis ou por atos de Governo (BOBBIO, 1998). De forma a perseguir seus objetivos e suas metas, a Administração Pública é organizada por um determinado modelo, o qual é possível identificar ou definir de acordo com cada época ou período, com a finalidade de contribuir na persecução do interesse público (PALUDO, 2020).

No enfoque de uma linha histórico-evolutiva, o primeiro modelo teórico de Administração adotado no sistema de gestão pátrio, assim como nos demais países de índole ocidental, foi o regime patrimonialista. Trata-se de modelo no qual não há distinção entre a administração de bens públicos e bens particulares, de forma que o Estado é uma ampliação do círculo familiar do soberano, abrindo, assim, grande margem ao nepotismo, ao coronelismo/filhotismo⁵, à corrupção e ao poder oriundo da hereditariedade.

Sendo o controle característica que distingue os demais regimes, no modelo patrimonialista não há instituição a impor balizas entre a seara pública e a pessoalidade, de forma que não se configura uma margem de atuação do governante. Assim, este não era submetido aos Tribunais, pois seus atos se colocavam acima de qualquer instituição.

Constata-se sua prevalência na história nacional, no interstício entre 1822, quando da independência nacional, e a Revolução de 1930. Neste interregno, a influência de determinados grupos sociais aristocráticos, como a elite agrária, e o costume da “patronagem” ventilavam

5 - “Como indicação introdutória, devemos notar, desde logo, que concebemos o ‘coronelismo’ como resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada. Não é, pois, mera sobrevivência do poder privado, cuja hipertrofia constituiu fenômeno típico de nossa história colonial. É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa. Por isso mesmo, o “coronelismo” é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras. Não é possível, pois, compreender o fenômeno sem referência à nossa estrutura agrária, que fornece a base de sustentação das manifestações de poder privado ainda tão visíveis no interior do Brasil. Paradoxalmente, entretanto, esses remanescentes de privatismo são alimentados pelo poder público, e isso se explica justamente em função do regime representativo, com sufrágio amplo, pois o governo não pode prescindir do eleitorado rural, cuja situação de dependência ainda é incontestável. Desse compromisso fundamental resultam as características secundárias do sistema “coronelistas”, como sejam, entre outras, o mandonismo, o filhotismo, o falseamento do voto, a desorganização dos serviços públicos locais” (LEAL, 2012, p. 23).

efeitos nefastos sob a Administração Pública, sequer sendo possível falar em persecução do interesse coletivo⁶.

Como reflexo mais deletério deste modelo, encontra-se o fato de que o Estado-administração não pensa de forma coletiva e não instrumentaliza direitos prestacionais à população, que é relegada ao descaso. Acerca dos direitos de segunda geração, sistematizados por intermédio de comportamento positivo do Estado, estes não detinham prioridade na agenda governamental, somente a um pequeno grupo: os familiares e íntimos do soberano.

Com o advento do processo de industrialização e o surgimento das demandas sociais, notadamente a partir do final do Século XIX, os governos foram obrigados a adotar outro modelo que correspondesse às aspirações dos comerciantes e da sociedade.

Dirigindo-se a combater as práticas patrimonialistas, tendo como principal idealizador Max Weber, a administração pública burocrática surge orientada pela profissionalização, impessoalidade, formalismo e a dominação racional-legal. Sob o ângulo do poder como controle do poder, a qualidade fundamental deste modelo é o controle do abuso de poder, como tipo de poder ou dominação baseado na lei (WEBER, 1966).

Este modelo teórico de administração pode ser definido como a ação social de uma formação de dominação baseada numa relação associativa racional (BRITTO; FREITAS, 2017). Pode-se colacionar como perspectivas deste modelo o caráter legal das normas, o caráter formal das comunicações, o caráter racional e divisão do trabalho, hierarquia da autoridade, rotinas e procedimento padronizados, impessoalidade nas relações, competência técnica e meritocracia, especialização da administração, profissionalização dos funcionários e previsibilidade de funcionamento. Como qualidade intrínseca deste modelo, cumpre salientar a presença de controle das instituições quanto à legalidade procedimental, bem como acerca do controle quantitativo dos recursos públicos.

A doutrina administrativa se inclina com a identificação de uma dupla racionalidade nos escritos de Weber: a formal e a substantiva. Concernente à racionalidade formal, verifica-se sua presença “pela calculabilidade e predicabilidade dos sistemas jurídico e econômico” (PALUDO, 2020, p. 127), sempre presente em aparelhos contábil e burocrático. Trata-se de vinculação às normas em geral, passível de identificação, no Brasil, entre 1930-1945, tendo como ênfase a reforma dos meios e o autoritarismo, em que os fins não eram relevantes.

Neste período, através de um grande esforço de Vargas no sentido de normatizar e padronizar os principais mecanismos da Administração Pública, são criados diversos estatutos regendo temáticas acerca de gestão de pessoas (1936), compras governamentais (1931) e execução financeira (1940). Por outro lado, dá-se início ao processo de institucionalização do controle e fiscalização dessa nova ordem burocrática (TORRES, 2004).

É neste contexto histórico que se dá, ainda, o processo tímido de criação da intitulada administração indireta, considerando a institucionalização de agências estatais descentralizadas,

6 - “O patriciado, despido de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder — a soberania nominalmente popular — tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre” (FAORO, 2001, p. 896).

com vistas ao desenvolvimento econômico e incorporação político-social da burguesia nacional e de setores operários urbanos, sob o prisma do intervencionismo estatal. Na medida em que se descentraliza a competência central para implementar as políticas sociais, atrai-se, de toda sorte, a necessidade de profissionalizar e modernizar esse mecanismo estatal.

No que tange à racionalidade substantiva, contata-se aspectos relativos “ao conteúdo dos fins operacionais dos sistemas legal, econômico e administrativo” (PALUDO, 2020, cit.), consubstanciando clara divergência da racionalidade formal por ter uma natureza em função dos objetivos e não no procedimento. Esta inicia-se a partir do Governo JK com alguns esforços de planejamento estratégico de ação estatal, como o Plano de Metas, entretanto, permaneceu a Administração Pública sem nenhum empuxo maior no sentido de aumentar seus níveis de eficácia, eficiência e profissionalismo (TORRES, 2004, p. 150), estendendo este cenário até a gestão militar.

Destaca-se, ainda, que o processo de descentralização, inaugurado por Getúlio Vargas, voltaria ao enfoque no período ditatorial militar, conforme os direcionamentos de planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competências e controle, encartados no DL 200/67. Consolida-se, com este ato normativo, a atual concepção de Administração Indireta, configurada pelas autarquias, fundações autárquicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, dotando a máquina pública de um extenso parque produtivo capaz de se inserir nas condições mais competitivas do capitalismo mundial.

Advém, paradoxalmente às finalidades pretendidas com o DL 200/67, que a idoneidade do controle administrativo foi sobrecarregada pelo crescimento desordenado da administração indireta, inviabilizando instrumentos de coordenação e culminando nas grandes privatizações ocorridas na última década do Século XX. Cumulado, a racionalidade e o profissionalismo desejados foram perdendo força em virtude da queima de capital político dos militares, em especial no tocante à governabilidade, razão pela qual determinadas práticas patrimonialistas surgiram como meios de manutenção da governabilidade.

No último quarto do século XX, no entanto, fatores como a alta do petróleo, a crise fiscal e, especificamente no Brasil, a politização da burocracia⁷, consistente na nomeação de agentes de partidos políticos em cargos de livre provimento, dando ensejo ao processo de engajamento e atuação da burocracia em temas políticos definidos como prioritários na agenda governamental (PALUDO, 2020), põe fim ao modelo burocrático, tendo em vista a inadequação que foi se tornando cada vez mais evidente, na medida em que o Estado expandia as suas funções econômicas e sociais, passando a assumir o papel de provedor de direitos fundamentais de segunda geração (ALBUQUERQUE, 2006).

Objetivando introduzir cultura e técnicas gerenciais modernas oriundas da iniciativa privada, emerge, nesse contexto, o modelo gerencial de Administração Pública, conservando os princípios de admissão segundo critérios de mérito, existência de sistema estruturado. Este regime tem como finalidades a definição objetiva de metas e a mensuração de resultados e a responsabilidade do Gestor, esta entendida como o dever de prestação de contas ao órgão controlador.

7 - Ressalta-se que no Brasil ocorre o fenômeno do “engolfamento social reverso”, isto é, ao invés da burocracia extrapolar sua área de atuação e adentrar no mundo político, resta evidente o contrário: a política extrapola sua área, interferindo na tomada de decisões administrativas.

No Brasil, após o novo desenho institucional consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Plano Diretor de Reforma de Aparelho do Estado – PDRAE (1995) –, reconheceu expressamente a essencialidade dos sistemas de gestão pública e dos indicadores de desempenho para a viabilidade do modelo de gerencialismo por resultados. Todavia, foram ínfimos os avanços obtidos com vistas a conferir responsabilidades aos gestores frente a metas de desempenho. Albuquerque (2006) elenca, como uns dos principais problemas, a ausência de arranjos institucionais que favoreçam o desempenho dos programas e as resistências ao processo de implementação de uma cultura baseada em desempenho, orientada em indicadores de resultados, resistência oriunda do patrimonialismo ainda prevalente⁸. Nos termos do PDRAE (1995, p. 66)

A transição para uma administração pública gerencial só será possível se, ao mesmo tempo que se aprovam as mudanças legais, vá mudando a cultura administrativa do país. Esta cultura, fortemente marcada pelo patrimonialismo recente, tem ainda um forte caráter burocrático, pois parte de uma desconfiança fundamental na possibilidade de cooperação e de ação coletiva. Os indivíduos são vistos como essencialmente egoístas e aéticos, de forma que só o controle *a priori*, passo a passo, dos processos administrativos permitirá a proteção da coisa pública. A mudança para uma cultura gerencial é uma mudança de qualidade. Não se parte para o oposto, para uma confiança ingênua na humanidade. O que se pretende é apenas dar um voto de confiança provisório aos administradores, e controlar *a posteriori* os resultados.

Desta forma, medidas como o estabelecimento de pressupostos para o exercício de cargo de direção e assessoramento superior, a previsão de contrato de gestão direcionado aos órgãos e entidades da administração direta e indireta, participação do usuário na administração pública mediante controle social, controle a posteriori dos resultados e na competição administrada, transferência das ações de caráter local para os Estados e Municípios não obtiveram êxito concernente ao aumento de efetividade e eficiência. Como fundamentos precípuos das infrutíferas previsões, tem-se a persistência da cultura burocrática em meio às práticas patrimonialistas e profundo déficit de desempenho em termos de qualidade na prestação de serviços públicos. Conforme mencionado por Torres (2004):

A verdade é que nem mesmo o modelo burocrático foi plenamente implantado no Estado brasileiro, que permanece sendo administrado através de práticas que desconhecem ou ignoram os princípios da impessoalidade, publicidade, especialização, profissionalismo, etc.

Sendo assim, conclui-se que, a despeito dos projetos acostados ao Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, bem como as disposições normativas da Emenda Constitucional n. 19 de 1998, a fim de transmutar os modelos teóricos administrativos, visualiza-se, por outro lado, o grande esforço de um grupo aristocrático na manutenção do estado patrimonialista até os dias contemporâneos, realizando verdadeira confusão patrimonial entre os recursos privados e públicos, cumulados com o sistema burocrático exacerbado. Por conseguinte, cria-se verdadeiro entrave para a implementação e fiscalização das políticas públicas, na medida em que as práticas não apenas atingem a cúpula diretiva do Estado, mas, ainda, o arranjo institucional instrumentalizado para fins de persecução do interesse público.

8 - Importante contrastar a temática com a PEC 32/2020, do Poder Executivo, que propõe a eliminação das restrições atualmente existentes à ocupação de cargos em comissão e funções de confiança, permitindo sua ocupação, sem limites, por pessoas que não possuam vínculos funcionais com a Administração Pública, contrapondo-se ao elencado pela EC 19/98 (conhecida como Reforma Administrativa), que estabeleceu no art. 37, V, CRFB, os pressupostos como combate à captura do Estado por interesses privados.

2. DO ENFOQUE INSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

À luz do art. 174 da Constituição da República de 1988, o Estado exercerá funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, estando certo que o planejamento estatal também insere a adequada programação das políticas públicas e seus impactos econômicos, políticos e sociais. Haja vista o preceito constitucional, o modelo de planejamento materializado visa a instituição de um sistema de planejamento com participação do Poder Legislativo e vinculação do plano ao orçamento e aos fins enunciados no texto constitucional, sob a ótica dirigente e pragmática (BERCOVICI, 2006).

Sem embargo da Constituição disciplinar a ordem social e a ordem econômica em títulos diversos, necessário observar os efeitos desta naquela vertente, “até porque uma política econômica que promova desenvolvimento deve se voltar à modificação do padrão de vida das pessoas” (NOHARA, 2020, p. 610).

Com vistas a concretizar direitos por meio de prestações positivas, o Poder Público coordena um planejamento, isto é, “racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural” (BERCOVICI, 2006). Sendo assim, o planejamento se apresenta como uma visão de futuro e, com isso, o Estado determina sua vontade, por meio de medidas convergentes. Em contrapartida, o plano seria a forma na qual a Administração instrumentalizaria suas idealizações, constituindo verdadeiro ato de direção política.

Insta ressaltar que, por ser ato de Estado, tanto o planejamento quanto o plano devem estar inspirados ou fundamentados no texto constitucional, não encontrando fundamento, por exemplo, um plano de desequilíbrio ambiental e desmatamento em massa a título de incentivo ao aumento de produção em favor do exportador rural. A subsunção do fato à norma deixou de ser vista sob um enfeixe meramente formal, concepção trazida pelo modelo burocrático que consubstanciava o princípio da legalidade em seu sentido tradicional. Sob fundamento do Estado Social de Direito, passa a ser perquirida a ideia de legalidade substancial, “o que pressupõe um juízo de valoração da essência do ato, com sua consequente legitimação” (GARCIA; ALVES; 2017, p. 108). Fala-se em princípio da juridicidade, importante égide direcionada ao administrador público, assim como aos agentes públicos, em contraste com o princípio da autonomia dos gestores, considerando a inevitável supressão de sua discricionariedade.

Frisada esta premissa, salienta-se que o Estado é o principal articulador das políticas públicas de desenvolvimento, sendo estas oriundas de complexa interação de fatores políticos, econômicos e ideológicos. Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 241) as define como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

De maneira preliminar, para fins de compreensão geral acerca da enunciação das prioridades governamentais e o planejamento das políticas públicas, perfaz-se imprescindível a análise destas em seu plano macro institucional, englobando Estado, governo e Administração Pública. Isto é “a relação entre a política como força originária, que se exterioriza no governo, e sua forma institucionalizada, que se reconhece no Estado, com suas estruturas e funcionalidades” (BUCCI, 2013, p. 37).

O governo, conquanto ostente a característica de transitoriedade, figura como norteador do Estado, expressando suas prioridades e, por intermédio da política, perseguindo a consecução de seus interesses. Como não bastasse, na persecução de seu interesse, influenciam e determinam a conformação jurídico-institucional do exercício do poder (BUCCI, 2013).

A especificidade da noção de governo aparece com mais nitidez no plano de cada ordem jurídica positiva, com contornos próprios, a partir de atribuições específicas que o distinguem também da Administração Pública, que lhe incumbe dirigir (BUCCI, 2013). No plano nacional, tratando-se de regime de governo típico – presidencialismo de coalizão – a separação de atribuições fica ainda mais nítida.

Visualiza-se, em um primeiro momento, que o cenário brasileiro não exprime baixos níveis de governabilidade, porquanto dotado de legitimidade democrática, bem como conciliador e articulador de diversos interesses, ainda que transparentes o clientelismo e o corporativismo para o atingimento desse instituto. Essa foi a conclusão do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (1995), aduzindo que:

O governo brasileiro não carece de governabilidade, ou seja, de poder para governar, dada sua legitimidade democrática e o apoio com que conta na sociedade civil. Enfrenta, entretanto, um problema de governança, na medida em que sua capacidade de implementar as políticas públicas é limitada pela rigidez e ineficiência da máquina administrativa.

Nesta senda, consigne-se que a bibliografia especializada diverge em parte desta conclusão, contrapondo-se no sentido de que as medidas realizadas para o alcance de um alto nível de governabilidade, comprometem, por sua vez, a engenharia institucional, notadamente em virtude do clientelismo predominante no cenário político pátrio. Torres (2004) destaca que cargos de autarquias e fundações como INCRA, FNDE, respectivamente, assim como de bancos de fomento, tendo como exemplo Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, BNDES, entre outros órgãos, são alvos preferenciais para contemplar e viabilizar o apoio da base de sustentação política do Poder Executivo. Em seguida, conclui (2004, p. 125):

Nesse contexto de intensa e irresponsabilidade exposição da barganha política, a administração pública brasileira tem sido nefastamente utilizada para a garantia de níveis elevados de governabilidade da coalização política governante. Com tantos constrangimentos institucionais, a burocracia pública tornou-se crescentemente inoperante, desmotivada e sucateada, com seus servidores mais comprometidos observando, consternados e perplexos, essa excessiva politização.

Sendo assim, verifica-se que em função da politização dos órgãos responsáveis pela implementação e fiscalização interna das políticas públicas, mesmo após as Reformas Administrativas ocorridas na última década do Século XX, a corrupção e a ineficiência encontram solo fértil para reproduzir.

Superada essa propedêutica do plano *macro*, ato seguinte, conceitua-se plano *meso* institucional como os arranjos institucionais da política pública na sua forma exterior, ou seja, conjunto de elementos, iniciativas e normas que compõem o programa de ação governamental devidamente estruturado. Tem-se, como sentido notável, a iniciativa de organizar a ação em sua dimensão objetiva e ao mesmo tempo definir papéis a cada um dos envolvidos na ação, constituindo direitos e deveres estabilizados por força de normas e estruturas jurídicas (BUCCI, 2013, p. 205-206).

Destaque-se, inicialmente, que o referenciado conceito se associa com a governança pública, compreendida como a capacidade de governar, decidir e implementar políticas públicas que atendam às necessidades da população, preservando o equilíbrio de poder e interesses entre governo, Administração Pública e sociedade e cidadãos (PALUDO, 2020). Na concepção do Tribunal de Contas da União, através de seu Referencial Básico de Governança (2014), a governança no setor público pode ser definida como um conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, a fim de conduzir as políticas públicas e prestar serviços de interesse da sociedade.

Ato contínuo, as políticas públicas materializam-se em arranjos de normas, envolvendo competências públicas em função de um objetivo comum (BUCCI, 2013). Nessa esteira, o art. 37, caput, da Carta Magna enuncia como um dos princípios basilares da Administração Pública a legalidade⁹, que aduz, em suma, que a administração é permitida atuar apenas dentro dos limites permitidos da lei (NOHARA, 2020, p. 68). Ou seja, todo programa de ação governamental se estrutura sobre uma base legal. O efeito deste preceito é o aumento de sua densidade institucional, considerando que a consagração do programa em lei significa atribuir à ação vocação de permanência, deixando a sua aplicação de depender da vontade dos ocupantes do Poder Executivo responsáveis pela formulação da política pública (BUCCI, 2013).

Com efeito, a institucionalização é a objetivação por meio da organização jurídica, como conjunto de estruturas jurídicas que produz a reiteração de determinados comportamentos. No que tange ao ato de institucionalizar, este seria a ação governamental que atua como fator de unidade de vários centros de competência em articulação, visando a ideia-diretriz, compreendida como plano de ação. Alfim, arranjo institucional teoriza o agregado de disposições em torno da ação governamental em sua expressão exterior, com um sentido sistemático. Outra conclusão não se retira: “política pública é a composição de um conjunto de normas, órgãos, valores, interesses, orientado à implementação de uma mudança estratégica” (BUCCI, 2013, p. 238).

Constata-se, assim, que a política pública não pode ser visualizada como preceito normativo isolado emanado pelo governo (plano macro institucional), mas, sim, como norma individualizada constante em um ordenamento dotado de mecanismos aptos a produzi-la, modificá-la e aplicá-la.

Por consectário, deve-se compreender que as instituições já estavam configuradas antes mesmos de determinado preceito normativo (*policies*) se inserir no ordenamento. Um exemplo que se enquadra ao contexto teórico mencionado são as práticas patrimonialistas somadas a um modelo burocrático ulterior à Reforma Gerencial. Ora, as instituições, dificilmente redutíveis a elementos puramente objetivos, contêm idiosincrasias e vícios consagrados pelo “costume social”.

Sob o prisma do regime de efeitos, à luz, também, do modelo Gerencial de Administração Pública, a política pública deve ser considerada o arranjo institucional hábil a produzir um encadeamento de ações, isto é, produção direta de efeitos sobre outras relações jurídicas, ou que geram os pressupostos para a produção dessas novas relações. Considerando o aspecto dinâmico das *policies*, consistente no arranjo institucional em funcionamento, e produzindo efetividade

9 - Deve-se ler “legalidade substancial”, nos termos da conceituação alhures.

jurídica, revela-se uma sucessão de atos encadeados ou combinados, cujos nexos são efeitos com significado jurídico e social particular (BUCCI, 2013).

No entanto, como reflexo do engolfamento social e da politização da burocracia¹⁰, a estrutura do Estado brasileiro é conflitante e, diversas vezes, configura-se como seu próprio óbice ao desenvolvimento. “Cada órgão administrativo é representante de interesses políticos distintos, com forças relativas diferenciadas a cada momento” (BERCOVICI, 2006, p. 11). Por conseguinte, resta transparente a ausência da substância necessária ao pleno andamento da Administração, qual seja, a unidade desta. Fala-se, em âmbito acadêmico, sobre uma reestruturação da Administração Pública, com vistas à implementação de políticas públicas, todavia, percebe-se que, mais do que uma questão gerencial, cinge-se o problema a uma questão política, de responsabilidade dos Gestores.

De toda sorte, quem recebe a competência por esse arranjo institucional, por ele deve responder, assim como pelos atos que de sua decisão são desencadeados. Aqui, quando se fala em responsabilidade, deve-se pensar na combinação de atribuições com os meios necessários para sua execução (BUCCI, 2013, p. 272). Sendo assim, sob o ângulo da *accountability*, definida por Araújo (2008) como o dever de prestação de contas (atos) ao Órgão Fiscalizador, a responsabilidade deve estar presente, de forma a dar autonomia gerencial ao Gestor, em contraponto à impessoalidade “burocrática”.

No entanto, como supramencionado, a característica diferenciadora entre os modelos burocrático e gerencial é a forma de controle, de modo que em um contexto de inefetividade jurídica reiterada, os órgãos de controle administrativo, principalmente os órgão de controle externo, provenientes do modelo burocrático inaugurado com a Constituição Federal de 1988, seriam as instituições responsáveis pela reparação procedimental e patrimonial da Administração Pública, restabelecendo a autoridade em um contexto de descumprimento.

3. O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O Poder Legislativo tem por atribuições típicas legislar e, sob fundamento dos *checks and balances*, fiscalizar o Poder Executivo. Em especial à temática tratada no presente estudo, o Poder Legislativo realiza, com o auxílio das Cortes de Contas, controle financeiro, isto é:

Aquele relacionado com a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da Administração Pública direta e indireta, ou de qualquer pessoa física ou jurídica que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos (NOHARRA, 2020, p. 969).

Em relação à natureza do controle financeiro externo pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas, André Silva Gomes (2017) defende que, ao invés de se apontar uma separação entre o controle técnico (TCU) e o controle político (Congresso Nacional), parece ser mais condizente a constatação de que tanto o Poder Legislativo quanto os Tribunais exercem um controle misto.

10 - Aqui se reforça a ideia de que a Administração Pública gerencial, ainda que adotada no Brasil após as reformas ocorridas entre 1995 e 2002, está apoiada no modelo burocrático, de forma a permitir falar, bem como constatar, os referidos institutos.

A partir de análise das competências, bem como da natureza de seu controle, aponta-se que “a Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil previu também instituições que asseguram os direitos fundamentais declarados em seu texto magno” (LYRA, 2017, p. 331).

Sendo assim, ante gigantesca demanda por uma efetiva implementação daqueles direitos fundamentais, mas ainda carente de efetiva execução, ou seja, direito formalmente assegurado e não usufruído materialmente, os Tribunais de Contas têm um papel fundamental a exercer. Sob a primazia de que qualquer tentativa de implementação de direitos demanda gastos públicos a serem aplicados, cujos Gestores devem prestar contas àquelas Cortes, cabe a estas analisar e julgar as tais, assim como fiscalizar as políticas públicas, vislumbrando sua efetividade. Seguindo no debate, Lorena Lyra (2017, p. 333) conclui:

Assim, qualquer tipo de política pública, seja para a implementação de direitos fundamentais de primeira, segunda ou terceira gerações, todas elas demandarão direta ou indiretamente investimento de recursos públicos, o que, conseqüentemente, atrai a competência constitucional dos Tribunais de Contas para a fiscalização de tais políticas públicas.

Partindo da Reforma Gerencial e a forma de controle, o grande pilar daquela foi a viabilização da prestação eficiente de serviços públicos essenciais, cuja demanda fora intensificada após o período ditatorial. Diante deste novo modelo, seria imprescindível responder por resultados concretos, baseando-se em competição administrada por excelência. Ascendendo em relevância, a aferição de resultados dos atos administrativos, em especial de políticas públicas, demonstra a possibilidade de responsabilização do Poder Público, sob a ótica de cumprimento de anseios sociais (PASSOS, 2019).

Desta forma, conforme Arantes, Loreiro, Couto e Teixeira (2010, p. 110), o controle seria:

Um ato, ou momento político central de um ciclo mais amplo da representação política, que se inicia no momento eleitoral e se estende durante o mandato do agente político. De modo geral, espera-se que nas democracias a conduta dos agentes públicos e os resultados de suas políticas sejam passíveis de verificação.

Todavia, como resquício do modelo burocrático, difundido no século XX, o controle procedimental e formalista dos atos públicos é largamente adotado como meio de fiscalização, sequer sendo abordados nos atos de fiscalização a seara da efetividade e eficiência, restringindo-se ao cumprimento de regulamentações e exigências, muitas vezes supérfluas e irrelevantes à garantia do gasto público qualitativo.

De acordo com o constituinte originário, a atribuição deste controle tange ao Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, devendo fiscalizar não apenas do ponto de vista legal e procedimental, mas também em relação aos resultados e efeitos, o que se efetiva através de variados mecanismos de fiscalização, entre eles as auditorias operacionais. Ou seja, a lógica difundida, após a Reforma de 1995, deixa de ser o controle de procedimentos (ou de meios) para ser pautada pelo controle de resultados, buscando a máxima eficiência possível (BERCOVICI, 2006).

Contudo, é possível concluir que os Tribunais de Contas nacionais possuem importante função social, haja vista o auxílio aos órgãos responsáveis pela implementação das políticas públicas e execução dos programas governamentais, bem como a defesa do patrimônio público, dos

valores sociais, por intermédio de mecanismos que procuram incrementar a transparência na gestão, combater o desperdício e a corrupção (CHADID, 2018). E prossegue este autor (p. 207)

Nesse ponto, a função social dos Tribunais de Contas somente se concretiza quando do cumprimento de suas competências na busca pela aplicação de todos os princípios inerentes à Administração Pública. A verificação dos aspectos meramente legais e formais deixaram de ser a sua razão de existir dos Tribunais de Contas, cabendo-lhe transformar a previsão constitucional do princípio da eficiência, de uma categoria teórica para uma pragmática e concreta.

Os Tribunais de Contas, muito além de somente exercerem um controle externo técnico-político, à luz do modelo burocrático, são responsáveis por compreender e controlar a eficiência dos atos de Administração Pública e, por consectário, da eficiência na implementação, manutenção e desenvolvimento das políticas públicas, devendo levar à satisfação das necessidades da população.

Buscando a transmutação deste paradigma, constata-se que o legislador ordinário, por intermédio da Lei nº 14.133/21, intitulada Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, conquanto tímido, estabelece previsões normativas com vistas à busca de maior eficiência, eficácia e economicidade, precipuamente no que concerne ao controle administrativo.

A despeito do inicial conteúdo densamente principiológico, conforme verifica-se no art. 5º da Lei nº 14.133/2021, no qual o legislador reiterou determinados princípios previstos na Carta da República, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência; outros se tratam de transposição do campo *implícito* ao *explícito*, enquanto os restantes, como princípio da segregação de funções, do julgamento objetivo e do desenvolvimento nacional sustentável, consubstanciam novas balizas interpretativas no que diz respeito a licitações e contratos.

A rigor, imperioso interpretar estes, em especial, perquirindo o alcance dos melhores resultados na execução de políticas públicas – e na prestação dos serviços públicos e atividades econômicas estatais, imprescindíveis instrumentos à realização das políticas públicas –, tendo como escopo a garantia de um resultado satisfatório. Esta interpretação deve, de igual forma, ser estendida ao controle administrativo realizado em seu entorno, que quando avalia a conduta dos controlados, deve ter em vista a finalidade pública almejada; “e que, intrinsecamente, também deve se circunscrever à sua própria finalidade”, que consiste em prevenir ou reprimir a prática de atos incompatíveis com essa finalidade pública e com normas jurídicas que compõe o ordenamento (MADUREIRA, 2021, p. 57).

No que se refere aos três princípios inovadores mencionados algures, denota-se atenção singular aos princípios da segregação de funções e do desenvolvimento nacional sustentável, em virtude de suas implicações no planejamento e na finalidade do pacto, respectivamente.

Aquele, conforme conceituação de Eduardo de Carvalho Rêgo (2021, p. 25), “indica que as licitações não são conduzidas de forma centralizada, por apenas uma autoridade que identifica a necessidade de licitação, elabora o edital e julga as propostas apresentadas selecionando a mais vantajosa”.

Apesar de ser princípio adotado há bastante tempo no âmbito dos órgãos de controle in-



terno da Administração Pública (CARVALHO, 2021), no novo diploma legislativo das licitações e contratos administrativos, sobressai do campo principiológico e assume caráter normativo, precipuamente no art. 7º, senão veja-se:

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

§ 1º A autoridade referida no caput deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

§ 2º O disposto no caput e no § 1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.

Sob o prisma da segregação de funções, viável é a conclusão da excepcionalidade do uso de agentes comissionados ou temporários para a atuação em processos que tangem às licitações e contratos administrativos. Nos termos do elencado em seu caput, considerando que os incisos seguintes se tratam de requisitos, bem como em razão do termo “preferencialmente”, adotado no inciso I do art. 7º, é possível concluir que se trata de verdadeira escala de escolha realizada pelo legislador ordinário.

Denota-se, ainda, verdadeiro cunho administrativo-gerencial, na medida em que busca a profissionalização dos agentes públicos responsáveis pelas licitações e contratações aperfeiçoadas no âmbito das repartições públicas, tendo como finalidade evitar a ocorrência de equívocos, fraudes e utilização irregular de recursos públicos. Madureira (2021), apoiador da proposta interpretativa, ratifica estes argumentos, mencionando que sua incidência poderá, inclusive, resultar em modificação contundente na relação entre controladores e controlados, estabelecendo mútuo controle sobre os atos que praticarem, de forma que os controlados passarão a ser vistos não mais como adversários, mas como colaboradores no exercício de suas funções institucionais, uma das principais dificuldades na vigência do anterior regime normativo.

Por outro lado, no que se refere ao princípio do desenvolvimento sustentável, destaque-se seu escopo qualitativo, isto é, ligado à ideia de que é possível, por meio do procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente, bem como contribuir para a qualidade de vida

das gerações presentes, sem a supressão do bem-estar das gerações futuras. Na visão de Claudio Madureira (2021, p. 67):

Esse princípio, embora não afete primariamente a atividade de controle, merece especial atenção dos controladores, porque da sua inobservância pela Administração pode resultar prejuízo à eficiência e à eficácia das suas licitações/contratações, com conseqüente contrariedade aos princípios que lhes são correspondentes (eficiência e eficácia), ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável e (porque o legislador impõe aos agentes estatais que os observem) ao próprio princípio da legalidade.

Já em contexto de controle das licitações, precipuamente nas que destinam-se à aplicação de recursos públicos em áreas sociais vitais, a Lei nº 14.133/2021 inaugura paradigma no que se refere ao controle administrativo, especialmente quanto ao controle externo, isto é, na medida em que tenta superar o controle procedimental-legal, de essência *a posteriori* consagrada pela Reforma do Aparelho de Estado (1995), que muitas vezes culminava em mero cumprimento tardio de formalidade pelo órgão controlador.

De acordo com a nova lei de licitações e contratos, as contratações públicas serão submetidas a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, por intermédio das três linhas de defesa, consoante art. 169 da Lei nº 14.133/21. Com isso, o controle posterior, certificado pela ineficiência e a alta carga de processos, dos quais resultam, em grande medida, no controle realizado anos depois da execução contratual, não alcançando qualquer benefício ou aperfeiçoamento às contratações públicas, abre espaço aos controles concomitante e preventivo, caracterizados pela proximidade do órgão controlador com os controlados, de forma que, mediante outras competências, como solicitação para exame, os documentos de natureza contábil, financeira, orçamentária destas entidades poderão recomendar medidas que visem o alcance do melhor resultado contratual, sem prejuízo da autonomia dos gestores.

Ratificando esta interpretação, a despeito do controle preventivo estar preferencialmente voltado aos órgãos de governança interna e assessoramento jurídico, como a Advocacia Pública, sem prejuízo de eventuais medidas preventivas na alçada dos órgãos de controle externo, como sustação de execução de ato impugnado (art. 71, X, CRFB) ou suspensão cautelar do procedimento licitatório (art. 171, §1º, Lei nº 14.133/21), merecem destaque os incisos I e II do §3º do art. 169 da Lei nº 14.133/21:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

§ 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

§ 2º Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.

§ 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte:

I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;

II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

Frise-se, ainda, que além da fixação de um controle externo caracterizado pela prevenção, concomitância e tempestividade, o legislador adota, de igual maneira, critérios de seletividade, como oportunidade, materialidade, relevância e risco, de forma que “as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução do processo e não poderão ser desentranhadas dos autos”, conforme disposto no art. 170 do Diploma legislativo em debate.

Visualiza-se, destarte, que o legislador objetiva um controle externo mais próximo aos atos que ensejam sua fiscalização, bem como a superação de um paradigma procedimental-legal, de forma que, assim, os Tribunais de Contas, em especial, consigam, com os mecanismos que lhes foram atribuídos, cumprir sua função social como originariamente previsto pelo constituinte, isto é, reconhecendo e prevenindo o malbaratamento com os recursos públicos, prestigiando os princípios da economicidade, da eficácia, da eficiência e da efetividade.

Pelo exposto, imperioso consignar que as Cortes de Contas devem atuar por meio de mecanismos de fiscalização que, mormente, através das auditorias operacionais, ao avaliar as políticas públicas se utilizando como parâmetros diversos critérios de desempenho, possibilitem melhorias na qualidade e na execução das políticas públicas, o que direta ou indiretamente influencia no avanço de implementação dos direitos fundamentais já amplamente declarados pela CRFB.



4. DA AUDITORIA OPERACIONAL

A auditoria é um procedimento de fiscalização utilizado para obter dados de natureza contábil, financeira, orçamentária, patrimonial, podendo, ainda, ser utilizada para avaliações operacionais dos órgãos e entidades jurisdicionais, e aferir resultados dos programas e projetos governamentais.

A Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), na medida em que estabelece diretrizes envolvendo a fiscalização do setor público, destaca que a auditoria do setor público é essencial, porquanto fornece aos órgãos de controle informações e avaliações independentes e objetivas acerca da gestão e do desempenho de políticas, programas e operações governamentais (ISSAI 100).

Na seara do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (art. 239 do RITCU), a auditoria é definida como instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: (I) examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; (II) avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados; (III) subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro. Ainda nesta senda, “a auditoria deve constar de plano específico, autorizado pelo Plenário em sessão reservada” (RIBEIRO, 2002, p. 83).

Concernente às auditorias operacionais, estas são mecanismos de fiscalização utilizados pelos Tribunais de Contas nacionais com vistas ao exame independente, objetivo e confiável que analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, e se há espaço para aperfeiçoamento da gestão pública (TCU, 2020). De acordo com a INTOSAI, o objetivo central das auditorias operacionais é promover, construtivamente, a governança econômica, efetiva e eficaz, contribuindo, assim, para a *accountability* e transparência.

Esta auditoria consiste, de forma procedimental, na análise e avaliação do desempenho de uma organização, objetivando formular recomendações concomitantes ao monitoramento, que contribuirão para melhorar os aspectos de economicidade, eficiência e eficácia (ARAÚJO, 2008, p. 31). E mais, a auditoria operacional configura-se como importante mecanismo de fiscalização da probidade administrativa, pois, além de analisar os aspectos de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, é medida inicial para constatação de danos ao erário.

Considerando, contudo, o campo de discricionariedade de que o administrador dispõe, o processo de auditoria operacional resulta em recomendações à entidade fiscalizada, voltadas ao aperfeiçoamento de suas ações (NETO, 2019). Transparecido o malbaratamento dos recursos públicos, entretanto, a auditoria operacional pode convergir para uma tomada de contas especial, fundamentando, eventualmente, uma sanção administrativa no âmbito da Corte de Contas e, como não bastasse, o ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa, com fundamento nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

A auditoria operacional se desdobra em cinco fases: seleção dos temas; planejamento da auditoria, identificando os aspectos estratégicos (objetos, objetivos e critérios) e operacionais

(cronograma, formato e procedimentos); execução da auditoria (levantamento de evidências) e sua avaliação conclusiva; elaboração do relatório, podendo incluir recomendações; e monitoramento das ações corretivas. É no âmbito de execução e avaliação que se encontram os aspectos fundamentais deste fascinante mecanismo, isto é, “a meta do objeto e as explicações para eventual discrepância entre a meta e a realidade” (PASSOS, 2019).

No que tange à fase de monitoramento das ações, insurge rico debate acerca do controle dos atos discricionários dos gestores. Conforme Regimento Interno do Tribunal de Contas da União:

Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal:

[...]

II – determinará a adoção de providências corretivas por parte do responsável ou de quem lhe haja sucedido quando verificadas tão somente falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de débito e o arquivamento ou apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das determinações;

III – recomendará a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações;

Em respeito à natureza discricionária dos atos de gestão, ou seja, “prerrogativa que tem a Administração Pública de optar, dentre duas ou mais soluções segundo critérios de conveniência e oportunidade, por aquela que melhor atenda o interesse público” (NOHARA, 2020, p. 217-218), as recomendações emanadas pela Corte não possuem natureza coercitiva. Salienta-se, no entanto, que tais recomendações detêm a possibilidade de convergir em determinações por ocasião do monitoramento, conforme item 63.2 da Portaria SEGECEX nº 27/2009, a qual instituiu o documento “Padrões de Monitoramento”: “63.2.nas situações que envolvam recomendações não implementadas, deve ser avaliada a conveniência e a oportunidade de converter as recomendações em determinações, fixando prazo para o cumprimento destas”.

Diante do cenário supra delineado, ainda que balizado pelos critérios de conveniência e oportunidade, o Gestor Público não só deve agir, como também demonstrar que está adotando o melhor caminho na persecução do interesse público, bem como, na iminência de impossibilidade, demonstrar quais óbices foram constatados, devendo traçar como meta a melhor atuação, sendo necessária encontrar uma solução ponderada quanto às consequências do seu agir (REIS, 2014).

Consoante este entendimento, cabe trazer ao debate o Acórdão 73/2014 – Plenário, que julgou o Monitoramento (TC 029.211/2010-7) acerca das deliberações proferidas na esfera do Acórdão 1562/2009. Neste, tratava-se de recomendações prolatadas pelo Tribunal à Secretaria Executiva do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (SE/MCTI) e, em ato seguinte, objetivou, por meio de monitoramento, verificar o grau de cumprimento, por parte do referido Ministério, das recomendações. A referida decisão foi prolatada como resultado do TC 026.668/2007-1, Relatório de Auditoria decorrente de solicitação do Senado Federal, em cujos autos foram verificadas e analisadas a estrutura do órgão e as ações internas voltadas para o controle dos recursos repassados por meio de transferências voluntárias, a existência de critérios objetivos para seleção

das entidades beneficiárias dos recursos e as providências adotadas para o cumprimento de determinações do TCU atinentes às transferências voluntárias.

Nos trabalhos realizados pela Auditoria, verificou-se que nenhuma das recomendações exaradas no subitem 9.2.1 do Acórdão 1562/2009 foi acolhida, sob fundamento de que seria uma espécie de comando sugestiva do Tribunal ao Gestor e, em respeito à discricionariedade administrativa, não se pode exigir seu atendimento por parte da Administração. Por esse motivo, não houve encaminhamento a ser sugerido para a situação, haja vista a equipe de Auditoria ter entendido indevido a exigência de atendimento de mera recomendação do TCU.

O Ministro-Relator, Augusto Sherman Cavalcanti, no voto relativo ao Acórdão 73/2014, criticou o posicionamento da equipe de auditoria, sob os seguintes fundamentos:

Portanto, a recomendação emanada do Tribunal tem como objetivo buscar o aprimoramento da gestão pública, sendo resultante de avaliação técnica fundada na perspectiva da missão constitucional do controle externo atribuída a esta Corte de Contas. A meu ver, trata-se de comando que vai ao encontro do princípio da eficiência, insculpido no art. 37 da Constituição Federal vigente. Não representa, por conseguinte, mera sugestão, cuja implementação é deixada ao alvedrio do gestor destinatário da medida. Se assim fosse, tornar-se-ia praticamente inócuo o monitoramento previsto no regimento deste Tribunal.

Por certo, a recomendação não traz em si a natureza coercitiva da determinação, a qual, via de regra, decorre da inobservância de normas ou princípios aplicáveis à Administração Pública. Ao passo que do gestor não é esperado outro proceder que não o cumprimento da determinação, em relação à recomendação já se admite uma certa flexibilidade na sua implementação. Assim, pode o administrador público atendê-la por meios diferentes daqueles recomendados, desde que se demonstre o atingimento dos mesmos objetivos, ou, até mesmo, deixar de cumpri-la em razão de circunstâncias específicas devidamente motivadas. A regra, entretanto, é a implementação da recomendação, razão por que deve ser monitorada.

Desta forma, o descumprimento de recomendação por parte de Órgão auditado deve ser devidamente fundamentado, de forma que o Gestor demonstre o porquê de estar adotando determinado comportamento e de que forma este ensejará maior resultado. A *contrario sensu*, se for constatada a não implementação imotivada das orientações, a Corte de Contas poderá transformar a recomendação em determinação, sob fundamento do item 63.2 da Portaria SEGECEX 27/2009.

Apesar das significantes qualidades do indigitado instituto em debate, no entanto, salienta-se que o atual modelo teórico de administração pública prejudica de forma substancial a sua disseminação como mecanismo de fiscalização. Albuquerque (2006) cita como exemplos a dificuldade de se estabelecer sintonia fina entre os processos orçamentários anuais e de planejamento plurianual e a falta de vinculação das dotações ao processo produtivo ou ao desempenho dos programas, visualizando a incoerência da caracterização pelo foco nos produtos dos orçamentos públicos.

A verdade é que a mentalidade cultural patrimonialista ou burocrata-formalista não parece ver com bons olhos as evoluções que as recomendações oriundas de auditorias operacionais costumam apontar. Há uma enorme resistência em aceitar que este mecanismo, ao lume de busca

de bons resultados, como preconiza o artigo 37, § 16, da Constituição, se introjetem em espaços de decisões administrativas que comumente eram exercidas com base em critérios patrimonialistas ou de mera formalidade burocrática, sendo muitas vezes ignorada ou menosprezada pelos órgãos e entes controlados, diminuindo o potencial mudancista que este tipo de controle permitirá realizar na busca de um Estado mais eficiente.

Verifica-se que um dos objetivos mais significativos da Reforma do Estado, qual seja, a alteração na lógica de atuação da Administração Pública deixar de ser o controle de procedimentos para ser pautada pelo controle de resultados, buscando a máxima eficiência possível. Vinte e cinco anos depois, ainda não foi alcançada, e o esvaziamento dos resultados de auditorias operacionais pela resistência cultural ao seu uso é um dos óbices mais formidáveis à evolução que se idealiza.

Dessa forma, a implementação das reformas na Administração Pública Federal do Brasil ainda não produziu os resultados anunciados, em especial quanto à criação de uma cultura baseada na flexibilidade, autonomia gerencial, descentralização administrativa e *accountability* de resultados, dificultando ou mesmo inviabilizando o uso desse nobre mecanismo.

5 CONCLUSÕES

Apesar dos avanços na primeira metade do século XX, de forma a burocratizar a Administração Pública nacional e a Reforma Administrativa, oriunda do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (1995), substancializada pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998, verifica-se que as práticas patrimonialistas seguem causando efeitos deletérios em âmbito de políticas prestacionais à sociedade.

O modelo administrativo teórico vigente não corresponde às aspirações sociais, em virtude do déficit de efetividade das normas jurídicas, considerando que, sem embargo do gerencialismo idealizado, tem-se um núcleo estratégico de Estado burocrático e ineficiente.

Como não bastasse, constata-se a imperfetividade das políticas governamentais intencionadas pelo Poder Público, haja vista sua dificuldade de institucionalização das ações, muitas vezes decorrentes de um arranjo institucional que não favorece o desempenho dos programas, alcançando, por conseguinte, a inidoneidade de institucionalizar a ideia-matriz governamental.

Nessa esteira, exsurge o papel dos Tribunais de Contas nacionais, dotados de competência para realizar fiscalização operacional de entes e órgãos federais e outros, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada poder. Com a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, percebe-se, ainda que timidamente, tentativa do legislador de transmutação da mentalidade gerencial na execução das despesas públicas, objetivando, com as alterações legislativas, um planejamento profissional e voltado ao âmbito qualitativo das licitações públicas e, no campo do controle, uma atuação voltada aos resultados e finalidades sociais.

A despeito da auditoria operacional se apresentar como elemento apto a mensurar os resultados obtidos pela Administração Pública, à luz da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, a eficácia e a disseminação do indigitado mecanismo resta dificultada, tendo em vista a ausência da filosofia de implementação de uma cultura orientada para desempenho com base em indicadores de resultado.



Os orçamentos, que em tese deveriam caracterizar-se pelo foco nos produtos, resultados e impactos da ação governamental, não vinculam as dotações ao processo produtivo ou ao desempenho dos programas. Os objetivos do governo são pouco claros porque os políticos assim o preferem, de forma que esclarecer os objetivos é gerencialmente correto, mas politicamente irracional ou indesejado.

Com isso, consigne-se o longo caminho a percorrer, objetivando, em síntese, a implementação majoritária de um modelo gerencial fundamentado em busca de resultados, bem como a estruturação de arranjos institucionais aptos a efetivar os direitos prestacionais e, como consequência lógica, uma maior utilização de mecanismos de mensuração de resultados, como a auditoria operacional, instrumento essencial para vencer os óbices culturais patrimonialistas e formalistas à busca de uma Administração Pública mais racional e eficiente.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Frederico de Freitas Tenório de. **A auditoria operacional e seus desafios: um estudo a partir da experiência do Tribunal de Contas da União**. 2006. Dissertação (Mestrado em Administração) – Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2006.

ARANTES, R. B.; LOUREIRO, M. R.; COUTO, C. G.; TEIXEIRA, M. A. Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, tribunais de contas, Judiciário e Ministério Público. In: LOUREIRO, M. R.; ABRUCIO, F. L.; PACHECO, R. S. V. M. (Org.). **Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

ARAUJO, Inaldo da Paixão Santos. **Introdução à auditoria operacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTENCOURT, Fernanda Moutinho Ramalho. A conquista do tempo presente: auditoria operacional e legitimidade das instituições de controle. **Revista TCU**, Brasília, v. 3, n. 76, p. 60-76, jul./set. 2005.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. **Manual de auditoria operacional**. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria-Geral de Controle Externo (SEGECEX), 2020.

BRASIL. **Padrões de Monitoramento**. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria Geral de Controle Externo (SEGECEX), 2009.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2021.

CASTRO, José Ricardo Parreira de. **Ativismo de contas**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

CENEVIVA, Ricardo. **Democracia, accountability e avaliação: a avaliação de políticas públicas como mecanismo de controle democrático**. 2005. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. 2005.

CHAHID, Ronaldo. A função social dos Tribunais de Contas no Brasil na ordem constitucional. 2018. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 193-221, 2018.

CUNHA, Carla Giane Soares da. **Avaliação de políticas públicas e programas governamentais: tendências recentes e experiências no Brasil**. Universidade Federal do Pará. Trabalho do curso “The Theory and Operation of a Modern National Economy”. Programa Minerva. George Washington University, 2006.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012.

FLEISCHMANN, Roberto Silveira. Auditoria operacional: uma nova classificação para os resultados de seus monitoramentos. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 53, n. 1, p. 23-44, dez. 2018.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. São Paulo, 2017.

GOMES, André Silva. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas: limites materiais de suas decisões e extensão de suas atribuições constitucionais. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 86-124, 2017.

IBRAHIM, Emil Leite; PESSANHA, José Francisco Moreira; ALVES, Francisco José dos Santos. Contribuição das Auditorias Operacionais para a accountability de resultados na administração pública. **Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ (online)**, v. 24, n. 2, p. 90-117, maio/ago. 2019.

LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho; MORAES, Tiago Cacique. Democratização e reforma do Estado: o desenvolvimento institucional dos tribunais de contas no Brasil recente. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 4, p. 739-772, ago. 2009.

LYRA, Lorena. Proteção dos direitos fundamentais pelos Tribunais de Contas. **Revista Controle - Doutrina e Artigos**, v. 15, n. 2, p. 320-343, 18 maio 2018.

MADUREIRA, Claudio. **Licitações, contratos e controle administrativo**: descrição sistemática da Lei nº 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MILIS, Volney da Silva. **Tribunal de Contas**: eficácia operacional diante do fortalecimento crescente do Poder Executivo. 1981. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 1981.

NETO, Giuseppe Giamundo. **As garantias do processo nos Tribunais de Contas da União**: princípios constitucionais, Código de Processo Civil/2015 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NOBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 26, p. 1-10, abr./maio/jun. 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2020.

OLIVEIRA, Alden Mangueira de. **Governança no setor público sob o prisma do controle externo**: a experiência do Tribunal de Contas (TCU) na avaliação das políticas públicas e na indução do seu aperfeiçoamento como alavanca ao Desenvolvimento Nacional. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Atos Estudos de Política e Estratégia) – Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra, Rio de Janeiro. 2015.

PALUDO, Augustinho Vicente. **Administração pública**. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____; PROCOPIUCK, Mario. **Planejamento governamental**: referencial teórico, conceitual e prático. São Paulo: Atlas, 2014.

PASSOS, Carolina Ferraz. **Mensuração de resultado**: auditorias operacionais no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. 2019. Dissertação (Mestrado em Gestão e Políticas Públicas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.

RÊGO, Eduardo de Carvalho. Princípios Jurídicos previstos no Projeto da Nova Lei de Licitações. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.). **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. Curitiba: Zênite, 2020.



REIS, Fernando Simões dos. **Novas perspectivas para o controle da discricionariedade administrativa pelo TCU em Auditoria Operacionais**. 2014. Monografia (Bacharel em Direito) – Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O direito nas políticas públicas: o déficit de efetividade dos direitos é um problema normativo ou institucional? In: CALHÃO, Antonio Ernani Pedroso; MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá (Org.). **Direitos humanos e democracia: estudos em homenagem ao Professor Vital Moreira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

WEBER, Max. **Sociologia e burocracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.



Anafe

Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais

 anafenacional.org.br

 (61) 3326-1729

 anafe.org.br

 @ANAFENACIONAL

 @anafenacional

 SHIS QL 24, Conjunto 3,
Casa 1, Lago Sul - Brasília/DF