AGU

volume 20 nº 04- Brasília-DF, out./dez. 2021

http://seer.agu.gov.br

Revista da AGU	Brasília	v. 20	nº 04	p. 1-268	out./dez. 2021
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil. e-mail: eagu.avaliaeditorial@agu.go.br © Advocacia-Geral da União - AGU – 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Bruno Bianco Leal

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Adler Anaximandro de Cruz e Alves

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Adler Anaximandro de Cruz e Alves Secretário-Geral de Consultoria Vinícius Torquetti Domingos Rocha Procurador-Geral da União Arthur Cerqueira Valério Consultor-Geral da União Ávio Kalatzis de Britto Procurador-Geral Federal Izabel Vinchon Nogueira de Andrade Secretária-Geral de Contencioso Edimar Fernandes de Oliveira Corregedor-Geral da Advocacia da União Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União Danilo Barbosa de Sant'Anna Francis Christian Alves Scherer Bicca Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'Anna Diretor
Andrea Maria Nogueira Cajueiro Zanon Coordenadora-Geral de Ensino
Stella Arruda Mota Coordenadora de Pós-Graduação

ABNT(adaptação)/Diagramação: Walbert Kuhne
Capa: Walbert Kuhne

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU/ Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. – Brasília : EAGU, 2002.

v.; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes

Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da AGU : Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da AGU (2008-).

A partir de 2015 houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN -L 1981-2035 (versão impressa)

ISSN 2525-328x (versão online)

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05 CDU 342(05)

EDITOR-CHEFE

DANILO BARBOSA DE SANT'ANNA

Diretor da Escola da AGU, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado da União.

VICE-EDITOR

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO

Responsável pela Coordenação dos Cursos de Pós-Graduação e Grupos de Pesquisa na Escola da Advocacia-Geral da União.

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado da União

EDITOR ASSISTENTE

Allan Tavares

INDEXAÇÃO EM:

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

LATINDEX - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

ACADEMIA.EDU - ferramenta (rede social Acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

GOOGLE ACADÊMICO - Permite a pesquisa de assuntos de diversas disciplinas em diversas fontes, num só site.

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

 $OASISBR-Acesso\ gratuito\ à\ produção\ científica\ de\ autores\ vinculados\ a\ universidades\ e\ institutos\ de\ pesquisa\ brasileiros.$

CONSELHO EDITORIAL

INTERNACIONAIS

CARLA AMADO GOMES (UNIVERSIDADE DE LISBOA, PORTUGAL)

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Lecciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

JOSÉ ALEXANDRE GUIMARÃES DE SOUSA PINHEIRO (UNIVERSIDADE DE LISBOA, PORTUGAL)

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Ciência Jurídico-Política pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA (UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPANHA)

Professor Títular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO (UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPANHA)

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

NACIONAIS

REGIÃO NORTE

EDSON DAMAS DA SILVEIRA (UEA/UFRR/PR)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontificia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO (CESUPA)

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

REGIÃO NORDESTE

MONICA TERESA COSTA SOUSA (UFMA)

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA (UNIFOR/CE)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA (UFPE)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

ARTUR STAMFORD DA SILVA (UFPE)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibàñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO (UFBA)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justica do Estado da Bahia.

FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR (UFBA)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontificia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Foi Procurador da República.

REGIÃO CENTRO-OESTE

JEFFERSON CARÚS GUEDES (UNICEUB/DF)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UniCEUB). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY (AGU/UNICEUB/DF)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UniCEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB. Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro da Advocacia-Geral da União.

MARCELO DA COSTA PINTO NEVES (UNB/DF)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUDESTE

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito Econômico (USP). Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM (PUC/SP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUL

LÊNIO STRECK (UNISINOS/SC)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União.

REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutora em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

PARECERISTAS

ANDRESSA CATTAFESTA DE OLIVEIRA – AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO - ANM

Mestrado em Gestão Pública e formação em Direito Público com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior. Analista Administrativo na Agência Nacional de Mineração – ANM.

CLAUDIA RIBEIRO PEREIRA NUNES – UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS

Doutorado em Direito. Mestrado em Direito das Relações Econômicas. Atualmente, é tirocinio post-dottorato internazionale in New Technologies and Law. Visiting Fellow em Yale University e Investigadora na Universidad Complutense de Madrid. CEO da Sociedade Científica e Tecnológica GGINNS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability. Professora colaboradora no Mestrado em Direito da UFAM e professora do UNIFLU.

DANIEL GUSTAVO FALCÃO PIMENTEL DOS REIS - INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA (IDP)

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Pós-graduado (Especialização) em Marketing Político e Propaganda Eleitoral pela ECA-USP. Bacharel em Ciências Sociais pela FFLCH-USP. Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação "lato sensu" do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

DANIEL IVO ODON - COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB

Doutorado em Direitos Humanos Internacional na Pennsylvania State University. Mestrado em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Atualmente cursa Pós-Doutorado na Universidad de Salamanca, Espanha. Advogado e Professor de Teoria do Direito e Direitos Humanos.

EDNA RAQUEL HOGEMANN -UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO-UNIRIO

Pós-doutorado em Direito, pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF. Pós-Graduação Lato Sensu em Bioética, pela Red Bioética UNESCO. Pós-Graduação Lato-Sensu em História do Direito Brasileiro, pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Graduada em Jornalismo, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ e Bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Decana Pro Tempore, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UniRio.

FRANCISCO GLAUBER PESSOA ALVES - JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU NO RIO GRANDE DO NORTE.

Doutor e Mestre em Direito pela Pontificia Universidade Católica de São Paulo. Juiz Federal. Integrante da Justiça Federal de Primeiro Grau e do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte. Professor de pós-graduação, Secretário-Geral do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) no Rio Grande do Norte.

JULIANA RODRIGUES FREITAS - CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ - CESUPA

Doutora em Direito pela Università di Pisa - Itália. Mestre em Direitos Humanos. Pós-Graduada em Direito do Estado - Universidade Carlos III de Madri - Espanha. Consultora Jurídica e Advogada na área eleitoral e municipal. Professora da Graduação e Mestrado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA.

KLEVER PAULO LEAL FILPO -UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PETRÓPOLIS

Doutor em Direito. Mestre em Direito. Professor do quadro permanente e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Professor da Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Instituto Três Rios).

LAURO ERICKSEN CAVALCANTI DE OLIVEIRA – TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO RIO GRANDE DO NORTE, PRIMEIRA VARA DO TRABALHO DE MACAU.

Doutor, Mestre e Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Bacharel em Direito pela UFRN. Oficial de Justiça Avaliador Federal no Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Primeira Região (TRT-21), lotado na Vara do Trabalho de Macau - RN. Professor Universitário.

LEVI HULSE - UNIVERSIDADE ALTO VALE DO RIO DO PEIXE

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI - SC. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Pós-graduado no Curso Preparatório para Magistratura e Especialização em Direito Público parceria entre FURB/ESMESC. Pós-graduado em Formação pedagógica para docência no ensino superior na UNIARP. Graduado Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB e graduado em História pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB. Advogado. Professor na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP no curso de Direito. Professor na pós-graduação latu senso. Professor titular no Mestrado em Desenvolvimento e Sociedade PPGDS-UNIARP e professor titular no Mestrado em Educação Básica PPGEB-UNIARP.

LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO CRUZ – FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE ITAÚNA

Doutorado e Mestrado em Direito Processual Civil pela Pontificia Universidade Católica de São Paulo. Professora dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - MG. Professora dos cursos de pósgraduação lato sensu em Direito Processual Civil da PUC/SP (COGEAE). Professora dos Cursos de Pós-graduação lato sensu da ESA - OAB/SP. Advogada e Consultora Jurídica em São Paulo.

MARIA DA GLÓRIA COSTA GONÇALVES DE SOUSA AQUINO – UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO - UFMA

Pós-doutora no "Programa de Postdoctorado Derechos Humanos en perspectiva comparada: Brasil y España", pela Universidad de Salamanca (USAL). Pós-Doutora "Programa de Postdoctorado Generaciones de Derechos Humanos: los derechos de segunda generación (GDHDS/USAL), pela Universidad de Salamanca (USAL). Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Mestrado em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pós-graduada Lato Sensu em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora Adjunta, lotada no Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

PLÍNIO RÉGIS BAIMA DE ALMEIDA - PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE MACEIÓ.

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Possui ainda especialização (pós-graduação lato sensu) em Direito Tributário e em Direito Constitucional. É professor titular do Cesmac, Professor na pós-graduação (lato sensu) da Universidade Tiradentes (Unit/AL). Procurador do Município de Maceió/AL

RAFAEL ZELESCO BARRETTO – ESCOLA DE GUERRA NAVAL (RJ)

Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor adjunto da Escola de Guerra Naval (RJ).

SANDRA SUELY MOREIRA GUIMARÃES - FACI WYDEN

Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Mestrado em Sociologia Geral pela Universidade Federal do Pará. Possui graduação em Filosofia, em Psicologia e em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará. Atualmente é professora - Faci Wyden.

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU -ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor e Mestre em Direito Internacional pela Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Pró-Reitor de Intercâmbio e Internacionalização Institucional. Professor de Direito Internacional Ambiental pelo PPGD da Dom Helder Câmara - Escola de Direito. Professor de Direito Internacional Público e Privado. Professor visitante da Université du Kwango - UNIK, na República Democrática do Congo (RDC).

THIAGO DE FREITAS BENEVENUTO - ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado da União.

WAGNER SILVEIRA FELONIUK -UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE

Doutorado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestrado Acadêmico e Especialização em Direito do Estado. Professor Adjunto de Direito Constitucional no Curso de Relações Internacionais e Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande – FURG.

AUTORES

ADEMAR BORGES DE SOUSA FILHO

Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Procurador do Município de Belo Horizonte com atuação no STJ e no STF.

ANDRÉ ROSILHO

Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público. Doutor em Direito Administrativo pela USP. Mestre em Direito pela FGV Direito SP.

BRUNO CÉSAR LORENCINI

Pós-Doutor pela Universidade São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Universidade São Paulo. Doutor em Direito Administrativo, Financeiro e Processual pela Universidade de Salamanca (Espanha). Visiting Scholar na Columbia University. Professor na Universidade Mackenzie. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico na Universidade Alves Faria. Juiz Federal, em São Paulo.

DAVI VALDETARO GOMES CAVALIERI

Democrático de Direito. Especialista em Direito Público. Procurador Federal. EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Público. Realizou investigação a nível de Pós-Doutoramento perante o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região.

Mestrando em Desenvolvimento no Estado

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Público. Realizou investigação a nível de Pós-Doutoramento perante o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região.

EDUARDO IWAMOTO

Doutorando em Direito Econômico e Desenvolvimentopela Pontificia Universidade Católica do Paraná. Mestrado em Direitopela Pontificia Universidade Católica do Paraná. Professor da Pontificia Universidade Católica do Paraná.

FABIANA PERILLO DE FARIAS

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (2008). Atualmente é tabeliã, atuando no 9º Ofício de Notas e Protesto de Títulos do DF

GABRIELA DUQUE POGGI DE CARVALHO

Mestranda em Direito Administrativo na PUC/SP. Pesquisadora do grupo de pesquisa "Formas contemporâneas de contratação pública e seu impacto e efetividade nas atividades administrativas" da PUC/SP. Pesquisadora do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público. Advogado no Da Fonte Advogados

GILBERTO BOMFIM

Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontificia Universidade Católica do Paraná -PUCPR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Bacellar. Procurador Federal.

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

Doutor em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio), com Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos (IGC - Universidade de Coimbra) e Pós-doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ/UFPB); Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio); Professor do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS) e do Programa de Pós-graduação da Universidade Tiradentes (PPGD/UNIT); Promotor de Justiça Titular da Fazenda Pública em Sergipe (MPSE)

LARA ABREU ASSEF

Graduanda em Direito — Universidade Federal do Espirito Santo - UFES

LARA CAXICO MARTINS MIRANDA

Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós Graduada em Direito Constitucional pelo Complexo de Ensino LFG (2016) e em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pelo Damásio (2016)

LORENA ARAÚJO DE OLIVEIRA

Especialista em Advocacia Pública. Procuradora Federal

LUIZ ALBERTO BLANCHET

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Atualmente é Professor do Programa de Pós-graduação da Pontificia Universidade Católica do Paraná (PPGD/PUCPR) e Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Professor pesquisador do NUPED - Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR.

LUIZ GUSTAVO TIROLI

Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Londrina (UEL).Bacharel em Administração de Empresas pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL). Acadêmico do curso deDireito da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

MARGARETH VETIS ZAGANELLI

Pós-Doutora em Direito pela Università degli Studi di Milano-Bicocca, pela Alma Mater Studiorum Università di Bologna e pela Università degli Studi Del Sannio (Itália). Doutora em Direito (UFMG). Mestra em Educação (UFES). Professora Titular de Direito Penal, Bioética e Direito Comparado (UFES). Professora Visitante da Università degli Studi di Milano-Bicocca, da Alma Mater Studiorum Università di Bologna e da Università degli Studi Del Sannio (Itália). Colaboradora do Projeto Erasmus+ Jean Monnet Module

Emerging "Moral" Technologies and the Ethical-legal Challenges of New Subjectivities.

MARLENE KEMPFER

Doutorado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Mestrado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1995) e Atualmente é professora AC-C na Universidade Estadual de Londrina, atuando na graduação, especialização e no Mestrado em Direito Negocial.

MATEUS LEVI FONTES SANTOS

Especialista em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários e em direito constitucional aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus. Advogado da União

PABLO FRANCESCO RODRIGUES DA SILVA

Mestrando em Ciências Jurídicas — Universidade Autónoma de Lisboa. Pós-graduação em Direito Público, Universidade Estácio de Sá/Espaço Jurídico. Procurador Federal.

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Granada — Espanha. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifica Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Granada — Espanha. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifica Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

RONNY CHARLES LOPES DE TORRES

Advogado da União. Doutorando em Direito do Estado e Regulação - UFPE. Mestre em Direito Econômico - UFPB. Pós-graduado em Direito tributário - IDP. Pós-graduado em Ciências Jurídicas - UNP. Membro da Câmara Permanente de Licitações e Contratos da Consultoria Geral da União.

TAMARA LUÍZA DALL AGNOL PINTO

Doutoranda em Direito Civil pela Universidad de Buenos Aires (UBA). Mestre em Direito peça Universidade federal do Maranhão. Especialista em Direito Civil pela UNIDERP.

WAGNER WILSON DEIRÓ GUNDIM

Pós-Doutorado em Direito e Novas Tecnologias pela Mediterranea International Centre for Human Rights Research, em parceria com a Università Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Anhembi Morumbi. Advogados sócio fundador do Gundim & Advogados Associados.

SUMÁRIO

EDITORIAL15
ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS
A Nova Lei de Licitações e o Controle das Contratações Públicas The New Bidding Law and Public Procurement Control Edilson Pereira Nobre Júnior Ronny Charles Lopes De Torres
A Proibição de Redução do Desconto Original da Proposta na Celebração de Aditivos aos Contratos de Obra Pública The Prohibition of Reducing the Original Discount of Proposals in the Modification Public Contracts André Rosilho Gabriela Duque Poggi de Carvalho
ARTIGOS
A Evolução do Financiamento Eleitoral no Brasil Dimensões Jurídica e Política The Evolution of Electoral Financing in Brazil Juridical and Political Dimensions Bruno César Lorencini Wagner Wilson Deiró Gundim
Governança Pública, Gestão de Riscos e Compliance como Instrumentos de Transformação do Estado Brasileiro Após o Covid-19 Ublic Governance, Risk Management and Compliance as Instruments for The Transformation of the Brazilian State After Covid-19 Davi Valdetaro Gomes Cavalieri Lorena Araújo de Oliveira
O Controle de Convencionalidade na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e Seus Influxos no Supremo Tribunal Federal Convencionality Control in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights and Its Influences on the Brazilian's Supreme Court Fabiana Perillo de Farias Ademar Borges de Sousa Filho
Análise da Proposta de Alteração da Geração Distribuída e Seus Efeitos na Autogeração de Energia Elétrica

Analysis of the Proposed Change in Distributed Generation and Its Effects on the Self-Generation of Electricity
Gilberto Bomfim
Eduardo Iwamoto
Luiz Alberto Blanchet139
Luiz Awerio Dianchei139
Regime Jurídico da Arbitragem em Negócios Jurídicos Públicos Legal Arbitration Arrangement in Public Legal Business Luiz Gustavo Tiroli Lara Caxico Martins Miranda Marlene Kempfer
Trus vene Tempjer
Sub-Rogação Uterina: Análise da Constitucionalidade Contratual à Luz da Jurisprudência do Tribunal Constitucional da República Portuguesa Uterine Surrogacy: Constitutionality Analysis of the Contract Following the Portuguese Constitutional Court's Caselaw Margareth Vetis Zaganelli Lara Abreu Assef
Tarifas Trump Sobre o Aço e Alumínio Brasileiros: Análise à Luz das Normas Multilaterais de Comércio Trump's tariffs on brazilian steel and aluminum: analysis in the light of trade's multilateral rules Mateus Levi Fontes Santos
Henrique Ribeiro Cardoso197
Processos Estruturais como Instrumento para Efetivação de Direitos Structural Processes as an Instrument for Effectiveness of Rights Pablo Francesco Rodrigues da Silva
Confederação Suíça: Aspectos Elementares de um Federalismo Autêntico Swiss Confederation: Elementary Aspects of Authentic Federalism
Paulo Roberto Barbosa Ramos
Tamara Luíza Dall Agnol Pinto243

EDITORIAL

Prezado leitor,

É com enorme satisfação que a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal anuncia o lançamento de nova edição da Revista da AGU, referente ao 4º trimestre do ano de 2021.

Este número é inaugurado por dois artigos que exploram temas relacionados à nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021), ambos escritos a convite da Comissão Editorial da Revista da AGU. No primeiro deles, Edilson Nobre Júnior e Ronny Charles Torres empreendem estudo crítico e propositivo acerca da Lei n. 14.133/2021, com enfoque em suas disposições relativas à atividade de controle, averiguando a evolução legislativa sobre a matéria, o avanço das competências dos órgãos de controle e sua relevante influência na construção do texto desse diploma legal. No segundo, André Rosilho e Gabriela Carvalho analisam a regra criada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União e, posteriormente, incorporada no artigo 128 da Lei n. 14.133/2021, que proíbe a redução, mediante a celebração de aditivos, da diferença percentual entre o valor global de contratos de obra pública e o preço do orçamento base da respectiva licitação.

Os demais trabalhos foram recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados pelo processo de "avaliação cega por pares", em conformidade com as normas editoriais adotadas pela Revista. Todos eles tratam de assuntos atuais e de elevada relevância para o Direito Público e a Advocacia Pública, como se depreende da breve apresentação feita a seguir, em que se observa a ordem alfabética dos autores que contribuíram para este número do periódico.

Bruno Lorencini e Wagner Gundim investigam a história do financiamento político no Brasil a partir de uma perspectiva crítica, que considera seus reflexos sobre a democracia brasileira. À guisa de conclusão, os autores salientam o caráter marcadamente reativo da legislação eleitoral no campo das finanças das campanhas, o que explica sua volatilidade e dificulta a sistematização de seus institutos.

Diante dos graves impactos econômicos e sociais provocados pela pandemia da Covid-19, Davi Cavalieri e Lorena Oliveira debatem sobre a utilização dos instrumentos da governança pública, da gestão de riscos e do compliance com o objetivo de promover recuperação positiva e sustentável do ambiente organizacional no Estado Brasileiro.

Fabiana Farias e Ademar Sousa Filho abordam a evolução histórica do controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como os efeitos de suas decisões no âmbito do direito interno dos Estados Partes, levando em conta o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

O artigo de Gilberto Bomfim, Eduardo Iwamoto e Luiz Alberto Blanchet tem por objeto a Resolução Normativa n. 482/2012 da Agência Nacional de Energia Elétrica, que criou o Sistema de Compensação de Energia Elétrica, permitindo aos consumidores a geração de sua própria energia e a venda do excedente às distribuidoras em troca de créditos de energia. Em especial, os autores examinam os desafios enfrentados na adaptação do ambiente regulatório à expansão sustentável da geração distribuída no País.

Luiz Gustavo Tiroli, Lara Miranda e Marlene Kempfer avaliam o regime jurídico da arbitragem para a solução extrajudicial de conflitos decorrentes de negócios jurídicos públicos, perquirindo sobre os parâmetros e critérios a serem adotados para esse fim.

Tomando como parâmetro decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da República Portuguesa, Margareth Zaganelli e Lara Assef analisam a validade de normas que disciplinam a prática medicamente assistida da sub-rogação uterina, notadamente quanto à celebração de contrato de gestação de substituição.

Mateus Santos e Henrique Cardoso examinam se as medidas impostas, a partir de 2018, pelo governo norte-americano sobre as exportações brasileiras de artigos de aço e alumínio violam regras multilaterais de comércio internacional e, por fim, sugerem contramedidas que poderiam ser adotadas pelo Brasil.

Pablo Rodrigues da Silva disserta sobre o processo estrutural como instrumento de efetivação de direitos. O autor apresenta o contexto histórico do surgimento desse instituto e ressalta as características que o distanciam dos traços típicos da litigiosidade clássica, tais como sua multifuncionalidade e adaptabilidade ao objeto litigioso.

Por fim, Paulo Roberto Ramos e Tamara Dall Agnol descrevem as características essenciais do federalismo suíço, conferindo destaque para seu alto grau de descentralização e o uso recorrente de mecanismos de participação direta da população nas decisões públicas, assim como identificam alguns dos desafios atualmente enfrentados pelo sistema adotado por aquele país.

A Escola da AGU agradece a todos os envolvidos no processo editorial da Revista e parabeniza os autores pelos artigos ora publicados. Convidamos o leitor a apreciar os trabalhos científicos oferecidos, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica, disponível em: http://seer.agu.gov.br.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio

Responsável pela Coordenação dos Cursos de Pós-graduação da Escola da AGU

RECEBIDO EM: 06/05/2021 APROVADO EM: 13/09/2021

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E O CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS¹

THE NEW BIDDING LAW AND PUBLIC PROCUREMENT CONTROL

Edilson Pereira Nobre Júnior

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Público. Realizou investigação a nível de Pós-Doutoramento perante o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região.

Ronny Charles Lopes De Torres

Advogado da União. Doutorando em Direito do Estado e Regulação - UFPE. Mestre em Direito Econômico - UFPB. Pós-graduado em Direito tributário - IDP. Pós-graduado em Ciências Jurídicas - UNP. Membro da Câmara Permanente de Licitações e Contratos da Consultoria Geral da União.

¹ O presente texto teve origem em exposição realizada pelo segundo autor durante seminário da disciplina "Controle da Administração: novas dimensões", ministrada pelo primeiro autor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. O primeiro dos autores supervisionou o desenvolvimento do texto, sugerindo acréscimos e supressões.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Breves considerações sobre a atividade de controle; 2. O controle externo nas legislações licitatórias; 3. O controle das contratações públicas na Nova Lei de Licitações; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa a Lei nº 14.133/2021, com especial enfoque nas regras relacionadas à atividade de controle, avaliando a evolução legislativa, o avanço das competências dos órgãos de controle e a relevante influência deles na construção do texto da Nova Lei de Licitações e na atuação administrativa, sem deixar de ponderar, de qualquer forma, os riscos de e disfuncionalidades decorrentes, quando há excesso de protagonismo e influência. Então, realizando um resgate histórico da modelagem dada aos órgãos de controle nas legislações licitatórias anteriores, os autores fazem análise crítica e propositiva sobre o disciplinamento feito no controle pela Nova Lei de Licitações.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão Pública. Nova Lei de Licitações. Processo licitatório. Atividade de controle. Evolução legislativa. Protagonismo. Disfuncionalidade.

ABSTRACT: This article analyzes the Law 14.133/2021, with a special focus on the rules related to the control activity, evaluating the legislative evolution, the advancement of the powers of the control bodies and their relevant influence in the construction of the text of the New Procurement Law and in administrative performance, without neglecting, in any way, the risks of and resulting dysfunctionalities, when there is an excess of protagonism and influence. Then, realizing a historical review of the modeling given to the control bodies in the previous bidding legislation, the authors make a critical and propositional analysis on the discipline made in the control by the New Bidding Law.

KEYWORDS: Public Management. New Procurement Law. Bidding process. Control activity. Legislative developments. Protagonism. Dysfunctionality.

INTRODUÇÃO

Recentemente, foi publicada a Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA). Essa legislação vinha sendo aguardada com muita expectativa por agentes públicos e privados, em virtude da necessidade de modernização do regime jurídico licitatório, frente às evoluções ocorridas na sociedade, no mercado e na própria Administração Pública.

Nada obstante, as dificuldades de abordagem do tema, pelo Congresso Nacional, resultaram em um processo legislativo moroso e marcado por idas e vindas, que, após décadas, chegou a sua conclusão muito mais por uma confluência de fatores que geraram a oportunidade de aprovação, do que propriamente por se ter chegado a uma reflexão madura sobre a plataforma legal necessária ao desenvolvimento do regime jurídico licitatório e contratual da Administração Pública.

As alterações nas tecnologias, no mercado e na própria sociedade vêm escancarando a ineficiência do formato tradicional de licitação e contratação, com seu caráter nitidamente analítico, burocrático e detalhista. Desde sua aprovação, a Lei nº 8.666/93 vinha sofrendo paulatina modificação e esvaziamento, seja por alterações de seu texto ou pela aprovação de leis especiais, como a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), a Lei nº 12.232/2010 (licitações de publicidade), a Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações) e a Lei nº 13.303/2016 (Lei das estatais), além de tantas outras que a modificaram.

Nessa trilha, as disfuncionalidades do sistema de compras governamentais brasileiro ficaram ainda mais evidentes no ano de 2020, diante da necessidade de contratações para o enfrentamento da pandemia COVID-19 (FIUZA et al., 2020), as quais exigiram a aprovação urgente de um regime provisório de contratação pública, pela Lei nº 13.979/2020 e pela Lei nº 14.065/2020.

Todo esse cenário precisa ser devidamente avaliado para que se compreenda corretamente diversos elementos que influenciaram a construção da Nova Lei de Licitações. O texto aprovado pelo Congresso foi deveras extenso e analítico, reunindo quase 200 artigos, vários deles repletos de conceitos e disciplinamentos procedimentais sobre matérias estranhas à reserva legal. O diploma agregou disposições da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações) e da Lei nº 10.520/2002 (Lei do pregão) à plataforma legal da Lei nº 8.666/93, acrescentando ainda

regramentos outrora identificados em normativos infralegais ou em legislação estrangeira, como se deu com a modalidade diálogo competitivo, claramente inspirada no diálogo concorrencial, previsto na Diretiva 2014/24 da União Europeia (artigo 30).

Algo natural a uma matéria dessa importância, para além da composição de regras de diversos diplomas legais, o produto final do processo legislativo, assim como ocorrera quando da aprovação da Lei nº 8.666/93, sofreu a influência de diversos atores públicos e privados, o que é claramente identificado em alguns de seus trechos, nos quais interesses exógenos e endógenos à máquina pública acabam se manifestando no texto legal.

Uma das áreas na qual essa influência talvez se torne mais flagrante, sem dúvida, é no regramento do controle das contratações públicas.

Tanto é assim que, a partir da edição do Decreto-Lei 2.300/86, posteriormente seguida pela Lei nº 8.666/93, a legislação licitatória brasileira tem definido ritos procedimentais repletos de controles para a seleção do fornecedor, com prestígio especial à atuação dos órgãos propriamente de controle. Porventura pelo relevante protagonismo dessas instituições nas últimas décadas, bem assim da constante preocupação da sociedade brasileira com o desvio de recursos públicos e, com casos de corrupção, a importância da atividade institucional de controle foi ainda mais esmiuçada no texto da Lei nº 14.133/2021, merecendo especial análise e atenção.

No presente artigo, abordaremos o disciplinamento das novas regras legislativas concernentes ao controle das contratações públicas, fazendo breves considerações e apontamentos sobre suas disposições, sem descuidar de uma análise crítica acerca do panorama normativo definido pelo legislador.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATIVIDADE DE CONTROLE

Com a Constituição de 1988, tivemos uma impactante alteração no escopo de atuação do Tribunal de Contas da União². Embora o Constituinte, assim como ocorrera na Constituição de 1967-69 (art. 71, §1º³), tenha

² Doravante identificado no texto pela sigla TCU.

³ Os preceitos da Constituição antecedente, referidos nestes tópicos, acham-se transcritos na nota de rodapé 16.

mantido o controle externo da União a cargo do Congresso Nacional, tendo o Tribunal de Contas da União uma atuação auxiliar, é indiscutível que o escopo de atuação da Corte de Contas foi deveras ampliado⁴.

Rosilho (2019, p. 58/61) detalha que houve estratégica movimentação de setores relacionados aos Tribunais de Contas, no período prévio à constituinte, objetivando alça-lo à condição de Poder de Estado. Embora esse intento não tenha sido alcançado, sem dúvida alguma, o texto constitucional elevou o espectro de atuação do controle externo a um novo patamar. Se a Constituição de 1967 (art. 71, §3°) outorgava ao controle externo, exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, a incumbência de realizar a auditoria financeira e orçamentária dos órgãos e entidades da União, a Constituição Federal de 1988 (art. 70, caput) atribui ao controle externo a fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial (acrescendo essas três últimas), não apenas em relação à legalidade, mas também em relação à legitimidade e à economicidade.

Nesse prumo, a fiscalização operacional, a qual vem sendo cada vez mais desenvolvida pelo TCU, tem permitindo ou induzido uma inserção da atividade de controle na medição da eficácia, eficiência e efetividade dos gastos da União (PESSOA; SILVA, 2021, p. 242), com o risco de, por vezes, extrapolar suas competências constitucionais. Há, nesse ponto, uma questão sensível e complexa. Por um lado, a atuação daquele é fundamental, porque sua posição equidistante em relação aos Poderes e seu qualificado corpo técnico permitem a produção de relevantes diagnósticos, contribuindo para o aperfeiçoamento da atividade administrativa. A fiscalização das despesas públicas por uma "corporação distinta", mais afastadas das "agitações políticas" é uma conquista do direito moderno (BUZAID, 2012, p. 37-62). Por outro lado, a fiscalização operacional agregada ao risco de punição pode contribuir para um comportamento disfuncional, transformando o TCU em uma "espécie de revisor geral da administração, utilizando seus poderes não só para contribuir com a ação administrativa de modo colaborativo (o que é desejável), mas comandá-la segundo seu próprio

⁴ No sistema jurídico lusitano, a Constituição da República Portuguesa atribui ao Tribunal de Contas a competência para fiscalizar, juntamente com a Assembleia da República, a execução do orçamento (artigo 107). Não obstante, mais à frente o insere no rol das categorias dos tribunais (artigo 209, nº 1, c), conferindo-lhe a qualidade de órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e do julgamento das contas, independente de outras competências que lhe forem atribuídas legalmente, competindo-lhe nomeadamente: a) emitir parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social; b) emitir parecer sobre as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira; c) verificar a responsabilidade por infrações financeiras, nos termos da lei (artigo 214, nº 1, alíneas a a d).

juízo de valor (o que pode ser problemático)" (TRISTÃO in SUNDFELD; ROSILHO, 2020, p. 99-112).

A mudança constitucional, ampliando o escopo de atuação dos Tribunais de Contas, estabeleceu bases para certa mudança de postura do controle externo, notadamente do TCU, com avanço institucional importante para equilibrar as forças, tensões e excessos na atuação dos Poderes em diversas áreas, sobretudo administrativa e financeiramente, mas por vezes descambando em excessiva interferência no comportamento dos demais agentes estatais, inclusive em relação à adoção de políticas públicas (SUNDFELD; CÂMARA in SUNDFELD; ROSILHO, 2020, p. 19-58) ou "eliminando dose indispensável de discricionariedade do administrador" (NOBRE JÚNIOR, 2019, p. 34).

2. O CONTROLE EXTERNO NAS LEGISLAÇÕES LICITATÓRIAS

Nos últimos 100 anos, tivemos relevantes alterações na legislação licitatória brasileira, o que é natural, uma vez que este regramento necessita se adaptar às mudanças que ocorrem na sociedade, no mercado e na própria Administração. Desprezando as diversas leis especiais que complementaram o regime licitatório e nos restringindo apenas aos diplomas normativos gerais, sobre licitações, é possível identificar uma relevante mudança, tanto em relação ao modelo adotado como em relação ao regramento destacado ao controle externo.

Rosilho lembra que a disciplina normativa dos procedimentos licitatórios, embora tenha apresentado um início minimalista⁵, até pouco mais da metade do Século XX, a partir de então demonstrou uma "espécie de fechamento do sistema de contratações públicas e de densificação da regulação jurídica das licitações", com um formato maximalista⁶, que "ganhou corpo na década de 1980 e solidificou-se na década de 1990", continuando ainda hoje, embora sejam claros os indícios de exaustão desse modelo legal (ROSILHO, 2013, p. 31).

⁵ Modelo pouco analítico e que permite maior discricionariedade da tomada de decisões pelo agente público responsável pela definição do modelo de seleção (licitação).

⁶ Modelo mais analítico e restritivo ao exercício da discricionariedade, vinculando a tomada de decisões pelo agente público responsável pela definição do modelo de seleção ao mero cumprimento das opções previamente definidas pelo legislador.

O Decreto nº 15.783/1922⁷ (Regulamento de Contabilidade Pública da União) e o Decreto-Lei nº 200/1967⁸ eram diplomas que tratavam sobre diversos temas, entre eles licitações e contratações públicas. Nesta área apresentavam modelos minimalistas, com poucas disposições disciplinando as licitações e contratos, o que permitia ampla margem de discricionariedade ao gestor na definição da modelagem da seleção do fornecedor. Ademais, nesse período não havia uma política nacional de contratações públicas, já que "o Regulamento Geral de Contabilidade Pública continha diretrizes para a seleção de fornecedores para a Administração Pública Federal, mas nada dizia quanto aos procedimentos licitatórios a serem seguidos por Estados e Municípios" (ROSILHO, 2013, p. 36).

Em relação ao controle, o Decreto nº 15.783/1922 (Regulamento de Contabilidade Pública da União) trazia consigo uma formatação diferente da que estamos acostumados hoje para a atuação do Tribunal de Contas. Vale registrar que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, definia que o Tribunal de Contas detinha a competência de "liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso". Por seu turno, o Decreto nº 15.783/1922 estabelecia o registro pela Corte como uma formalidade necessária para os contratos pactuados pela Administração¹º. Da mesma forma, a prorrogação, suspensão ou rescisão desses contratos exigia o registro pelo Tribunal de Contas¹¹.

Tal registro era uma condição para a exigibilidade dos contratos. Nesse sentido, inclusive, o artigo 784 definia que os atos de adjudicação definitiva e os contratos celebrados com a Administração Pública estavam sujeitos à condição suspensiva de sua aprovação, sendo exigíveis, apenas, depois de aprovados pela autoridade competente (Ministro ou funcionário delegado) e de terem sido registrados pelo Tribunal de Contas.

⁷ O referido Decreto tratava, em seu Título VII (artigos 736 a 802) sobre regras de licitações e contratações públicas.

⁸ O referido Decreto-Lei tratou, em seu título XII (artigos 125 a 144), sobre normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações.

⁹ Constituição de 1891. Art 89 - É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.

¹⁰ Art. 767. Para a validade dos contractos serão necessárias as seguintes formalidades:(...) i) que sejam registrados pelo Tribunal de Contas.

¹¹ Art. 769. Nos actos de prorrogação, suspensão ou rescisão dos contractos, deverão ser respeitadas todas as formalidades exigidas para a legalidade dos mesmos, inclusive registro pelo Tribunal de Contas.

Ao Tribunal de Contas era estabelecido um prazo de 15 dias para o registro desses contratos, lapso temporal que iniciava sua contagem a partir da chegada do contrato ao Tribunal. Após este prazo, sem o respectivo "julgamento", o contrato era tido como registrado para todos os efeitos (art. 790). Por outro lado, quando o Tribunal de Contas recusava registro a algum contrato, era possível ao Presidente da República, com base nos interesses do Estado ou na conveniência da ordem pública, executá-lo sem apreciar os fundamentos da recusa do registro.

Na Constituição de 1934, além de julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, o Tribunal de Contas detinha a competência de registrar os contratos administrativos, os quais apenas se reputavam perfeitos e acabados, quando por aquele registrados. Em caso de recusa pelo Tribunal, a execução do contrato ficava suspensa até o pronunciamento do Poder Legislativo¹².

A Constituição de 37 (BRASIL, 1937), por seu turno, disciplinou de forma muito reduzida o Tribunal de Contas, fazendo-o em um único artigo (art. 114), de sorte a definir apenas sua competência para "acompanhar, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União". Mesmo a alteração do dispositivo pela Lei Constitucional nº 9, de 1945, não acrescentou maiores disposições, mas apenas retirou a condição de "aprovação do Conselho Federal" para que se efetivassem as nomeações dos Ministros, pelo Presidente da República¹³.

¹² Art 101 - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contrato até ao pronunciamento do Poder Legislativo. § 1° - Será sujeito ao registro prévio do Tribunal de Contas qualquer ato de Administração Pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste.§ 2° - Em todos os casos, a recusa do registro, por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio, tem caráter proibitivo; quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso ex officio para a Câmara dos Deputados. § 3° - A fiscalização financeira dos serviços autônomos será feita pela forma prevista nas leis que os estabelecerem.

¹³ Art. 114 - Para acompanhar, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República. Aos Ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945). Parágrafo único - A organização do Tribunal de Contas será regulada em lei. (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945).

Já a Constituição de 1946 trouxe maior disciplinamento sobre as competências do Tribunal de Contas, o qual, além de auxiliar o Poder Legislativo na fiscalização da administração financeira e execução do orçamento, tinha, expressas no texto constitucional, as competências de acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas; julgar a legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões. A Constituição mantinha ainda a prerrogativa de registro dos contratos, pelo Tribunal de Contas, definindo que eles apenas se reputariam perfeitos após tal ato¹⁴, fazendo-o, porém, sob reserva de apreciação pelo Congresso Nacional, como bem registrou Alfredo Buzaid (2012, p. 37-62).

Com a Constituição de 1967, iniciou-se uma mudança relevante nas competências do Tribunal de Contas, seguindo uma trilha mais próxima à atualmente adotada, com reflexos na legislação licitatória.

Ao tratar sobre licitações e contratos, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, não mantinha a função de registro dos contratos, pelo Tribunal de Contas. Essa nova compleição era natural, uma vez que o regime da Constituição Federal de 1967 já previa uma formatação diversa ao Tribunal de Contas da União, como órgão auxiliar ao controle externo desenvolvido pelo Congresso Nacional¹⁵.

¹⁴ Art. 77 - Compete ao Tribunal de Contas: I - acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; II - julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas; III - julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões. § 1º - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional. § 2º - Será sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste. § 3º - Em qualquer caso, a recusa do registro por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio terá caráter proibitivo. Quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se, após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso ex officio para o Congresso Nacional. § 4º - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República deverá prestar anualmente ao Congresso Nacional. Se elas não lhe forem enviadas no prazo da lei, comunicará o fato ao Congresso Nacional para os fins de direito, apresentando-lhe, num e noutro caso, minucioso relatório de exercício financeiro encerrado.

¹⁵ Art. 71 - A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei. § 1º -O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. § 2º - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, em sessenta dias, sobre as contas que o Presidente

De acordo com a Constituição de 1967, no exercício de suas atribuições de controle da administração financeira e orçamentária, o Tribunal de Contas representaria ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados, devendo, na hipótese de verificar ilegalidade de qualquer despesa: a) assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; b) no caso do não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos; c) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determinasse a sua sustação, ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais. Vale registrar que, se o Congresso Nacional não deliberasse sobre a solicitação de sustação, no prazo de trinta dias, a impugnação seria considerada insubsistente¹⁶.

De qualquer forma, com a Constituição de 1967, ocorreu fundamental mudança na atuação do Tribunal de Contas, deixando de exercer um controle prévio para exercer o controle de legalidade *a posteriori*.

O Decreto-Lei nº 200/67 manteve a característica minimalista do Decreto nº 15.783/1922 (Regulamento de Contabilidade Pública da União), em relação ao regime licitatório, porém disciplinava de maneira diferente

da República prestar anualmente. Não sendo estas enviadas dentro do prazo, o fato será comunicado ao Congresso Nacional, para os fins de direito, devendo o Tribunal, em qualquer caso, apresentar minucioso relatório do exercício financeiro encerrado. § 3º - A auditoria financeira e orçamentária será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas, a quem caberá realizar as inspeções que considerar necessárias. § 4º - O julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamentos das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções referidas no parágrafo anterior. § 5º - As normas de fiscalização financeira e orçamentária estabelecidas nesta seção aplicam-se às autarquias. (...).

¹⁶ Art 73 - O Tribunal de Contas tem sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional. § 1º - O Tribunal exercerá, no que couber, as atribuições previstas no art. 110, e terá quadro próprio para o seu pessoal. (...) § 4º - No exercício de suas atribuições de controle da administração financeira e orçamentária, o Tribunal representará ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados. § 5º - O Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá: a) assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; b) no caso do não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos; c) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a medida prevista na alínea anterior, ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais. § 6º - O Congresso Nacional deliberará sobre a solicitação de que cogita a alínea c do parágrafo anterior, no prazo de trinta dias, findo o qual, sem pronunciamento do Poder Legislativo, será considerada insubsistente a impugnação. § 7º - O Presidente da República poderá ordenar a execução do ato a que se refere a alínea b do § 5 °, ad referendum do Congresso Nacional. § 8º - O Tribunal de Contas julgará da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, independendo de sua decisão as melhorias posteriores.

a atuação do Controle Externo, seguindo os parâmetros traçados pelo Constituinte. Assim como o diploma anterior, ele não abordava apenas licitações e contratos, mas diversos outros temas, como organização da Administração Federal, orçamento público, supervisão ministerial, normas de administração financeira e de contabilidade, disposição referentes ao pessoal civil, entre outros.

No que tange ao controle, definia que os órgãos da Administração Federal deveriam prestar ao Tribunal de Contas, ou suas delegações, os informes relativos à administração dos créditos orçamentários e facilitar a realização das inspeções de controle externo dos órgãos de administração financeira, contabilidade e auditorias. Havia a organização de um sistema de controle interno e a necessária providência de abertura de tomada de contas, sem prejuízo do controle externo realizado pelo Tribunal de Contas.

Vale também pontuar que o Decreto-Lei nº 200/1967 trouxe uma relevante mudança no percurso histórico das reformas jurídicas em matéria de licitações públicas, pois, à partir dele, notadamente após a edição da Lei 5.456, de 20.6.1968¹¹, passa a ficar clara a "intenção do legislador de unificar, em escala nacional, os procedimentos de compras governamentais", estabelecendo um conteúdo mínimo a ser obrigatoriamente observado nas licitações e contratações públicas das demais unidades federativas, marcando uma "tendência à uniformização da disciplina jurídica das contratações públicas, trilha seguida e alargada pelas reformas jurídicas posteriores" (ROSILHO, 2013, p. 48/52).

Cerca de duas décadas após, com o Decreto-Lei nº 2.300/1986, tivemos uma legislação dedicada especificamente às licitações e contratos. A então nova legislação passou a adotar um formato "maximalista"¹⁸, esmiuçando detalhadamente procedimentos, restringindo a discricionariedade

¹⁷ Assim definia o artigo 1º da referida Lei:Art. 1º Aplicam-se aos Estados e Municípios as normas relativas às licitações para as compras, obras, serviços e alienações previstas nos <u>arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967</u>, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências, atendidas as modalidades contidas nesta Lei.

¹⁸ Expressão usada por André Rosilho, em sua obra. Vale a transcrição de trecho no qual ele explica a classificação:
"Este "sentimento" de que o direito tudo pode impactou profundamente o modelo jurídico de regulação das licitações, levando ao surgimento de uma nova era das contratações públicas. as regras jurídicas, que antes se limitavam a traçar procedimentos e requisitos essenciais das licitações, agora tornaram-se casuísticas, retirando da Administração Pública boa parte da margem de discricionariedade que tinha para decidir, caso a caso, a melhor forma de contratar. Prevaleceu, assim, um modelo legal que denominei de maximalista – em oposição ao minimalista, verificado no Decreto-Lei 200/67 -, marcado por regulação abrangente e minuciosa (ROSILHO: 2013. p. 63/64).

administrativa e prestigiando o controle burocrático. Diferentemente do que ocorrera antes, agora a Administração Pública tinha um diploma voltado precipuamente para a regulação dos processos seletivos de fornecedores e respectivos contratos firmados pelo Poder Público, com cerca de 90 artigos que disciplinavam modalidades, exceções à licitação (dispensa e inexigibilidade), regras de habilitação, rito procedimental, cláusulas necessárias nos contratos, prerrogativas extraordinárias, sanções administrativas entre outras disposições.

Em relação ao controle externo, contudo, o referido diploma normativo era sucinto, basicamente definindo, em seu artigo 79, que o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos por ele regidos seria realizado pelo Tribunal de Contas da União, além de estabelecer que os órgãos da Administração eram "responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução". 19

Segundo o §2º do referido artigo, o Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência de controle, poderia expedir instruções complementares, reguladoras dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos.

Poucos anos depois, com a Lei nº 8.666/93, temos o que aparentava ser o ápice do modelo maximalista na legislação licitatória brasileira.

A turbulenta tramitação do processo de impeachment do Presidente Fernando Collor, o primeiro eleito democraticamente após o período de intervenção militar, afetou o processo legislativo. O ambiente político vivenciado pela sociedade contaminou o Congresso Nacional, notadamente pela eclosão de uma série de escândalos envolvendo o Governo, criando uma oportunidade para a aprovação de uma Nova Lei de Licitações, a qual viesse atualizar o diploma anterior, promulgado sob a égide da Constituição antecedente. Contudo, o clima de turbulência política robusteceu a grita dos que defendiam a necessidade de ampliar o controle com o fito de combater a corrupção nas contratações públicas, sem atentar para o fato de que

¹⁹ Art. 79. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por este decreto-lei será feito pelo Tribunal de Contas da União, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nesta previsto. § 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas contra irregularidades na aplicação deste decreto-lei, para fins do disposto neste artigo. § 2º O Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência de controle da administração financeira e orçamentária (art. 70, §§ 1º e 3º da Constituição), poderá expedir instruções complementares, reguladoras dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos.

um sistema disfuncionalmente burocrático, assim como pondera Hector Mairal (2018, p. 25) em relação a um sistema econômico intervencionista, pode favorecer a corrupção ao criar a possibilidade de grandes lucros para aqueles que, de fato ou de direito, podem excetuar-se do cumprimento das normas restritivas.

Por conseguinte, a aprovação de uma Nova Lei de Licitações, a qual tinha por objetivo adequar o regime licitatório ao novo panorama constitucional e administrativo, acabou produzindo um texto que repetiu as bases do Decreto-Lei nº 2.300/86, talvez ainda mais rígido em relação às regras de controle burocrático e restrição da discricionariedade.

No que tange ao controle externo, a Lei nº 8.666/93 trouxe acréscimos, em relação ao diploma pretérito. Tais avanços, sem dúvida, foram reflexos da ampliação do escopo de atuação alcançado pelo Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988.

Vale lembrar que, enquanto a Constituição de 1967 outorgava ao controle externo as funções de auditoria financeira e orçamentária, tendo o Tribunal de Contas a incumbência de verificar a ilegalidade das despesas, inclusive aquelas decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, a Constituição federal de 1988 ampliou o espectro de atuação do controle externo e, por conseguinte, dos Tribunais de Contas, outorgando-lhes também a fiscalização contábil, operacional e patrimonial, que passaram ser exercidas não apenas sobre o aspecto da legalidade, mas também da legitimidade e economicidade²⁰.

Pois bem, diante desse novo escopo constitucional, a Lei nº 8.666/93 define que o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos por ela regidos seria feito pelo Tribunal de Contas, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução.

O legislador ainda admitiu que os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno pudessem solicitar para exame, antes da data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes propostas pela Corte de Contas.

²⁰ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (...).

Curioso que o dispositivo não restringe o escopo dessas medidas corretivas a aspectos de legalidade, o que pode induzir o raciocínio de que questões afetas à discricionariedade técnica poderiam ser objeto da atuação do Tribunal, com acatamento obrigatório pelo órgão ou entidade controlada, fugindo ao escopo admitido pelo constituinte para a atuação do TCU e prejudicando, inclusive, a separação dos Poderes.

Nesse período de aplicação do regime licitatório da Lei nº 8.666/93, com a ampliação das competências dos Tribunais de Contas pela Constituição Federal de 1988, agigantou-se a influência da Corte de Contas, notadamente do Tribunal de Contas da União, no âmbito do regime jurídico licitatório e contratual, sendo induvidosa a relevância da interpretação fixada por aquele, na condição de órgão controlador, sobre diversos temas relacionados às contratações públicas (NOBRE JÚNIOR, 2019, p. 106).

O crescente protagonismo da Corte de Contas federal provavelmente pode ser creditado a diversos fatores, entre eles: sua crescente inserção em debates públicos relevantes; a convicção institucional em ocupar lacunas ou vácuos em temas sensíveis à gestão pública; a qualificação de seus quadros técnicos, além, por óbvio, do uso do poder punitivo e seu efeito conformador em relação aos agentes públicos tomadores de decisão.

A ampliação do protagonismo do TCU foi tamanha que, além de realizar interpretação jurídica da lei federal e análise de constitucionalidade, aquele definiu, através de sua Súmula nº 222, que suas decisões relativas à aplicação de normas gerais de licitação deveriam ser "acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios". Tal entendimento, sem dúvida, busca a prevalência autodeterminada do entendimento daquela Corte de Contas em detrimento da interpretação feita por outras instituições igualmente legitimadas pela Constituição, com posições jurídicas diferentes²¹.

Se, por um lado, o protagonismo dos Tribunais de Contas e um certo recrudescimento do controle foram fundamentais para uma maior profissionalização no âmbito da gestão pública e seu aperfeiçoamento, induzindo a necessidade de captação de bons quadros e sua devida capacitação, por outro lado, existe a preocupação de que um exacerbamento

²¹ Não é de se desconhecer, tal como assinala Fernando Alves Correia (CORREIA: 2019, p. 32-33), que os primeiros intérpretes da constituição são todos os órgãos públicos, mas a natureza vinculativa a resultar do processo interpretativo, típica do último intérprete, é da alçada do órgão que exerce os atributos de equivalentes aos do tribunal constitucional.

da atuação do controle, sobretudo em sua perspectiva punitiva, possa gerar disfuncionalidades, como a redução de incentivos a que bons quadros ocupem cargos que importem em maior responsabilidade, o desestímulo à tomada de decisões arrojadas e eficientes, além da indução a estratégias de fuga da responsabilização (SANTOS, 2020, p. 324/332).

Outrossim, a ampliação do protagonismo dos Tribunais de Contas e da importância de seus julgamentos, notadamente do TCU, tem induzido a evolução de um constante diálogo com a Corte de Contas, pelo Poder Executivo, e uma elevada influência do Tribunal em relação à normatização e mesmo à legislação de licitações e contratos.

Essa influência parece ter sido muito evidente na formatação do texto aprovado pelo Congresso Nacional para a Nova Lei de Licitações, o qual trouxe interessantes inovações em relação à atuação dos órgãos de controle, como será analisado nos tópicos a seguir.

3. O CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

No final de 2020, o Senado Federal aprovou o Projeto da Nova Lei de Licitações, finalizando um longo trajeto de propostas que claudicavam desde 1995 no Congresso Nacional (GARCIA; MOREIRA, 2020, p. 39-73). Ultrapassados alguns meses em que acertos redacionais foram analisados pelo Senado, o Projeto foi enviado para o Executivo que, após a análise e realização de vetos, sancionou a Lei nº 14.133/2021, no dia 1º de abril do corrente ano.

A lentidão vivenciada pelo processo legislativo demonstra a dificuldade de aprovação de uma Lei geral de licitações. O texto da Lei nº 14.133/2021 deriva, em grande parte, do diploma outrora aprovado pelo Senado, entre dezembro de 2013 e fevereiro de 2017, e enviado à Câmara dos Deputados, que aprovou um substitutivo e o devolveu ao Senado em outubro de 2019, o qual o recebeu efetivamente apenas no mês de novembro de 2020, sendo em poucos dias aprovado por aquela Casa Legislativa em virtude da confluência de diversos fatores que favoreceram uma análise célere.

O projeto aprovado pelo Senado Federal manteve a estrutura definida pela Câmara dos Deputados e, portanto, um conteúdo analítico, com quase 200 artigos, mesclando regras da Lei nº 8.666, de 1993 com regras da Lei nº 10.520, de 2002 (Lei do pregão) e da Lei nº 12.462, de

2011 (RDC), além de trechos de normatizações infralegais federais e algumas inspirações internacionais. A Lei nº 14.133/2021 possui um texto extenso, não tendo optado pela simplificação e pela mudança da estrutura procedimental já definida nas legislações anteriores, mas pela consolidação da experiência pretérita, por meio da agregação de normas já vigentes, utilizando "plataforma legal" semelhante à Lei nº 8.666/93 (NÓBREGA; TORRES, 2020), que repetia o modelo maximalista e analítico do Decreto Lei nº 2.300, de 1986 (ROSILHO, 2013, p. 29-30).

Enquanto as pessoas e as empresas realizam suas contratações rotineiras em poucos cliques, através do computador ou do smartphone, adotam "ranking" de fornecedores e analisam seus históricos de fornecimento e a avaliação de sua atuação pretérita (signaling), a nova Lei, em princípio, manterá o formato procedimental licitatório formalista e custoso, repleto de steps burocráticos, mas "incapaz de observar os incentivos reais dos agentes em determinada transação" (NÓBREGA; CAMELO, 2020). Enquanto as discussões contratuais contemporâneas se preocupam com riscos e custos transacionais, avaliando a evolução de smart contracts, com execução através de blockchain, o regime do contrato administrativo definido pela novel legislação continua impondo, via de regra, um instrumento formal assinado, com cláusulas necessárias e prerrogativas "extraordinárias", mesmo quando se quer contratar o "ordinário" (NÓBREGA; TORRES, 2020), ignorando que essas cláusulas extraordinárias ampliam riscos e custos, reduzindo a competitividade e aumentando os preços ofertados. Tudo isso induz a manutenção de diversas disfuncionalidades do sistema de compras governamentais brasileiro, tão expostas no ano de 2020, com as contratações de enfrentamento à pandemia COVID-19 (FIUZA et al., 2020).

Tal constatação leva à compreensão de que temos uma "nova lei já velha", que regula o ambiente licitatório e contratual da Administração com os olhos voltados para os últimos 20 anos que se passaram, não para os 20 anos que trilharemos após a aprovação, caminhando "na contramão de uma simplificação do sistema de compras nacional" (JURUBEBA; NÓBREGA, 2020, p. 9–32).

Contudo, nada obstante essa crítica sobre a plataforma, compartilhada pelos que ansiavam por uma nova lei de licitações com olhares mais voltados para elementos econômicos, desprendendo-se de uma compreensão meramente dogmática e burocrata22, é necessário firmar que o novo

²² Nesse sentido, podemos citar os seguintes autores, com escritos citados no corpo deste artigo, que possuem em comum a crítica ao modelo maximalista adotado em nossa legislação licitatória tradicional, deveras formalista e despida de uma leitura econômica e consequencialista sobre as relações jurídicas que regula:

diploma representa evolução em relação à Lei nº 8.666/93. Sem dúvida, a Lei nº 14.133/2021 avança em diversos pontos, mesclando certa margem de discricionariedade na modelagem da licitação, pela característica absorvida do RDC, além de incluir regras há muito reclamadas no ambiente licitatório e contratual, adicionando alguns tons de novidade e incorporando as decisões dos tribunais (GARCIA; MOREIRA, 2020, p. 39-73), notadamente do Tribunal de Contas da União. Nessa linha, Zymler e Alves (2021) analisam com razão que a "nova lei de licitações incorporou vários institutos e procedimentos que foram manejados, inicialmente, na jurisprudência do TCU".

Remuneração variável, contratações simultâneas, contratação integrada, contratação semi-integrada, cláusula de retomada, diálogo competitivo, inversão de fases, procedimento de manifestação de interesse, contratos de eficiência, credenciamento, painel de compras públicas, entre tantas outras, são regras dispostas na novel legislação que permitirão incremento na eficiência das contratações públicas, sobretudo se tais disposições forem interpretadas e regulamentadas sem equivocadas amarras confeccionadas com dogmas sedimentados pelas legislações anteriores.

Mas, para além disso, é evidente a influência, em fragmentos do texto legal, de setores da própria Administração Pública e, mais especificamente, dos órgãos de controle.

Tendo em vista o recorte proposto neste escrito, analisaremos com maior cuidado o regramento estabelecido para o controle, no regime jurídico da Nova Lei de Licitações.

A influência da administração controladora resta evidenciada com o destaque, na Lei nº 14.133/2021, de um capítulo específico23 para tratar sobre o "controle das contratações". Nas legislações anteriores, inexistia essa capitulação específica, mesmo em diplomas maximalistas que se preocupavam com essa área. Tal disciplinamento específico não pode ser dissociado do momento atual de protagonismo; sendo, na verdade, um reflexo deste, manifestado pelo legislador em alguns dispositivos de maneira reverente e em outros definindo certa resistência ao fortalecimento da ação desses órgãos no procedimento de contratação pública.

Marcos Nóbrega, Bradson Camelo, Flávio Amaral Garcia, Egon Bockmann Moreira, André Rosilho, Eduardo Fiúza, Felipe Vilaça Loureiro Santos, Virgínia Bracarense Lopes e Bernardo Abreu de Medeiros.

²³ Capítulo III, do Título IV.

Segundo o artigo 169, as contratações públicas devem se submeter a práticas contínuas e permanentes da gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, sujeitando-se ao controle social e às denominadas "linhas de defesa".

A primeira linha de defesa seria formada pelos servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade.

A segunda linha de defesa seria formada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade.

A terceira linha de defesa seria formada pelo órgão central de controle interno da Administração e tribunal de contas.

O parágrafo primeiro do artigo 169 da Lei nº 14.133/2021 define que a implementação dessas práticas será objeto de regulamentação específica, de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade, que necessariamente 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, produzindo o resultado mais vantajoso para a Administração, "com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas".

O parágrafo terceiro ainda indica que os agentes integrantes das linhas de defesa devem observar certas premissas. Primeiramente, ao constatar simples impropriedade formal, devem adotar medidas de saneamento e mitigação dos riscos de repetição do problema. Quando as irregularidades detectadas configurarem dano à Administração, além disso, devem adotar providências necessárias para a apuração das infrações, respeitando a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas. Juliano Heinen (2020) lembra que medidas para o saneamento e a mitigação dos riscos de se repetir a ocorrência devem ser implementadas, de preferência, aperfeiçoando os controles preventivos e capacitando os agentes públicos responsáveis.

Parece evidente que essa divisão em linhas de defesas foi inspirada na metodologia adotada para gestão de riscos e controle interno. Em 2013, foi publicado o documento "The three lines of defense in effective risk management and control", uma declaração de posicionamento feita pelo IIA

– Institute of internal auditors, na defesa (não a criação) dessa metodologia para a gestão de riscos.

Basicamente, o modelo de "três linhas de defesa" diferencia três grupos (ou linhas) envolvidos no gerenciamento eficaz de riscos. A primeira linha de defesa envolveria "funções que gerenciam e têm propriedade sobre riscos"; já a segunda linha de defesa envolveria "funções que supervisionam risco", enquanto a terceira linha de defesa envolveria "funções que fornecem avaliações independentes". O modelo apresenta uma proposta para operacionalizar um gerenciamento de riscos exitoso, definindo papéis distintos a serem desempenhados por cada "linha", no âmbito da governança da organização (MIRANDA, 2017, p. 67).

Embora a metodologia tenha alcançado boa repercussão e aplicação, inclusive no Brasil, sua inserção no texto não parece ter sido uma boa opção legislativa.

Em primeiro, porque não parece ser matéria propícia a um disciplinamento em sede de lei, pela rigidez decorrente, muito menos uma matéria caracterizável como norma geral de licitação, apta à aplicação homogênea pelos órgãos e entidades de todas as unidades federativas, em um país continental tão cheio de disparidades como o Brasil. Imaginar que um modelo único possa ser aplicado sem maiores dificuldades na atividade de controle no âmbito federal, estadual e municipal, é um devaneio burocrata, absorvido pelo legislador.

Ademais, deve-se pontuar que, sendo uma metodologia, e não é a única, a modelagem das três linhas de defesas está constantemente posta a evoluções e a mudanças, tanto que a necessidade de seu redesenho é atualmente reclamada por especialistas. Conforme texto publicado pelo Instituto dos Auditores Internos do Brasil, "os críticos vêm afirmando que as "linhas" fixas do modelo o tornam inflexível demais para os atuais desafios dinâmicos de governança e que seu foco sobre a defesa limita sua eficácia" (CHAMBERS: 2018).

Nossa atualidade impõe a convivência com riscos complexos e avanços tecnológicos que evoluem continuamente; além disso, as peculiaridades de cada organização podem gerar novas abordagens para lidar com os riscos, tornando as "linhas" menos distintas, com sobreposições frequentes de responsabilidades. Além das preocupações com a indefinição das linhas, notou-se também que "o modelo das Três Linhas de Defesa objetiva "proteger o valor" e que não aborda realmente a importância de melhorar o valor".

Diante desses desafios, inclusive, o *Institute of the internal auditors* (IIA) promoveu, mais recentemente, a revisão global do "modelo das três linhas de defesa" para o "modelo das três linhas", propondo uma modelagem que não é mais puramente defensiva, mas está também envolvida em encontrar oportunidades, criar valor e ao mesmo tempo protegê-lo.

Com a *devida venia*, a verdade é que não parece apropriado ou conveniente que o legislador, notadamente ao exercer sua competência para legislar sobre normas gerais de licitação, imponha uma modelagem única de controle a todas as unidades federativas, ao invés de admitir que cada organização, diante de suas peculiaridades, decida a maneira mais adequada para a alocação de recursos humanos e a definição de suas responsabilidades no procedimento licitatório e contratual da organização.

O artigo 170, por seu turno, estabelece que os órgãos de controle devem adotar critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco, considerando as razões apresentadas pelos responsáveis e os resultados obtidos com a contratação. Essas razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução do processo, não sendo desentranhada dos autos.

Além de mais algumas nuances de menor relevância, o referido artigo mantém a disposição, já presente na Lei nº 8.666/93, de que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao Tribunal de Contas competente contra irregularidades na aplicação da Lei nº 14.133/2021.

Já o artigo 171 estabelece algumas premissas para a atuação do controle.

A primeira é que ela deverá viabilizar a oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que tenham impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que eles disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício dessas possíveis proposições. Essa premissa, de forma interessante, sustenta a necessidade de um certo contraditório, como condição para possíveis propostas de encaminhamento.

Bom registrar que a oitiva prévia dos gestores sobre os fatos auditados ou questões analisadas pelos Tribunais de Contas já era uma

rotina nos processos de atuação dessas cortes. A utilidade do dispositivo parece ser a de acrescentar a necessidade de que os gestores se manifestem previamente sobre as possíveis propostas de encaminhamento. A ideia é que esta participação possa enriquecer a concretização de eventual proposta de encaminhamento, pelo órgão de controle, com subsídios (argumentos, dados, ponderações, entre outros), relacionados às perdas e ganhos decorrentes dessas proposições.

A segunda, que não traz propriamente inovação, é que devem ser adotados procedimentos objetivos e imparciais, além da elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, de modo a evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados.

É uma prescrição óbvia, desnecessária e despicienda, já que não se pode cogitar que um Tribunal de Contas atue em sentido contrário, com procedimentos subjetivos e parciais, relatório fundamentados não tecnicamente e afetados por interesses pessoais e interpretações tendenciosas. Independente desse dispositivo, tal disparate seria vedado pelo ordenamento jurídico.

A terceira é de que deve ser realizada a definição de objetivos, nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, de acordo com as finalidades da contratação, devendo, ainda, ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica.

Bem, como a fixação de objetivos para os regimes de execução previstos na Lei devem ser definidos ainda na etapa preparatória ou de planejamento, causa estranheza a previsão legal de que "na fiscalização de controle" devam ser definidos tais objetivos! Talvez a intenção do texto fosse indicar a "avaliação dos objetivos" e não a sua "definição", já que esta ocorre em momento precedente.

Provavelmente, contudo, o dispositivo mais interessante desse artigo é o seu § 1°. Ele define que o Tribunal de Contas, ao suspender cautelarmente o processo licitatório, deve se pronunciar definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão, definindo as causas da ordem de suspensão e o modo como será garantido o atendimento do

interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

O legislador definiu um prazo máximo 25 (vinte e cinco) dias úteis, prorrogável uma única vez, que se inicia com o recebimento das informações enviadas pelo órgão interessado, conforme regras definidas em seu §2°24, para que o Tribunal de Contas se pronuncie definitivamente. Contudo, a Lei não estabelece claramente quais os efeitos jurídicos decorrentes de eventual omissão do Tribunal de Contas ou de extrapolação desse prazo.

Para que a disposição de prazo não seja reduzida à inutilidade, afrontando a boa exegese (MAXIMILIANO, 2007, p. 204), extrapolado o prazo (com sua possível prorrogação), sem um pronunciamento definitivo do Tribunal, a suspensão cautelar do processo licitatório deve perder efeito jurídico. Não faria sentido o legislador definir um prazo máximo para tal pronunciamento, sem que o desrespeito a este limite produzisse qualquer efeito. Tal intelecção tornaria inútil a própria definição de prazo estabelecida pelo legislador.

Obviamente, diante da pertinência das questões suscitadas na medida cautelar de suspensão, mesmo extrapolado o prazo e superados os efeitos da medida, pode o gestor manter sustada a licitação, para contornar eventuais irregularidades ou riscos suscitados pelo órgão de controle, mesmo que em forma ainda não definitiva.

Já o artigo 172 do Projeto de Lei trazia uma disposição potencialmente polêmica, estabelecendo que "Os órgãos de controle deverão orientar-se pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativos à aplicação desta Lei, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e a propiciar segurança jurídica aos interessados". O dispositivo admitia que a decisão, excepcionalmente, pudesse não acompanhar a orientação da Súmula do TCU, desde que apresentasse "motivos relevantes devidamente justificados".

O dispositivo, se promulgado, vincularia os demais órgãos de controle, entre eles os Tribunais de Contas Estaduais, aos enunciados do Tribunal de Contas da União, o que envolve flagrante inconstitucionalidade,

²⁴ Art. 170. (omissis). (...) § 2º Ao ser intimado da ordem de suspensão do processo licitatório, o órgão ou entidade deverá, no prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação: I – informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão; II – prestar todas as informações cabíveis; III – proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso.

pois atenta contra a autonomia administrativa dos entes federativos. Bem sintetizaram Pedra, Oliveira e Amorim (2020):

O dispositivo legal é inconstitucional por adentrar nas competências constitucionais dos demais órgãos de controle (Tribunais de Contas Estaduais e Municipais e também Ministérios Públicos (Federal e Estaduais), estabelecendo uma hierarquia técnica onde a Constituição não autorizou.

Sob argumento de uma "pseudo" segurança jurídica o dispositivo menospreza as competências dos demais órgãos de controle, tentando dar ao TCU um *locus* hermenêutico que a CRFB não lhe atribuiu.

O Chefe do Executivo optou pelo veto ao artigo 172. Vale a transcrição das razões de veto:

Razões do veto

"A propositura estabelece que os órgãos de controle deverão orientarse pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativos à aplicação desta Lei, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e a propiciar segurança jurídica aos interessados.

Entretanto, e em que pese o mérito da propositura, o dispositivo ao criar força vinculante às súmulas do Tribunal de Contas da União, viola o princípio da separação dos poderes (art. 2°, CF), bem como viola o princípio do pacto federativo (art. 1°, CF) e a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 18, CF)."

Realmente, seria difícil admitir que a Lei pudesse vincular, por exemplo, os Tribunais de Contas Estaduais aos enunciados do Tribunal de Contas da União, pois não há suporte para tal subordinação jurídica em nosso ordenamento constitucional. Como lembram Aguiar, Albuquerque e Medeiros (2011, p. 181), a existência de diversos tribunais de contas devese, precipuamente, ao regime federativo, pelo qual os entes da federação gozam de autonomia, auto-organização e autoadministração.

De qualquer forma, convém refletir que a propositura legislativa, sem dúvida, foi reflexo do protagonismo alcançado pelo TCU nas últimas duas décadas, fruto, como já dito, de diversos fatores, entre eles a qualidade de seu corpo técnico, a decisão institucional de avançar sobre novas competências, o exercício de seu poder punitivo e a conquista de visibilidade social legitimadora.

Nada obstante o correto veto ao dispositivo, quem atua na área de licitações e contratos sabe que não apenas os enunciados de súmulas do TCU, mas suas decisões, mesmo desprovidas de caráter vinculante ou normativo, são adotadas como orientação para a atuação dos gestores e demais agentes públicos, inclusive dos órgãos de controle interno e mesmo dos órgãos de assessoramento jurídico.

Muitas vezes, mesmo sendo a decisão do TCU firmada face a situação específica, para um único processo, impressiona como a premissa firmada casuisticamente para tal resolução tópica ganha ares de jurisprudência em milhares de processos, muitas vezes sem a devida reflexão, por parte de gestores, órgãos de controle interno e de assessoramento jurídico, sobre a aplicabilidade das premissas ali definidas para tantas outras situações. E frise-se, independentemente de qualquer previsão legal, essa influência se dá também em relação a órgãos de controle estaduais e municipais.

Contudo, uma coisa é o prestígio, respeito e influência conquistados pela atuação do Tribunal de Contas da União, outra é admitir uma subordinação definida pela Lei, em evidente afronta ao regime de divisão de competências estabelecido pelo constituinte.

Seria inconstitucional a tentativa de subordinar o exercício do juízo discricionário do gestor público ou mesmo as competências do órgão de controle interno e do órgão de assessoramento jurídico aos enunciados de súmulas aprovadas pelo TCU. Sem ignorar o reconhecimento alcançado pelo Tribunal, notadamente em matéria de licitações e contratos, "reivindicar a ordem significa exigir que a aplicação do direito respeite as regras fundamentais estabelecidas em nosso ordenamento" (BOBBIO, 2006, p. 230) e entre elas encontram-se as competências constitucionais e a autonomia existente entre os Poderes, já que a existência do próprio Estado de Direito pressupõe "que se respeite o princípio de separação dos poderes" (MAIRAL, 2018, p. 33).

Neste sentido, Rosilho (2019, p. 187) ressalta o equívoco de hierarquizar juízos de valor emitidos dentro da legalidade por órgãos distintos e não subordinados; ponderando ainda a impertinência de sustentar que, diante de divergência de opinião entre o TCU e o gestor público, deveria prevalecer o ponto de vista do controle externo, e não daquele cuja missão (conferida pelo Direito) é justamente a de realizar atividades administrativas e decidir a melhor maneira de concretamente alocar recursos públicos", desde que dentro da legalidade.

E continua o autor:

Note-se que quando o TCU decide fiscalizar o mérito de despesas e a qualidade de gastos públicos ele pode e deve se manifestar, mas pelos veículos próprios, inseridos no âmbito de sua jurisdição indireta — publicando e divulgando relatórios, orientando a Administração Pública a aprimorar suas práticas e métodos, dialogando com gestores e, se for o caso, representando às autoridades competentes; nessa seara não é competente para obrigar a Administração e seus gestores a incorporar suas preferências a práticas administrativas, sob pena de deixar de ser órgão de controle externo (função que lhe foi expressamente atribuída pelo texto constitucional), passando a ser uma espécie de revisor geral de Executivo (função que, propositadamente, não lhe foi conferida pela constituição) (ROSILHO, 2019, p. 187).

Por fim, o artigo 173 estatui que os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução da lei de licitações e contratos, "incluídos cursos presenciais e à distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas".

Na prática, há muitos anos, as escolas de contas já atuam nesse sentido, embora de forma insuficiente a atender toda a demanda existente. Parece mais um dispositivo legal desnecessário, que não pode ser interpretado como um comando legal de exclusividade às escolas de contas, para a promoção de eventos e cursos de capacitação. Em primeiro, porque seria uma inconstitucional afronta à livre iniciativa; em segundo, porque as escolas de contas não possuem condições de atender integralmente às variadas necessidades de capacitação nessa área.

4. CONCLUSÃO

A Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA), vem se caracterizando como um diploma normativo deveras analítico que, repetindo parcialmente a plataforma da Lei nº 8.666/93, agregou disposições do RDC (Lei nº 12.462/2011), da Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), além de outros diplomas, normativos infralegais e, sobretudo, manifestações jurisprudenciais do Tribunal de Contas da União.

Da leitura do texto legal é evidente a influência dos órgãos de controle no texto aprovado pelo legislador, ao consolidar diversos entendimentos deduzidos da Jurisprudência do TCU e também ao dedicar capítulo próprio às atividades de controle.

Mesmo com o veto do Chefe do Executivo, ao artigo 172, que previa certa vinculação dos demais órgãos de controle aos enunciados de súmulas aprovadas pelo TCU, o texto legal possui marca indelével do conteúdo das decisões daquele Tribunal e mantém respeitoso posicionamento ao controle, como um protagonista no ambiente licitatório e contratual.

Como analisado no artigo, esta posição de destaque é fruto de uma evolução legislativa que vem acompanhando o avanço das competências definidas pelos constituintes para o controle externo. Cada vez mais o controle, notadamente representado pelo Tribunal de Contas da União, busca uma atuação que se expande para além da mera análise de legalidade dos gastos feitos pelos responsáveis por recursos públicos.

De qualquer forma, as disposições descritas pelo Capítulo III, do Título IV não encerram a influência dos órgãos de controle nas disposições legais. Os entendimentos consolidados por tribunais de contas e controladorias foi deveras refletido nas disposições definidas pelo legislador, que manteve uma legislação analítica e preocupada com formalidades e instrumentos para evitar desvios e corrupção. Outrossim, as orientações exaradas por Tribunais de Contas e por controladorias, certamente, influenciarão e muito os limites de utilização da novel legislação.

Se essa atuação proeminente dos órgãos de controle é fundamental para mitigar riscos de desvios e induzir um maior profissionalismo na gestão pública, por outro, pode gerar disfuncionalidades quando, pelo risco de punição ao "erro", tolhe experimentalismos e amplia o risco às inovações, sobretudo por gestores honestos e arrojados, desestimulando-os a ocupar cargos sensíveis, o que pode produzir uma seleção adversa no recrutamento dos agentes públicos para o exercício dessas funções.

Encontrar o equilíbrio é um dos grandes desafios dos órgãos de controle qualificados e maduros, que conseguem compreender esse problema.

Não tivemos a perspectiva de esgotar, no presente artigo, a solução para este desafio, mas sim trazer dados históricos e elementos jurídicos relevantes para a compreensão do tratamento dado ao controle pela Lei

 $\rm n^o$ 14.133/2021, em um cenário no qual os custos de correntes do controle eminentemente burocrático começam a ser postos em xeque.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. *A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 181.

AS TRÊS LINHAS DE DEFESA SÃO ATUALIZADAS E A GESTÃO DE RISCO GANHA PROTAGONISMO. Disponível em: https://vicenzisantiago.com/gestao-de-risco-e-o-modelo-de-tres-linhas-de-defesa/. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Constituição Federal de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 22 fev. 2021.
Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ Constituicao34.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.
Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.
Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.
Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 22 fev. 2021.
Constituição da República Federativa do Brasil de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 fev. 2021.
Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito* (trad.). Ícone, 2006. p. 230.

BUZAID, Alfredo. *O Tribunal de Contas do Brasil.Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 62(2), 37-62. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66514/69124. Acesso em: 22 fev. 2021. p. 37-62.

CHAMBERS, Richard. O The IIA Redesenhará as Linhas de Defesa? Disponível em: https://iiabrasil.org.br/noticia/o-the-iia-redesenhara-as-linhas-dedefesa. Acesso em 24/02/2021.

CORREIA, Fernando Alves. *Justiça constitucional.* 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2019

FIUZA, Eduardo; SANTOS, Felippe Vilaça Loureiro; LOPES, Virgínia Bracarense; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *Compras públicas centralizadas em situações de emergência e calamidade pública*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36397. Acesso em: 20 dez. 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA, Egon Bockmann. *A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente.* R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020. Publicação original na Revista de Contratos Públicos do CEDIPRE (Universidade de Coimbra).

HEINEN, Juliano. *Controle das licitações e contratos públicos – linhas de defesa e atores.* Disponível em: http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/14/controle-das-licitacoes-e-contratos-publicos-linhas-de-defesa-e-atores/. Acesso em: 19 abr. 2021.

JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. NÓBREGA, Marcos. Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa. R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

MAIRAL, Héctor A. As raízes legais da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. São Paulo: editora contracorrente, 2018. p. 25 e 33.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 204.

MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. *Implementando a gestão de riscos no setor público*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 67.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As normas de Direito Público na Lei de Introdução do Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 34 e 106.

_____ Há uma discricionariedade técnica. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, v. 26. N. 28, p. 107-148, 2016. Disponível em: www.periodicos.ufba.br. Acesso em: 24 dez. 2020.

NÓBREGA, Marcos. CAMELO, Bradson. O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles? O modelo de licitações que temos no Brasil é eficiente?. Disponível www. https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lopes-meirelles-15102020. Acesso em: 24 dez., 2020.

NOBREGA, Marcos. TORRES, Ronny Charles L. de. A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace o turning point da inovação nas compras públicas. 2020. Disponível em https://www.olicitante.com.br/e-marketplace-turning-point-inovacao-compras-publicas. Acesso em: 24 dez. 2020.

PEDRA, Anderson; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de; AMORIM, Victor. *O projeto da nova Lei de licitações e a espada de Dâmocles: sanção versus veto e uma tentativa de contribuição ao PL nº 4.253/2020.* Disponível em: encurtador.com. br/dewF7. Acesso em: 09 mar. 2021.

PESSOA, João Gustavo de Paiva; SILVA, José Alexsandre Fonseca da. Sistemas de controle externo - abordagem sobre o sistemas anglo-saxão e latinoamericano. Disponível em: https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/ RCDA/article/view/243. Acesso em: 27 fev. 2021.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editora, 2013. p. 29, 20, 31, 36, 48-62.

ROSILHO, André. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: Competência, Jurisdição e Instrumentos de Controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 58/61, 187 e 188.

SANTOS, Rodrigues Valgas. *Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos.* São Paulo: Thompson Reuters, 2020. p. 324/332.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In SUNDFELD,

Carlos Ari; ROSILHO, André. Tribunal de Contas da União no direito e na realidade. São Paulo: Almedina, 2020. p. 19-58.

THE IIA'S THREE LINES MODEL – 2020. Disponível em: https://na.theiia.org/about-ia/PublicDocuments/Three-Lines-Model-Updated.pdf. Acesso em: 22 fev. 2021.

TRISTÃO, Conrado. *Tribunais de Contas e controle operacional da Administração. In* SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Tribunal de Contas da União no direito e na realidade. São Paulo: Almedina, 2020. p. 99-112.

ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia. *A nova Lei de Licitações como sedimentação da jurisprudência do TCU*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opiniao-lei-licitacoes-jurisprudencia-tcu. Acesso em: 19 abr. 2021.

RECEBIDO EM: 12/05/2021 APROVADO EM: 10/09/2021

A PROIBIÇÃO DE REDUÇÃO DO DESCONTO ORIGINAL DA PROPOSTA NA CELEBRAÇÃO DE ADITIVOS AOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA¹

THE PROHIBITION OF REDUCING THE ORIGINAL DISCOUNT OF PROPOSALS IN THE MODIFICATION PUBLIC CONTRACTS

André Rosilho

Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público. Doutor em Direito Administrativo pela USP. Mestre em Direito pela FGV Direito SP.

Gabriela Duque Poggi de Carvalho

Mestranda em Direito Administrativo na PUC/SP. Pesquisadora do grupo de pesquisa "Formas contemporâneas de contratação pública e seu impacto e efetividade nas atividades administrativas" da PUC/SP. Pesquisadora do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público. Advogada no Da Fonte Advogados

¹ Os autores agradecem à Milena Santana, pesquisadora do Grupo Público da FGV Direito SP + SBDP, pelo apoio na revisão do texto.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A origem da regra: do *método do balanço* ao *método do desconto* na jurisprudência do Tribunal de Contas da União; 2 Positivação da proibição da redução da diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global do orçamento da licitação; 3 Análise dos possíveis efeitos da vedação à redução da diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço de referência definido no Edital e dos pressupostos adotados em sua criação; 4 Considerações Finais; Referências

RESUMO: O artigo faz uma análise crítica da regra criada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), e posteriormente incorporada na legislação nacional, de proibição da redução, mediante a celebração de aditivos, da diferença percentual entre o valor global de contratos de obra pública e o do orçamento base da respectiva licitação. Como método, utiliza-se o levantamento e análise da jurisprudência do TCU e da legislação e doutrina nacionais. Tomando por base o contexto em que a proibição surgiu e as normas jurídicas que passaram a prevêla, o artigo argumenta que a aplicação da regra de forma generalizada pode ocasionar distorções nos preços dos contratos de obras públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato administrativo. Obra pública. Aditivo. Desconto. Equilíbrio econômico-financeiro. Tribunal de Contas da União.

ABSTRACT: The article analyses a directive created by the Tribunal de Contas da União (TCU), and later incorporated into national legislation, according to wich the reduction, by contract amendements, of the percentage difference between the global value of the contract and that of the public administration's budget would be forbidden. As a method, the survey and analysis of the TCU's jurisprudence, national legislation and doctrine are used. Based on the context in which the ban arose, and also in legal norms that absorbed it, the article argues that the general application of the rule can cause price distortions on public works contracts.

KEYWORDS: Administrative contract. Public works. Amendment. Discount. Financial and economic balance. Tribunal de Contas da União.

INTRODUÇÃO

A proibição da redução da diferença percentual em entre o valor global dos contratos de obras públicas e serviços de engenharia e o preço global de referência da respectiva licitação foi criada com o objetivo de limitar as alterações em contratos administrativos e de reduzir o espaço para desvios. A regra teve origem na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), em 2004, e foi desenhada a partir de método criado para o cálculo dos prejuízos sofridos pela administração pública em razão da prática do chamado *jogo de planilha*.

A regra foi reafirmada inúmeras vezes pelo controlador e ganhou força ao longo do tempo. Segundo as decisões, seu propósito original era evitar danos à administração pública decorrentes do *jogo de planilha* em contratos de obras públicas e, posteriormente, passou a visar também a manutenção da inicial equação econômico-financeira dos ajustes.

Em 2008, ela curiosamente foi positivada pela Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2009 — diploma vocacionado para vigorar por apenas um ano. A partir daí, a vedação passou a compor todas as LDOs subsequentes, de 2010 até 2013, ano em que foi transposta para o Decreto Federal n°. 7.983, de 2013, que estabeleceu regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia contratados e executados com recursos do orçamento da União. Também em 2013, foi inserida no Decreto Federal n°. 7.581, que regulamenta a Lei n°. 12.462, de 2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), mediante as alterações introduzidas pelo Decreto n°. 8.080. Agora, em 2021, foi incluída na Lei n°. 14.133, de 1° de abril de 2021, a nova Lei Geral de Licitações e Contratos (art. 128). O diploma generalizou a regra para toda a administração pública brasileira.

O presente estudo expõe o histórico da criação e positivação da referida vedação, examinando em seguida potenciais efeitos de sua aplicação e a procedência dos seus pressupostos fáticos e jurídicos. O objetivo geral do artigo é fazer uma análise crítica da regra, até há pouco aplicada apenas em alterações de contratos de obras públicas financiadas com recursos do orçamento da União Federal, ou executados sob o regime especial previsto na Lei do RDC

O texto trabalha com duas hipóteses. A primeira, é a de que os pressupostos que estão na origem da proibição são equivocados. A segunda, é a de que sua aplicação de forma generalizada, na forma da Nova Lei de Licitações, pode gerar distorções nos preços nos contratos de obras.

Como método, utilizou-se o levantamento e análise da jurisprudência do TCU, da legislação e da doutrina nacional.

No item 1, serão apresentados os antecedentes da regra criada pela jurisprudência do TCU, bem como o seu âmbito de aplicação. No item 2, serão expostos os fundamentos jurídicos que deram base à proibição. O item 3 faz um exame da procedência dos pressupostos sobre os quais a regra foi criada, apresentando-se evidências de que sua aplicação de forma generalizada, na forma da Nova Lei de Licitações, pode ocasionar distorções nos preços contratuais. Ao final, no tópico 4, são propostas reflexões sobre o tema.

1. A ORIGEM DA REGRA: DO MÉTODO DO BALANÇO AO MÉTODO DO DESCONTO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O TCU sempre teve importante papel no controle de gastos públicos oriundos do orçamento da União Federal. Sua atuação proporcionou melhorias significativas nas rotinas da administração pública relacionadas à celebração e gestão dos contratos de obras públicas.

Dentre as práticas insistentemente combatidas pela Corte de Contas está o chamado *jogo de planilha*². Diz-se ocorrer *jogo de planilha* quando o licitante, ciente de que o contrato de obras licitado precisará ser modificado no curso de sua execução, normalmente por falhas no projeto básico, insere, em sua proposta, preços unitários com maior margem de lucro para os itens cujas quantidades precisarão ser majoradas ao longo da execução do contrato e preços unitários com menor margem (ou até mesmo com margens irreais) para itens que serão executados em menor quantidade. Os preços superestimados são compensados com os subestimados e o valor

Não existe definição legal de jogo de planilha. O termo é utilizado com frequência em decisões dos tribunais de contas. Ilustra-se esse conceito a partir do voto do relator do Acórdão nº. 1.755/2004-TCU-Plenário (BRASIL, 2004a): "existirá o jogo de planilha sempre que o conjunto probatório constante dos autos permita inferir o intuito de burlar a licitação e alterar, em desfavor do erário, as condições econômico-financeiras originalmente estabelecidas. Ou seja, caberá perscrutar se, no caso concreto, a alteração ocorre para lograr proveitos ilegítimos ou se atende ao interesse público. Portanto, para o deslinde da questão, deve ser privilegiado o exame da conduta finalística dos agentes envolvidos". Com o passar dos anos, o "conceito" de "jogo de planilha" foi sendo alterado na jurisprudência do TCU. As decisões mais recentes tendem a considerar configurado o "jogo de planilha" a partir da constatação de modificação na diferença percentual entre o valor global do contrato e o orçamento de referência da administração pública. Nesse sentido apontam os Acórdãos nºs 1414/2015 (BRASIL, 2015a) e 2714/2015 (BRASIL, 2015b), ambos do Plenário.

global da proposta fica abaixo do limite estabelecido no edital, além de competitivo em relação aos das demais licitantes. No curso da execução do contrato, são feitas alterações no objeto contratado, para fins de majorar as quantidades de itens com maior lucro, incluir novos itens e reduzir ou excluir os de menor lucratividade.

O jogo de planilha consiste em manobra ardil, que resulta, em termos matemáticos, na alteração da razão entre o valor global da proposta vencedora e o preço limite estabelecido no edital em desfavor da administração pública.

A semente da regra da obrigação de manutenção da diferença percentual entre o valor global da proposta vencedora e o preço de referência na licitação está na busca, pelo TCU, de método para quantificar o dano decorrente do *jogo de planilha* em contratos de obras — o qual, uma vez apurado, balizaria a futura ordem de ressarcimento.

É possível dividir o histórico da criação da regra pelo TCU em duas fases. A primeira inicia-se em 2003, quando produzido o chamado *método do balanço* para a apuração do prejuízo. A segunda ocorreu a partir de 2004, com a substituição do *método do balanço* pelo denominado *método do desconto*, a partir de críticas ao primeiro. Neste mesmo momento, a referida regra, cuja criação foi motivada pela necessidade de definição de uma fórmula apta a calcular o valor do dano sofrido pela administração pública decorrente dos aditivos em contratos de obras com *jogo de planilha*, teve sua aplicação ampliada, e passou a ser utilizada, também, para a correção daquilo que o TCU considerou desequilíbrio contratual, ocasionado por alterações em seu objeto.

A primeira fase foi inaugurada pelo Acórdão nº. 583/2003-TCU-Plenário (BRASIL, 2003), de relatoria do Ministro Marco Vinicius Vilaça, proferido em processo do tipo levantamento de auditoria. Em seu voto, o ministro defendeu que o cálculo do prejuízo decorrente das referidas alterações contratuais deveria ser realizado mediante o comparativo entre o valor global do item contratual após a alteração quantitativa e o preço total do item para a mesma quantidade calculado a partir da referência de mercado (no caso, foram utilizados os preços do Sistema Nacional de Custos de Obras – Sicro³, pois a auditoria teve como objeto as obras de restauração e duplicação da rodovia BR-101/SE).

³ Trata-se do sistema de referência de preços desenvolvido e mantido a partir dos preços das obras e serviços de engenharia contratados pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT. Suas tabelas podem ser consultadas em: https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/planejamento-e-pesquisa/

Feita a comparação, seria considerado "prejuízo para o erário" o valor da diferença quando o preço global do item cuja quantidade foi alterada previsto no contrato for superior ao valor calculado a partir dos preços de referência para a mesma quantidade; e "ganho para o erário" quando a diferença for no sentido contrário. O balanço entre o "prejuízo para o erário" e o "ganho para o erário" resultaria no dano decorrente do *jogo de planilha* a ser ressarcido à administração pública. A tabela reproduzida abaixo, extraída do voto do relator do acórdão, ilustra bem o raciocínio adotado.

Item	Qtd.	Qtd.	Preço	Preço	Prejuízo	Ganho p/
	original	revista	Тор	mercado	p/ o erário	o erário
ECT 1ª cat.	145.160	216.564,05	4,90	2,50	171.369,72	
2.000/3.000m						
Sarjeta	22.183	8.978	7,97	16,97	118.845,00	
triangular STC						
02						
Muros de	385	2.109	40,04	90,04		86.200,00
contenção						
Boca BSCC	2	1	3.466,85	2.850,00		616,85
1,00x2,15m						
TOTAL					203.397,87	

Essa fórmula para se calcular o dano foi denominada *método do balanço*. O voto do relator foi acolhido pelos demais ministros em sessão plenária realizada na data 28 de abril de 2013. A partir daí o método passou a ser adotado pelas unidades técnicas do TCU para apurar dano decorrente das alterações em contratos de obras em que verificado *jogo de planilha*. Em circunstâncias específicas, a sistemática também era aplicada, preventivamente, para fins da análise dos potenciais repercussões financeiras de aditivos contratuais antes de sua celebração, inviabilizando aqueles em que a aplicação do método apontasse para a ocorrência de prejuízo ao erário.

No ano seguinte, por meio do Acórdão nº. 1.755/2004-TCU-Plenário (BRASIL, 2004b), proferido em julgamento aos embargos opostos no Processo TC 005.528/2003-6, o ministro relator Walton Alencar Rodrigues propôs um novo método para enfrentar o problema da alegada redução da vantajosidade da proposta declarada vencedora na licitação mediante a celebração de aditivos aos contratos de obras.

custos-e-pagamentos/custos-e-pagamentos-dnit/sistemas-de-custos/sicro>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2021.

Segundo o ministro, o *método do balanço* produziria situações injustas e desequilíbrio contratual em determinadas circunstâncias⁴. Exemplo disso seria o caso de aditivos que promovem supressões de itens com preços inferiores aos de mercado. Na hipótese, a aplicação do *método do balanço* apontaria – injustamente, segundo o relator - para a ocorrência de prejuízo ao erário. Outro caso em que o método resultaria em desequilíbrio econômico-financeiro do contrato seria o de majoração de quantidades de itens com preço unitário inferior ao valor de mercado ou de redução de quantitativo de item cujo preço contratual fosse superior ao de mercado. Nessas duas hipóteses a aplicação do *método do balanço* apontaria para a ocorrência de ganho para o erário a ser reparado pela administração pública em favor do contratado – ou, então, a ser compensado com eventual valor correspondente a dano ao erário.

Ainda segundo o relator, reconhecer a ocorrência de prejuízo ao contratado (na hipótese de majoração de quantidades de item com menor lucratividade em relação aos demais preços de sua proposta) infringiria o art. 65, §1º, da Lei 8.666, de 2013, que obriga a contratada a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos e as supressões no limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato para o caso de obras, serviços ou compras⁵.

Com a crítica acima, o ministro Walton Alencar Rodrigues propôs um novo método para a apuração do prejuízo sofrido pela administração pública resultante dos aditivos contratuais. O novo método foi chamado

⁴ Nesse sentido veja o trecho do voto do relator adiante transcrito: "Ocorre que, em determinadas situações, o método do balanço conduz a situações injustas ou destituídas de amparo no arcabouço jurídico. Quando há redução ou supressão de itens cujos preços da proposta vencedora são inferiores aos preços orçados, o método preconiza que essas diferenças sejam consideradas como prejuízo potencial ao Erário" (BRASIL, 2004b).

O trecho do voto do relator adiante reproduzido ilustra bem a posição do ministro relator nesse ponto: "Ora, abonar a tese que considera prejuízo da empresa contratada a diferença a menor entre o preço de mercado para determinado item de serviço, no qual houve acréscimo de quantitativo, e o preço unitário da proposta da contratada, além de contrariar flagrantemente a lei, poderia causar perplexidades ao administrador público e ao próprio Tribunal, como, aliás, bem aponta a embargante, às fls. 8, in limine, de seu arrazoado. O mesmo raciocínio se aplica para o caso da redução de quantitativo de item cujo preço contratual é superior ao de mercado. A título ilustrativo, suponha-se que, ao celebrar aditivo ao contrato, o contratante entenda necessário acrescer a quantidade de serviço de terraplenagem, cujo valor unitário é expressivamente menor que o de mercado. Com base no método do balanço, a contratada haveria de reclamar o pagamento de indenização dessa diferença à Administração Pública, quando, por força do art. 65, §1º, da Lei 8.666/93, deve manter o mesmo preço unitário do serviço inicialmente ofertado. Assim, carece de fundamentação jurídica apropriar como direito creditório, em favor da contratada, eventual diferença a menor entre o preço unitário estabelecido no contrato e o preço de mercado, para a quantidade acrescida, mediante termos aditivos, de determinado item de serviço" (BRASIL, 2004b).

de *método do desconto* e consiste na aferição da ocorrência de redução, por meio de aditivos contratuais, da diferença percentual entre o valor global da proposta vencedora e o valor de referência da licitação orçado pela administração pública contratante. Segundo essa lógica, tal diferença percentual consistiria em *desconto* ofertado pela proposta da licitante em relação ao valor do orçamento base e a sua redução implicaria na diminuição da vantajosidade do contrato em desfavor da administração pública. Assim, uma vez diminuído o desconto mediante aditivos em contratos com *jogo de planilha*, o contratado estaria obrigado a ressarcir o valor correspondente ao percentual reduzido.

Ampliando o espectro da regra, a decisão considerou que a diminuição do desconto poderia, em determinadas circunstâncias, resultar no desequilíbrio econômico-financeiro do contratual, podendo a fórmula ser utilizada também para sua correção, e não somente para a reparação dos danos ocasionados pelo *jogo de planilha*.

Além da nova forma de cálculo, a decisão fixou um roteiro a ser seguido pelos gestores públicos com a finalidade de evitar ou, conforme o caso, corrigir as consequências do *jogo de planilha* e do desequilíbrio contratual⁶. O roteiro traz desde recomendações gerais, como a exigência

[&]quot;a) exigir que o projeto básico, com os elementos descritivos a ele pertinentes, seja tecnicamente adequado e atualizado, no momento da realização da licitação de obras públicas, conforme prescrevem os arts. 6°, inciso IX, e 7°, ambos da Lei 8.666/93, evitando-se alterações contratuais que o desnaturem ou que sejam motivadas por erros grosseiros, omissões, insuficiências ou obsolescência do projeto básico, o qual deve permitir a correta aferição dos quantitativos de servicos necessários à execução integral da obra; b) ainda que a licitação seja para contratação de obra no regime de empreitada por preço global, o edital deverá expressamente adotar critério de aceitabilidade de preços unitário e global, como determina o art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93; c) havendo necessidade de celebração de aditivos contratuais, certificar-se de que a alteração contratual não se destina a suprimir a vantagem econômica inicialmente obtida pela Administração ("jogo de planilha"), devendo a revisão ser coerente com o projeto básico; d) na eventualidade de ter sido celebrado termo aditivo que evidencie a prática do "jogo de planilha", deverá ser exigida a restauração do desconto percentual ofertado inicialmente pela licitante vencedora, a fim de manter as condições efetivas da proposta e preservar a vantagem do contrato e, se for o caso, anulado o termo aditivo modificador das condições originais; e) afastada essa hipótese, sendo a alteração tecnicamente justificável, por corresponder a um avanço qualitativo ou quantitativo genuíno em relação ao projeto da obra (art. 65, inciso I, alíneas "a" e "b", da Lei 8.666/93), e efetuada exclusivamente para atender ao interesse público e não para propiciar ganhos indevidos, tudo amplamente comprovado, se o termo aditivo vier a reduzir ou suprimir o desconto originalmente concedido sobre o orçamento-base, essa circunstância acarretará a presunção de possível desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a ser completa e cabalmente confirmada ou refutada pela Administração, oferecendo-se ampla oportunidade de manifestação da empresa contratada; f) na celebração de aditivos contratuais nos quais são acrescidos os quantitativos de serviços já previstos, os preços unitários devem limitar-se, no máximo, pelo valor de mercado. Caso o valor do contrato seja inferior ao de mercado, prevalece o da avença, consoante prescreve o art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93; e g) na celebração de aditivos contratuais nos quais são acrescidos novos itens de serviços, não previstos no contrato original, os preços

de que o projeto básico esteja atualizado na época da licitação, de modo a evitar alterações no curso das obras, até a postura a ser seguida no caso de aditivos. Neste ponto, disse a decisão, em resumo: (a) no caso de alterações para a inclusão de novo item não previsto na planilha original do contratual, o seu preço deve ser "deduzido de itens congêneres" já previstos no contrato, e o valor de mercado será sempre um limitador para o preço do item incluído; e (b) quando houver acréscimo na quantidade de itens que compunham a planilha contratual original, os valores devem igualmente ser limitados aos preços de mercado ou aquele previsto no contrato, caso este seja inferior ao primeiro.

O ponto de maior importância da referida decisão para o tema aqui tratado é a criação da presunção (relativa) de que toda vez que os aditivos reduzem o desconto original da proposta há desequilíbrio econômico-financeiro do contrato — presunção essa a ser afastada ou confirmada pela administração.

A partir dessa ideia, o *método do desconto* passou a ser utilizado para corrigir os efeitos do *jogo de planilha* e do desequilíbrio contratual. A solução consiste em aplicar a regra para fins da renegociação dos preços unitários previstos nos aditivos contratuais, de maneira a manter a razão entre o valor global da proposta e o orçamento base da licitação e, na eventualidade de o contratado não aceitar a condição, promover-se a rescisão unilateral da avença fundada no interesse público.

O Acórdão nº. 1.755/2004-TCU-Plenário (BRASIL, 2004b) foi adotado como paradigma pelo TCU e o *método do desconto* passou a ser utilizado a partir de então nas auditorias realizadas nos contratos de obras em geral e pelos gestores públicos na celebração de aditivos. Diversas foram as decisões após aquele acórdão que aplicaram o método como uma espécie de algoritmo capaz de revelar a ocorrência do *jogo de planilha* ou do desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos⁷. Com mínimas distinções, o Tribunal vem repetindo e reforçando a utilização do

unitários devem ser deduzidos dos preços dos itens congêneres previstos no contrato original e das condições licitadas, , não se admitindo que, nas suas composições de preço, constem custos elementares de insumos diferentes dos atribuídos aos mesmos insumos em composições preexistentes nem taxas de consumo ou de produtividade em visível desacordo com as especificadas em composições semelhantes, atentando-se para o fato de que o preço de mercado sempre deverá servir de limitante superior" (BRASIL, 2004b).

⁷ Nesse sentido, veja, por exemplo, em ordem cronológica, os Acórdãos nºs 1.767/2008 (BRASIL, 2008), 1.599/2010 (BRASIL, 2010), 2.630/2011 (BRASIL, 2011), 2.654/2012 (BRASIL, 2012), 467/2015 (BRASIL, 2015c) e 2.714/2015 (BRASIL, 2015d).

método em suas manifestações, sem fazer ressalvas sobre os pressupostos e fundamentos adotados no desenho da regra, acolhendo-os inteiramente.

Esses foram o contexto e o histórico do nascimento da regra da proibição da redução do desconto original da proposta em relação ao valor do orçamento base dos contratos de obras mediante aditivos. Trata-se de criação da jurisprudência do TCU, sem qualquer referência na legislação até o ano de 2009⁸.

2. POSITIVAÇÃO DA PROIBIÇÃO DA REDUÇÃO DA DIFERENÇA PER-CENTUAL ENTRE O VALOR GLOBAL DO CONTRATO E O PREÇO GLOBAL DO ORÇAMENTO DA LICITAÇÃO

De 2004 a 2009, a regra da manutenção do desconto original da proposta foi aplicada a contratos de obras públicas exclusivamente com base nas recomendações do TCU.

Em 2008, o *método do desconto* foi positivado. Isso se deu através da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2009, Lei nº. 11.768, de 2008. O § 6º do art. 109 da Lei, inserido no capítulo dedicado às suas disposições gerais, estabeleceu que, no caso dos contratos de obras e serviços financiados com recursos da União Federal, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos previstos no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI⁹, mais conhecido como tabela SINAPI, não poderia ser reduzida em favor do contratado por meio de aditivos¹⁰-¹¹.

⁸ Em 2012, a regra foi incorporada no Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do TCU, mediante sua revisão aprovada pela Portaria SEGECEX 33/2012(BRASIL, 2012).

⁹ O SINAPI é um sistema de referências de preços mantido pela Caixa Econômica Federal e IBGE. As referências são desenvolvidas e divulgadas mensalmente a partir da média do preço de itens de mão de obra, materiais, máquinas e equipamentos e serviços da construção civil para os setores de saneamento básico, infraestrutura e habitação. Maiores informações podem ser obtidas em . Acesso em: 25 de fevereiro de 2021.

¹⁰ Art. 109, § 6°: "A diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária".

¹¹ Guilherme Jardim Jurksaits (2011, p. 1.275-1.296) trata da interação entre as leis de diretrizes orçamentárias e o controle externo, demonstrando como estas, ao longo do tempo, passaram a regrar a atuação do TCU, especialmente nos contratos de obras públicas. No caso da regra comentada no presente verifica-se o sentido inverso: a leis de diretrizes incorporando a orientação do controlador.

Veja-se que a lei, distanciando-se da jurisprudência do TCU, previu a aplicação da regra a todos os contratos de obras e serviços de engenharia financiados com recursos federais, independentemente da constatação de *jogo de planilha* ou de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

No trâmite do Projeto de Lei do Congresso Nacional nº 001/2008, que originou a LDO para o ano de 2009, foram gerados todos os documentos de praxe do processo legislativo, mas nenhum expõe as razões pelas quais se propôs a positivação da regra em debate. Os referidos documentos revelam apenas que a disposição não constava do projeto original, tendo surgido na proposta de substitutivo apresentado pela relatoria à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMO do Congresso Nacional¹².

A regra foi repetida nas LDOs para 2010, 2011, 2012 e 2013, com algumas distinções, conforme histórico a seguir.

A Lei nº. 12.017, de 2009, Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 2010, reproduziu a disposição da LDO para 2009, tendo apenas incluído a menção à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias — SICRO como referência para o orçamento base no caso de obras e serviços em rodovias, cuja diferença entre seu valor global e o da proposta vencedora não poderia ser reduzida. As primeiras LDOs a preverem a regra, LDOs para 2009 e 2010, não trouxeram exceção à aplicação da restrição.

A Lei nº 12.309, de 2010, que fixou as diretrizes para o orçamento de 2011, estabeleceu igualmente a impossibilidade de redução do desconto por meio de aditivos, contudo, pareceu ter definido, para o caso das empreitadas por preço global, uma exceção à aplicação da vedação, notadamente quando verificadas "condições especiais, devidamente justificadas em relatório técnico circunstanciado, elaborado por profissional habilitado e aprovado pelo órgão gestor dos recursos ou seu mandatário" (art. 127, §6°, VI). A redação do dispositivo é confusa e gera dúvidas quanto ao que estabelece.

A Lei n°. 12.465, de 2011, Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2012, repetiu *ipsis litteris* as disposições da LDO anterior, as quais foram igualmente reproduzidas na Lei n°. 12.707, de 2012, Lei Diretrizes Orçamentárias para o ano 2013. Nessa última, as disposições foram previstas em um capítulo específico da lei, que versa sobre os custos de obras

¹² A Nota Técnica Conjunta nº 69/2008 da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMO do Congresso Nacional, datada de 30 de junho de 2008, expõe os principais temas da proposta de substitutivo da relatoria ao projeto de lei.

e serviços de engenharia, diferentemente das demais antes mencionadas, que previram as regras no capítulo de suas disposições gerais. Afora essa distinção de ordem formal, não há diferença entre os dispositivos da LDO para 2013 e os das LDOs para 2011 e 2012.

Como se vê, a vedação à redução do desconto original da proposta foi positivada inicialmente através das leis de diretrizes orçamentárias, que vigoraram entre 2009 e 2013. Essa espécie legislativa apresenta particularidades, dentre elas, o período anual de vigência, seus destinatários e temática própria definida no art. 165, §2°, da Constituição Federal, tendo ela o objetivo exclusivo de definir as metas e prioridades da Administração Pública Federal, orientar a elaboração da lei orçamentária anual e dispor sobre alterações na legislação tributária e política de aplicação das agências oficiais de fomento. Há vedação expressa no §8° do mesmo dispositivo constitucional à inclusão de outras matérias na norma.

A limitação à celebração de aditivos que reduzam a diferença percentual entre o preço da proposta e o seu correspondente segundo as tabelas oficiais de referência de preços claramente não se insere no rol dos temas passíveis de tratamento na LDO, de modo que as disposições comentadas são inconstitucionais¹³.

Alterando a espécie legislativa utilizada na positivação da regra, em abril de 2013, foi promulgado o Decreto Federal nº. 7.983, de 2013, que estabelece regras e critérios a serem seguidos por órgãos e entidades da Administração Pública Federal para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, conforme declara o ser art. 1°.

O art. 14 inserido no Capítulo III do Decreto, que trata sobre a formação dos preços das propostas e celebração de aditivos em contratos de obras e serviços de engenharia, vedou a alteração da proporção entre o valor global do contrato, em favor do contratado, e o preço global de referência através de aditivos contratuais, excetuando da regra o caso dos contratos sob o regime de empreitada por preço unitário e tarefa em que a alteração do desconto seja realizada para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro da avença, e desde que os preços do aditivo não ultrapassem os custos unitários da tabela de referência utilizada e seja mantida a vantagem da proposta contratada em relação a da segunda colocada na licitação.

¹³ Sobre o tema, veja a posição dos Professores Jacintho Câmara e Carlos Ari Sundfeld (2013, p. 232 a 251).

Pouco meses após a promulgação do referido Decreto, a vedação foi inserida no Decreto Federal nº. 7.581, que regulamentou a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, mediante alteração introduzida pelo Decreto Federal nº. 8.080, sendo que, neste caso, não há exceções à aplicação da regra. Tanto o Decreto Federal nº. 7.983, de 2013, como o Decreto Federal nº. 7.581, de 2011, estão vigentes.

A Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133, de 2021), diploma aplicável à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estipula que "Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária" (art. 128). Não traz exceções a essa regra. A vedação, portanto, é aplicável a contratos de obras e serviços de engenharia celebrados em qualquer regime, por todos os entes da Federação.

3. ANÁLISE DOS POSSÍVEIS EFEITOS DA VEDAÇÃO À REDUÇÃO DA DIFERENÇA PERCENTUAL ENTRE O VALOR GLOBAL DO CONTRATO E O PREÇO DE REFERÊNCIA DEFINIDO NO EDITAL E DOS PRESSUPOSTOS ADOTADOS EM SUA CRIAÇÃO.

É legítima a busca, pelo TCU e pelo legislador, por uma fórmula capaz de evitar e mensurar os prejuízos sofridos pela Administração Pública Federal em razão da prática do *jogo de planilha* por contratados. Trata-se de prática espúria que deve ser duramente combatida. O *método do desconto* teve o seu papel nesse propósito.

Contudo, a aplicação do método de forma geral e indiscriminada a todas as alterações dos contratos de obras e serviços de engenharia, na forma da Nova Lei de Licitações, independentemente das circunstâncias concretas do caso, merece reflexões.

A primeira é a de que o método parece autorizar a administração pública a descumprir o formalmente pactuado com o contratado – isto é, a deixar de remunerar o contratado pelo valor ajustado na avença (a melhor proposta, aferida por meio de competição em procedimento licitatório).

Ao participar de processo licitatório, espera-se do licitante que formule seu preço a partir de estudo detalhado do objeto contratual e que considere todos os fatores, internos e externos à empresa, definidores de sua oferta. A escala alcançada na compra de determinados bens, a propriedade

e a produtividade dos equipamentos utilizados, as condições comerciais obtidas com fornecedores, a senioridade de sua equipe, o padrão de qualidade empregado são apenas alguns entre tantos outros elementos que podem impactar nos custos dos itens que compõem o orçamento de uma obra e serviços de engenharia, e que precisam ser examinados cuidadosamente pelo licitante no momento da formulação de sua proposta.

Nesse cenário, o natural é que a diferença percentual entre o preço de cada item da planilha e o do preço de referência extraído de tabelas oficiais para o mesmo item varie de acordo os referidos fatores, seja no caso de empreitadas por preço unitário ou global. Planilhas de formação de preço, cujo valor orçado para todos os itens apresente a mesma diferença percentual em relação ao seu correspondente extraído da tabela oficial — ou, como se diz na prática das licitações públicas, com *desconto linear*— tendem a ser fictícias, isto é, não representam as reais condições dos custos das licitantes para a execução da obra ou serviços.

A razão entre o valor global da proposta e o preço de referência da licitação representa a média dessa diferença observada nos preços de cada um dos itens. O racional independe do regime de execução do contrato, se por preço unitário ou global. Em termos práticos, toda vez que acrescentadas ou reduzidas quantidades de determinado item contratual, a diferença percentual entre o valor global do contrato e do preço de referência tende a ser modificada, caso a planilha não apresente um *desconto linear*. Haverá majoração se o item acrescido estiver entre aqueles para a execução do qual a licitante alcançou maior eficiência de custos em relação aos demais. Será reduzida na situação contrária.

Se a variação da diferença percentual entre o valor do item e o do seu correspondente na planilha orçamentária da licitação for real, ou seja, se de fato representar a realidade dos custos do licitante, alterações unilaterais do contrato (no limite de 25%) podem fazer com que o contratado seja obrigado a fornecer determinado serviço a valor inferior ao de custo.

Por meio da análise da jurisprudência do TCU, observa-se não ter sido esse o seu objetivo ao criar o *método do desconto*. Contudo, do modo como o método foi positivado, não é possível negar a possibilidade de tal consequência vir a se materializar — especialmente por conta da desnecessidade de observância das condições concretas do caso, especificamente a existência de *jogo de planilha*. A conclusão decorre de pura lógica.

Visto em perspectiva, observa-se que o método, desenvolvido pelo TCU e incorporado pela legislação, está escorado em premissas equivocadas (ao menos quanto aos efeitos inicialmente imaginados pelo controle).

A primeira das premissas é a de que a diferença percentual entre o valor global do contrato e o orçamento base da licitação representaria a equação econômico-financeira da avença, sendo, portanto, sua manutenção uma forma de assegurar as condições efetivas da proposta no curso da execução, conforme prevê o art. 37, XXI, da Constituição Federal.

A equação econômico-financeira do contrato consiste na relação estabelecida entre a obrigação assumida pelo contratante e a remuneração que se propõe auferir em contrapartida¹⁴. Ela é fixada a partir da proposta apresentada na licitação e tem por essência a relação entre o ônus e o bônus assumidos no contrato. Pode-se dizer que, para a manutenção dessa equação, toda vez que o contratado for demandado a executar determinado objeto deverá receber em contrapartida o valor correspondente definido em sua proposta¹⁵.

No entanto, como visto, a vedação à redução do desconto original da proposta — no advento de alterações quantitativas de determinados itens da planilha contratual — fará com que o contratado acabe recebendo, em contraprestação à execução ou fornecimento do item majorado ou reduzido, conforme o caso, valor distinto daquele definido em sua proposta. O curioso é que a remuneração pela execução do item cuja quantidade tenha sido alterada não corresponderá nem ao preço pactuado entre as partes e nem àquele constante na referência oficial utilizada na licitação. Será um preço fictício, criado a partir da aplicação de uma fórmula para a manutenção da razão entre o valor global da proposta e o seu correspondente segundo a

¹⁴ Segundo Jacintho Arruda Câmara (2019, p. 343): "Ao ser firmado o contrato, ou mais precisamente, quando a proposta é oferecida pelo contratado, é estabelecida uma relação entre as obrigações que estão sendo assumidas e a perspectiva de remuneração que se pretende auferir. A essa relação se dá o nome de equilíbrio econômico-financeiro do contrato."

¹⁵ A respeito do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, p. 678): "Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte. Para tanto, o que importa, obviamente, não é a 'aparência' de um respeito ao valor contido na equação econômico-financeira, mas o real acatamento dele. De nada vale homenagear a forma quando se agrava o conteúdo. O que as partes colimam em um ajuste não é a satisfação de fórmulas ou de fantasias, mas um resultado real, uma realidade efetiva que se determina pelo espírito da avença; vale dizer, pelo conteúdo verdadeiro do convencionado."

tabela oficial adotada no certame, sem que sejam considerados os custos reais incorridos pela contratada para a execução do item.

Com efeito, ao invés de assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual, a aplicação da regra pode produzir preços fictícios e causar justamente a quebra de tal equação.

A majoração ou diminuição das quantidades de determinado item não significa que a parcela acrescida possa ser fornecida por um valor menor que o proposto, sem prejuízos ao contratado, simplesmente porque a diferença percentual entre o valor global da proposta e o do preço de referência da licitação será mantida.

A limitação à redução do desconto original da proposta, como regra geral e desligada da aferição de *jogo de planilha* em casos concretos, não parece ser forma adequada de assegurar a manutenção de suas condições efetivas. O resultado pode ser justamente o oposto.

A segunda premissa na qual o *método do desconto* está escorado consiste na ideia de que a oferta do licitante no processo licitatório consistiria em um desconto em relação ao valor global do orçamento base calculado pela administração pública a partir das tabelas de referência oficiais. Nesse sentido, uma vez mantido o desconto original da proposta nas alterações contratuais, a equação econômico-financeira do contrato estaria preservada.

A ideia só parece fazer sentido em contratos oriundos de licitações julgadas sob o critério de maior desconto — critério previsto no art. 18, I, da Lei do Regime Diferenciado de Contratações, e no art. 33, II, da Nova Lei de Licitações.

Ocorre que esse não era o critério de julgamento adotado nas licitações que originaram os contratos analisados por ocasião da criação do *método do desconto*, inclusive porque este apenas pôde ser utilizado pela administração pública a partir de 2011, quando promulgada a Lei do Regime Diferenciado de Contratações. Por sua vez, os Decretos Federais nº. 7.983 e nº. 8.080, ambos de 2013, não restringiram a aplicação da proibição da alteração da diferença percentual entre a proposta contratado e o valor global obtido a partir da tabela de referência oficial, aos contratos oriundos de licitações julgadas sob o critério do maior desconto.

É incorreto supor que o desconto representaria a oferta do licitante para a administração. O ponto é que, ao menos para as empresas que formulam suas propostas de forma adequada, o valor global consiste na soma dos preços orçados para cada um dos itens da planilha. Salvo nos casos de proposta formuladas para licitações julgadas sob o critério de maior desconto, a técnica orçamentária não é utilizada para se chegar a um percentual de diferença entre os dois valores globais, o da proposta e o do orçamento base. O critério definidor da vantagem da proposta em relação às demais é o menor preço global, e não um desconto.

Se a diferença percentual vier a ser alterada, em razão do acréscimo ou da redução das quantidades previstas para certos itens da planilha, isso não necessariamente significará que a proposta terá perdido a vantagem que a fez vencedora na licitação. A vantagem em disputa é o menor preço global da proposta, segundo as bases quantitativas previstas no edital da licitação. Por essa razão, também não é correto dizer que a manutenção do alegado desconto seria uma forma de atender ao princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa previstos no art. 3° da Lei n° 8.666, de 1993, e no art. 11, I e II, da Nova Lei de Licitações

A terceira e última premissa adotada na criação do *método do desconto* pode ser resumida pela ideia de que, com o aumento de quantidades de item com maior percentual de diferença para o seu correspondente no orçamento base da licitação em relação aos demais itens, o contratado não poderia exigir da administração a manutenção do "desconto" global de sua proposta, o que seria realizado pelo aumento do preço da parcela do objeto cujo seja acrescido mediante aditivo, porque o art. 65 da Lei n° 8.666, de 1993, obrigaria o contratado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, as alterações aos contratos no limite de 25% (vinte e cinco por cento). ¹⁶

O exame do dispositivo legal não respalda tal interpretação. Se, por um lado, a administração tem a prerrogativa de alterar unilateralmente os contratos, respeitados certos limites, por outro, a manutenção das condições contratuais no aditivo consiste em uma garantia legal em favor do contratado. E o que seria esta, no caso de acréscimos de quantidades de forma unilateral pela contratante, senão a de que o preço do item cujo volume foi modificado será aquele previsto no contrato?¹⁷

Os preços unitários do item previsto na planilha orçamentária, composto por seu custo acrescido da parcela correspondente à Bonificação

¹⁶ A Nova Lei de Licitações contém regra similar (ver art. 125). Portanto, o raciocínio desenvolvido à luz da lei de 1993 também se aplica à lei de 2021.

¹⁷ Sobre o tema, v. Odete Medauar (2019, p. 219).

e Despesas Indiretas – BDI, é uma das condições do contrato original, devendo ser respeitado nas alterações unilaterais, justamente em razão do que diz o art. 65, §1°, da Lei de Licitações. O fato é que, mesmo nos casos em que a aplicação da proibição da redução do desconto a alterações quantitativas nos contratos não signifique na fixação de preço para o item incluído ou cuja quantidade foi alterada inferior ao custo arcado pela contratada para sua execução, será inferior ao constante em sua proposta e contratado pela Administração, o que, por si, resulta na alteração da equação econômico-financeira do ajuste.

Resumidamente, a equação econômico-financeira do contrato não está representada pela proporção entre o seu valor global e o preço de referência previsto na licitação; salvo nos casos de licitação julgada sob o critério de maior desconto, a vantagem ofertada pela proposta não consiste na diferença percentual entre os referidos valores, a justificar a vedação de sua redução com base no princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa; e o art. 65, §1°, da Lei nº 8.666, de 1993 (dispositivo que encontra correspondente na Nova Lei de Licitações), impede que a administração imponha ao contratado a prática de preço de item para as quantidades acrescidas em aditivo diferente do originalmente ofertado em sua proposta.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regra da proibição de redução da diferença percentual entre o valor global da proposta e o preço calculado a partir do orçamento base da licitação mediante a celebração de aditivos a contratos de obras foi desenhada a partir de um método criado pela jurisprudência do TCU utilizado na apuração do dano sofrido pelo erário público decorrente do jogo de planilha. A fórmula ficou conhecida nas decisões da Corte de Contas como método do balanço, que foi substituído posteriormente pelo chamado método do desconto.

Com o tempo, o método começou a ser utilizado não apenas com o propósito de calcular o dano resultante da prática do *jogo de planilha*, mas uma maneira de evitá-lo ou de sinalizar a possível ocorrência de alteração da equação econômico-financeira dos contratos de obras públicas, a ser confirmada mediante a análise das condições concretas de cada caso.

Mais adiante, sua aplicação foi generalizada e a vedação à alteração do chamado desconto original da proposta foi transformada, pela jurisprudência

do TCU, em regra aplicável a qualquer contrato de obras e serviços de engenharia, mesmo àqueles que não apresentavam indícios da presença do *jogo de planilha*. A ampliação da incidência da regra dispensou o Tribunal de fazer a análise da existência, ou não, de *jogo de planilha* ou do desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos sob seu exame.

Posteriormente, a lógica do método desenvolvido pelo TCU veio a ser incorporada à legislação. Com a edição da Nova Lei de Licitações, transformou-se em regra geral para toda a administração pública.

Identificar a existência de *jogo de planilha* em contratos de obras ou a ocorrência da alteração de sua equação econômico-financeira e apurar o dano decorrente não é tarefa fácil, especialmente para um tribunal que parece ter a intenção de exercer o controle de todos os contratos celebrados pela União Federal ou custeados com recursos de seu orçamento, em todos os setores. A análise exige o exame da planilha de formação de preços frente às especificações do objeto do contrato e, no caso do desequilíbrio contratual, dos custos reais assumidos pela contratada, dentre outros aspectos.

A generalização da aplicação da vedação à alteração do desconto original da proposta parece ter sido uma alternativa adotada pelo TCU com o objetivo de simplificar do método da análise e reduzir o esforço necessário ao exame dos milhares de contratos de obras celebrados pela Administração Pública Federal, viabilizando sua manifestação sobre a maior parte deles.

A postura do controlador ao longo do tempo sinaliza uma tendência de padronização e utilização de métodos e técnicas de controle que dispensam a análise das circunstâncias do caso. O próprio tabelamento de preço adota essa linha. O "método da simplificação" pode ser importante para viabilizar o exercício do controle externo. O problema surge quando os "padrões" são tidos como capazes de produzir resultados conclusivos e ignoram peculiaridades de casos concretos e geram efeitos colaterais indesejados.

A proibição de redução da diferença percentual entre o valor global da proposta e o preço de referência da licitação tem o potencial de gerar distorções nos preços dos contratos em determinados casos. A análise de seus pressupostos evidencia, também, que o método nem sempre atinge o objetivo de assegurar a manutenção da equação econômico-financeiro do contrato — o risco é de produzir justamente o efeito contrário.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 34. ed. São Paulo: Malheiros. 2019, p. 678.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União (Plenário)*. Acórdão nº. 1.755/2004. Processo nº 005.528/2003-6. Relator(a): Walton Alencar Rodrigues. Brasília, julgamento em 10/11/2004, Ata nº 43/2004, publicação em 23/11/2004. Disponível em: . Acesso em 29 de agosto de 2021.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União (Plenário)*. Acórdão de Relação nº 1.414/2015. Processo nº 038901/2012-9. Relator(a): Vital do Rêgo. Brasília, julgamento em 10/06/2015, ata nº 21/2015, publicação em 01/07/2015. Disponível em: . Acesso em: 29 de agosto de 2021.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União (Plenário)*. Acórdão nº. 2.714/2015. Processo nº 011.481/20015-3 Relator(a): Benjamin Zimler. Brasília, julgamento em 28/10/2015, ata nº 43/2015, publicação em 06/11/2015. Disponível em:. Acesso em: 29 de agosto de 2021.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União (Plenário*). Acórdão nº. 583/2003. Processo nº 007.828/2002-3 Relator(a): Marcos Vinícius Vilaça. Brasília, julgamento em 28/05/2003, ata nº 19/2003, publicação em 10/06/2003. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A583%2520ANOACORDAO%253A2003%2520COLEGIADO%253A%2522 Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA CORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 29 de agosto de 2021.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União (Plenário*). Acórdão nº. 1.767/2008. Processo nº 010.391/2007-2 Relator(a): Ubiratan Aguiar. Brasília, julgamento em 20/08/2008, ata nº 33/2008, publicação em 22/08/2008. Disponível em:https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NU

MACORDAO%253A1767%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVA NCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 29 de agosto de 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº. 1.599/2010. Processo nº 000.274/2010. Relator(a): Marcos Bemquerer. Brasília, julgamento em 07/07/2010, ata 21/2010 publicação em 14/07/2010. Disponível em:. Acesso em: 29de agosto de 2021.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União (Plenário*). Acórdão nº. 2.630/2011. Processo nº 013.453/2011-4 Relator(a): Augusto Sherman. Brasília, julgamento em 28/09/2011, ata nº. 40/2011, publicação em 21/11/2011. Disponível em:. Acesso em: 29 de agosto de 2021.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União (Plenário*). Acórdão nº. 2.654/2012. Processo nº 015.484/2012-2 Relator(a): Valmir Campelo. Brasília, julgamento em 03/10/2012, ata 39/2012, publicação em 23/10/2012. Disponível em:. Acesso em 29de agosto de 2021.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União (Plenário)*. Acórdão nº. 467/2015. Processo nº 012.291/20163-7 Relator(a): Walton Alencar Rodrigues. Brasília, julgamento em 11/03/2015, ata nº 8/2015, publicação em 27/03/2015. Disponível em:https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ata-sessao/*/NUMEROATA:8%20ANOATA:2015%20COLEGIADO:%22Plenário%22/DTRELEVANCIA%20desc/0/%20. Acesso em 29de agosto de 2021.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União (Plenário*). Acórdão n°. 2.714/2015. Processo n° 011.481/2015-3 Relator(a): Benjamin Zymler. Brasília, julgamento em 28/10/2015, ata n° 43/2015, publicação em 06/11/2015. Disponível em:. Acesso em: 29 de agosto de 2021.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. Portaria SEGECEX nº 33, de dezembro de 2012. Aprova a revisão do Roteiro de Auditoria de Obras Públicas. Disponível em:https://portal.tcu.gov.br/controle-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-em-areas-especificas.htm. Acesso em: 25 de fevereiro de 2021.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Alteração dos contratos administrativos*. In: DI PIETRO, Maria Sílvia (coord.). Tratado de Direito Administrativo: Licitação e contratos administrativos. v. 6, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019, p. 343.

CÂMARA, Jacintho de Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Aditamento de Contratos Administrativos e as Leis de Diretrizes Orçamentárias. In: Contratações Públicas e seu Controle. CÂMARA, Jacintho de Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coords.) São Paulo: Malheiros, 2013. p. 232 a 251.

JURKSAITS, Guilherme Jardim. As leis de diretrizes orçamentárias e o controle sobre as contratações públicas. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (org.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1275-1296.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 21. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 219.

RECEBIDO EM: 07/07/2020 APROVADO EM: 15/06/2021

A EVOLUÇÃO DO FINANCIAMENTO ELEITORAL NO BRASIL DIMENSÕES JURÍDICA E POLÍTICA

THE EVOLUTION OF ELECTORAL FINANCING IN BRAZIL JURIDICAL AND POLITICAL DIMENSIONS

Bruno César Lorencini

Pós-Doutor pela Universidade São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Universidade São Paulo. Doutor em Direito Administrativo, Financeiro e Processual pela Universidade de Salamanca (Espanha). Visiting Scholar na Columbia University. Professor na Universidade Mackenzie. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico na Universidade Alves Faria. Juiz Federal, em São Paulo.

Wagner Wilson Deiró Gundim

Pós-Doutorado em Direito e Novas Tecnologias pela Mediterranea International Centre for Human Rights Research, em parceria com a Università Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Anhembi Morumbi. Advogado sócio fundador do Gundim & Advogados Associados. **SUMÁRIO**: Introdução. 1. Recorte histórico da dimensão jurídico-positiva do financiamento político no Brasil. 2. A evolução político-normativa na regulação do financiamento político brasileiro. 2.1 Restrições ao volume financeiro das campanhas. 2.2 Alto grau de burocratização nos movimentos financeiros e prestação de contas. 2.3 Aumento dos mecanismos de *liability*. 2.4 Publicização das fontes. Conclusão. Referências

RESUMO: O presente artigo busca compreender o financiamento das campanhas eleitorais no Brasil sob uma perspectiva evolutiva, considerando duas dimensões do fenômeno: a jurídico-positiva e a político-normativa. A primeira tem por consideração a reconstrução histórica do direito positivo brasileiro sobre a matéria, destacando quais os contextos fáticos e jurídicos envolvidos nas sucessivas reformas legislativas. A segunda analisa a evolução dos pressupostos científicos e políticos concernentes ao financiamento eleitoral, identificando-se quatro características marcantes na história brasileira sobre o tema: a restrição ao volume financeiro na campanha, o alto grau de burocratização nos movimentos financeiros e na prestação de contas, o aumento dos mecanismos de "liability" e a tendência à publicização das fontes de financiamento. Ao final, concluise pelo caráter marcadamente reativo da legislação eleitoral no campo das finanças das campanhas, o que explica sua volatilidade e dificulta a sistematização de seus institutos. As reformas legislativas mais recentes e as peculiares características do pleito de 2018 reforçam a necessidade, intentada neste artigo, de compreender o fenômeno do financiamento eleitoral sob uma perspectiva científica.

PALAVRAS-CHAVE: Financiamento Eleitoral. Eleições. Accountability. Burocratização. *Liability*.

ABSTRACT: This article aims to understand the financing of electoral campaigns in Brazil under an evolutionary perspective, considering two dimensions of the phenomenon: legal-positive and political-normative. The first is due to the historical reconstruction of Brazilian law on the subject, highlighting the phatic and legal contexts involved in progressive legislative reforms. The second analyzes the evolution of the scientific and political assumptions regarding electoral financing, identifying four essential characteristics in Brazilian history: the restriction of financial volume in the campaign, the high degree of bureaucratization in economic movements and accountability, the increase in *liability*

mechanisms and the tendency to increment public funding sources. In the end, we conclude that electoral legislation is highly reactive in the field of campaign finances, which explains its volatility and makes it difficult to systematize its institutes. The most recent legislative reforms and the peculiar characteristics of the 2018 election reinforce the need, aimed in this article, to understand the phenomenon of electoral financing from a scientific perspective.

KEYWORDS: Electoral Financing. Elections. Accountability. Bureucracy. Liability.

INTRODUÇÃO

A relação entre dinheiro e política é atemporal, pois poder político e poder econômico sempre caminharam juntos. As diferentes formatações de Estado ao longo da história regularmente demonstraram algum grau de conciliação entre forças políticas e econômicas, tanto nos modelos autocráticos quanto nas configurações democráticas. Neste último caso, contudo, tal relação ganha especial complexidade.

Enquanto na autocracia a simbiose entre governantes e seus financiadores é elemento muitas vezes explícito, a democracia pressupõe a independência do Governo em relação aos interesses dos grupos econômicos, pois, no plano ideal, a soberania reside na vontade popular. Tal premissa, contudo, contrasta com o senso comum de que as facções econômicas são protagonistas importantes na definição dos rumos do Governo.

A figura abstrata do *mercado* representa os grupos econômicos com capacidade para influenciar a política e é reconhecida como verdadeiro *poder invisível* na democracia. Ainda que o *mercado* seja uma entidade sem nome, sem rosto, sem endereço, não há como fugir à longínqua constatação de Duverger no sentido de que as democracias ocidentais são plutocracias, nas quais o poder real ora repousa no povo, por meio da eleição, ora no dinheiro, por meio dos grupos de pressão (1962, p. 116).

A invisibilidade da influência do poder econômico nos rumos políticos do Estado é, contudo, por vezes superada por força de escândalos que marcam a trajetória de praticamente todos os regimes democráticos. Desde o célebre episódio Watergate nos Estados Unidos da América, passando pelos casos da Tangentopoli italiana e da queda do mais longínquo Chanceler alemão, Helmut Kohl, até chegar aos produtos nacionais Mensalão e Lava Jato, o fato é que periodicamente a sociedade tem sua fé na soberania

popular abalada pela revelação de que as decisões que afetam sua vida são, muitas vezes, resolvidas em círculos fechados.

A sucessão de escândalos na seara do financiamento político e a reação da opinião pública trouxeram impactos no tratamento *jurídico-positivo* do tema nos ordenamentos estatais. Trata-se, inclusive, de característica marcante do microssistema jurídico concernente ao financiamento partidário-eleitoral¹ o fato de ser *responsivo* a demonstrações públicas de ineficiência do sistema (LORENCINI, 2014, p. 36), isto é, após cada escândalo revelado, pode-se ter como certa futura alteração legislativa no intuito de *corrigir* – embora às vezes *aprofunde* – os vícios e fraturas expostos.

São diversos os exemplos neste sentido. Após *Watergate*, houve uma sequência de reformas eleitorais nos Estados Unidos da América que, segundo Herbert E. Alexander, foram previstas para impedir a influência da riqueza e de interesses especiais na política, mas tiveram caráter tão restritivo que foi necessário que a Suprema Corte as revisse parcialmente em Janeiro de 1976, no precedente *Bucley v. Valeo* (ALEXANDER, p. 48). No Brasil, após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Penal 470 – vulgarmente conhecida como *Mensalão* –, a Lei 9.504/97, que regula as Eleições, sofreu as microrreformas estabelecidas nas Leis 11.300/06 e 13.165/15, que trataram de aspectos como limite de gastos e transparência na arrecadação de recursos. Mais recentemente, já sob o clima da *Operação Lava-Jato*, o legislador trouxe nova reforma na regulação do financiamento partidário e eleitoral, consubstanciada na Lei 13.488/17, cujos principais aspectos, como a criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC.

A partir de tal cenário, a proposta deste estudo é analisar a história do financiamento político no Brasil, mas não sob método tipicamente historiográfico, cuja tarefa é reservada aos cientistas da área. A perspectiva aqui adotada será de cunho *crítico*, considerando o financiamento partidário-eleitoral como um problema colocado para a democracia brasileira desde seus primeiros dias e no decorrer de todos os seus altos e baixos. Assim sendo, mais do que reconstruir os eventos que culminaram no atual estado das coisas, a discussão será sobre avanços e retrocessos do financiamento político na jovem democracia brasileira.

¹ A expressão financiamento político pode ser encarada como um gênero, do qual são espécies o financiamento partidário – concernente à arrecadação e dispêndio de recursos pelos partidos políticos tendo em vista suas atividades permanentes – e o financiamento eleitoral, relacionado a recursos arrecadados e gastos durante as campanhas eleitorais.

Entre as diferentes perspectivas que o tema suscita, ao menos duas merecem destaque e, sob o parâmetro do sistema político brasileiro, serão objeto deste estudo: a) *jurídico-positiva*, em que se considera a evolução legislativa do financiamento partidário-eleitoral, que, conforme já se mencionou, é acentuadamente responsiva a traumas do sistema; e b) *político-normativa*, cujo enfoque são os parâmetros ideais de regulação do financiamento partidário-eleitoral, os quais, conforme se demonstrará, também guardam marcante volatilidade.

O tratamento independente dessas duas dimensões da história do financiamento político no Brasil não pode, de forma alguma, levar à falsa conclusão de que elas guardam autonomia entre si. As premissas normativas sobre a matéria, coletadas tanto no debate doutrinário quanto na prática nacional e internacional, continuam sendo o principal referencial para as tentativas de aprimoramento legislativo. Por outro lado, há situações em que a necessidade de regulação do financiamento político é tão premente, que o legislador adota puro método de tentativa e erro, cujos resultados, por vezes, acabam afetando as aludidas premissas normativas.

A Lei 13.488/17, por exemplo, com o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), cria modelo de financiamento misto – já que não se esgotou a possibilidade do financiamento privado—, sem que seja possível enxergar justificativa teórico-normativa relevante. Se os resultados de sua adoção, empiricamente, serão positivos ou não, é uma resposta ainda a ser obtida; talvez, em alguns anos, seja possível concluir que o Fundo representou um avanço histórico, em que pese o forte ceticismo com que o meio acadêmico e a sociedade recebeu a medida.

1. RECORTE HISTÓRICO DA DIMENSÃO JURÍDICO-POSITIVA DO FINANCIAMENTO POLÍTICO NO BRASIL

A legislação acerca do financiamento político, tanto na espécie partidária quanto na eleitoral, normalmente é situada como objeto do Direito Eleitoral que, em sentido lato, estuda os aspectos concernentes *ao processo eleitoral democrático*, conceito este *multifacetário*, mas que carrega, em sua essência, os elementos necessários ao exercício da representação política em uma democracia. Entre tais elementos, o *financeiro* é, sem dúvida, dos mais sensíveis, pois é a faceta que se inter-relaciona mais profundamente com o poder econômico. Assim sendo, o debate sobre o financiamento político a partir da reconstrução histórica brasileira demanda situar o surgimento do Direito Eleitoral no país.

Determinar tal início, contudo, é tema que já contém, por si só, alguma polêmica. Isto porque para alguns somente faz sentido falar em Direito Eleitoral sob a perspectiva democrática, ou seja, não haveria relevância científica em eventos eleitorais desenvolvidos no âmbito de autocracias ou, pior, no curso de períodos coloniais, como é o caso da criação da Câmara Municipal no município de São Vicente no litoral paulista e da eleição de seus membros em 22 de agosto de 1532.

Da mesma forma, o período imperial, entre 1822 e 1889, traz pouco interesse e contribuição aos estudos eleitorais, ante o centralismo do poder na figura do Imperador e a colateralidade das eleições realizadas para a Assembleia-Geral Legislativa e para os Conselhos Gerais das Províncias. Talvez o principal aspecto a mencionar em relação ao elemento financeiro diz respeito ao exercício da capacidade eleitoral ativa, ante a adoção do voto censitário². O critério da renda só viria a ser afastado após a promulgação da República, sendo que o Decreto nº 6, de 19 de dezembro de 1889 declarou como eleitores para as Câmaras Gerais, Provinciais e Municipais todos os cidadãos brasileiros, no gozo de seus direitos civis e políticos, que soubessem ler e escrever (NICOLAU, 2012).

No contexto da República Velha, em que pese o fim do voto censitário, a restrição ao universo votante — analfabetos e mulheres não compunham o eleitorado — e fenômenos como o *coronelismo* e o *voto de cabresto* também limitam a importância do Direito Eleitoral no período (NICOLAU, 2012). Sem dúvida, a simbiose entre os grandes proprietários rurais (*os coronéis*) — principais agentes econômicos do período — e o poder político estabelecido foi traço marcante das primeiras décadas republicanas.

O *Coronelismo* constitui, por certo, exemplo de financiamento político, não no contexto formal e positivo em que hoje é compreendido, isto é, como faceta financeira do processo eleitoral e da atividade partidária, mas como retrato rústico da relação íntima que havia entre o poder econômico e os governantes da época. Carvalho explica com simplicidade o funcionamento do Coronelismo³:

² Somente podiam votar na eleição dos deputados e senadores da Assembleia-Geral Legislativa e dos Membros dos Conselhos Gerais das Províncias eleitores que preenchessem o critério de renda de no mínimo 100.000 (cem mil) réis anuais – o que se denominava de votante de primeiro grau –, e de 200.000 (duzentos mil) réis anuais para ser eleitor (segundo grau) (NICOLAU, 2012).

³ Em trabalho aprofundado sobre o tema Victor Nunes Leal concebe 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 constitui fenômeno típico de nossa história colonial. É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude

Era, assim, um sistema político nacional, baseado em barganhas entre o governo e os coronéis. O governo estadual garante, para baixo, o poder do coronel sobre seus dependentes e rivais; o coronel hipoteca seu apoio ao governo, sobretudo na forma de votos. Para cima, os governadores dão seu apoio ao presidente da república em troca do reconhecimento deste seu domínio no Estado. Ele morre simbolicamente com a prisão dos grandes coronéis baianos em 1930; não existe depois disso (CARVALHO, 1997).

A Revolução de 1930 traz entre suas pautas o combate às fraudes na representação política e tem como resultado, já na era getulista, o ápice da história eleitoral do país até então, com a edição do Código Eleitoral de 1932. Entre as novidades trazidas pela legislação, estão a previsão do voto feminino⁴, a adoção do sistema proporcional nas eleições parlamentares e a criação da Justiça Eleitoral como órgão de organização e controle das eleições5. Embora não tenha dedicado atenção diretamente à questão do financiamento político, a previsão de um órgão de *accountability* – a Justiça Eleitoral –, aliada a incipientes regras de transparência e procedimento, trazem grande modernização ao processo eleitoral brasileiro.

Em que pese as boas novidades, a legislação teve vida curta, devido ao retrocesso autoritário promovido por Getúlio Vargas no Estado Novo, promovendo a extinção da recém-criada Justiça Eleitoral e adotando regime ditatorial. A redemocratização do país somente se positiva com a promulgação da Constituição de 1946, que retoma o movimento de modernização eleitoral interrompido na era getulista, restabelecendo, inclusive, as atividades da Justiça Eleitoral (GOMES, 2008).

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 (LEAL, 2012, p. 43-44).

⁴ Sobre a temática da participação da mulher na política brasileira ver: LEITE; GUNDIM, 2019.

⁵ Além de tais inovações "foram criadas medidas para prevenir a possibilidade de fraudes durante a votação e na apuração. Foi instituído o gabinete indevassável, espaço particular para votar e as urnas eram lacradas logo após o encerramento da votação. Enfim, o voto no Brasil foi tornado universal, secreto, obrigatório, igual e direto, mas a proibição ao voto do analfabeto ainda perdurou durante a Era Vargas, o que afastava grande parte da população do processo eleitoral. Diante de todas essas alterações, viu-se uma grande evolução do sistema eleitoral brasileiro em caráter de representatividade, rotatividade, direito de votar, segurança e transparência das eleições, mas ocorreram também restrições impeditivas de aumento significativo da participação popular" (LAURENTIIS; BIANCHI, 2019, p. 150).

Neste ambiente de fortalecimento democrático e qualificação do sistema eleitoral, em 1950 é promulgado novo Código Eleitoral⁶ que, pela primeira vez, regulará, ainda que de forma tímida, o tema do financiamento partidário e eleitoral. Por exemplo, o artigo 12 do Código de 1950 previa competir ao Tribunal Superior Eleitoral conhecer as reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos, quanto à sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos. Referidos deveres estavam dispostos nos artigos 143 e 144 da legislação revogada, a seguir transcritos:

Art. 143. Os partidos políticos estabelecerão nos seus estatutos os preceitos:

I - que os obriguem e habilitem a fixar e apurar as quantias máximas que os seus candidatos podem, em cada caso, despender pessoalmente com a própria eleição;

II - que fixem os limites das contribuições e auxílios dos seus filiados;

III - que devam reger a sua contabilidade;

§ 1º Manterão os partidos rigorosa escrituração das suas receitas e despesas, precisando a origem daquelas e aplicação destas.

§ 2º Os livros de contabilidade do diretório nacional serão abertos, encerrados e, em todas as suas folhas, rubricados pelo presidente do Tribunal Superior. O presidente do Tribunal Regional e o juiz eleitoral exercerão a mesma atribuição quanto aos livros de contabilidade dos diretórios regionais da respectiva circunscrição e dos diretórios municipais da respectiva zona.

Art. 144. É vedado aos partidos políticos:

I - receber, direta ou indiretamente, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro de procedência estrangeira;

II - receber de autoridade pública recursos de proveniência ilegal;

III - receber, direta ou indiretamente, qualquer espécie de auxílio ou contribuição das sociedades de economia mista e das empresas concessionárias de serviço público.

⁶ BRASIL, 1950.

Ainda de forma novidadeira, o Código de 1950 trouxe mecanismo de *liability* (sancionatório) relacionado a eventual infração no campo do financiamento político. Trata-se da previsão do artigo 175, item 20, que tipifica penalmente a conduta de oferecer, prometer, solicitar ou receber dinheiro, dádiva ou qualquer vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção. Trata-se da primeira norma que, expressamente, busca impedir a influência abusiva do poder econômico nas eleições.

A Constituição Federal de 1967, embora promulgada já no seio de regime político autoritário, elevou ao *status* máximo do ordenamento jurídico a preocupação com a influência indevida do poder econômico, fato que, em certa medida, chama a atenção, uma vez que em regimes políticos centralizados e fechados a relação entre financiados e financiadores não precisa ser tão bem disfarçada. De qualquer forma, o artigo 148 da Constituição Federal de 1967 alçou o abuso de poder econômico como hipótese de inelegibilidade a ser fixada via lei complementar e inaugurou, ao menos no campo jurídico-positivo, fase de maior controle do fluir financeiro de partidos políticos e campanhas, o que se confirma com a edição do Código Eleitoral de 1965⁷, ainda vigente em algumas partes.

Nos aspectos relacionados às finanças, o Código de 1965 promoveu a cisão no regramento normativo das espécies de financiamento político: o partidário e o eleitoral. O primeiro passou a ser regulado pela Lei dos Partidos Políticos da época, Lei nº. 5.682, de 21 de julho de 1971, que, inclusive, ampliou as restrições impostas pelo Código de 1950.8 Entre as novidades trazidas pela lei partidária, está a inauguração do financiamento político de natureza pública com a criação do Fundo Partidário (Título VIII da lei), composto de multas, doações privadas e de dotações orçamentárias (LORENCINI, 2014).

O financiamento tipicamente eleitoral continuou sendo regulado pelo próprio Código, que não tratou o tema com profundidade, mas manteve a premissa de combate ao abuso de poder econômico nas eleições, o qual prometia coibir e punir (art. 237). De forma mais específica, tipificou criminalmente a *compra de votos* (art. 299) e o fornecimento gratuito de alimento e transporte, com o fim de fraudar o exercício do voto (art. 302). Aprofundam-se, assim, os aspectos de *liability* relacionado ao financiamento

⁷ BRASIL, 1965.

⁸ Por exemplo, a Lei partidária inovou no tocante à vedação no recebimento de quaisquer contribuições, diretas ou indiretas, de empresa privada com fins lucrativos e entidades de classes ou sindicais.

eleitoral, sendo ainda precários, entretanto, os instrumentos de controle à disposição da Justiça Eleitoral (LORENCINI, 2014).

A redemocratização do país na década de 1980, com seu ápice verificado na promulgação da Constituição Federal de 1988, inicia movimento de transição e consolidação democráticas vivenciado, com altos e baixos, até os dias atuais. As eleições ganham em complexidade e volume, com o enorme crescimento do eleitorado – inclusive por força da extensão do voto aos analfabetos –e a multiplicação desenfreada de agremiações partidárias. A atenção ao financiamento político e ao abuso de poder econômico – preocupação de natureza internacional já à época, ante os comentados escândalos político-eleitorais presenciados nas democracias ocidentais – ganha intensidade, sendo que a Constituição de 1988, além de manter a inelegibilidade por abuso de poder econômico, instrumentalizou-a com a ação de impugnação de mandato eletivo nos casos de abuso comprovado (art. 14, § 10).

A Constituição de 1988 preocupou-se, ainda, com o financiamento partidário, ao conferir *status* constitucional ao direito dos partidos aos recursos do Fundo Partidário (art. 17, § 3°), o qual ganhará relevância ao longo dos anos, especialmente em decorrência da curva ascendente em relação ao volume de recursos disponibilizados. O Fundo se destina à sustentação do funcionamento permanente dos partidos, servindo à manutenção do pluralismo partidário (LORENCINI, 2014).

O entusiasmo da redemocratização e das novas regras de disputa sofreria um golpe já com as primeiras eleições presidenciais, que resultaram na vitória de Fernando Collor de Mello. No centro do escândalo que envolveu o ex-Presidente da República estava a atuação de Paulo César Farias, seu tesoureiro de campanha nas eleições de 1989 e que, posteriormente, seria acusado da prática de crimes como formação de quadrilha e extorsão, atingindo diretamente a viabilidade do recém-empossado governo.

A partir daí, sucedem-se legislações buscando regulamentar o fluir financeiro nos partidos e nas campanhas. Primeiro exemplo foi a Lei n.º 8.713/93, voltada à regulamentação das eleições de 1994, e que trouxe título destinado à "arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas eleitorais". Nesta legislação, observa-se a adoção de técnicas como a criação de comitês financeiros, que assumem responsabilidade solidária por irregularidades (Arts. 34 e 35), de contas bancárias específicas para a movimentação financeira da campanha (Art. 36) e da taxatividade de gastos eleitorais (Art. 47). Tais técnicas serão mantidas nas reformas legislativas

seguintes e inauguram fase de maior burocratização na administração das campanhas, com consequências decisivas para a qualidade do processo eleitoral brasileiro, o que será objeto de análise no próximo item.

As leis 9096/95 (Lei dos Partidos Políticos) e a 9504/97 (Lei das Eleições) compõem a atual legislação sobre financiamento político no Brasil e, conforme já antecipado, vêm sofrendo sucessivas reformas ao longo dos anos. Consolidando a evolução até então observada sobre o tema, referida legislação sistematizou o que se denomina microssistema jurídico próprio do financiamento partidário-eleitoral, composto por três princípios específicos fundamentais: (i) limitação dos gastos eleitorais; (ii) restrição às fontes de financiamento de partidos e campanhas eleitorais; (iii) controle na arrecadação e despesas de recursos eleitorais e partidários (LORENCINI, 2014). Os dois primeiros se relacionam diretamente com o processo eleitoral competitivo, tendo por principal função assegurar a igualdade de oportunidades na campanha. O último é elemento essencial de accountability e transparência nas eleições.

Nas sucessivas reformas que a legislação sofreu – entre as mais relevantes estão as leis 11.300/06, 13.165/15 e 13.488/17 –, os pilares do microssistema foram permeados de avanços e retrocessos que, dentro do escopo deste estudo, não serão analisados de forma pontual, mas sim na perspectiva da evolução político-normativa do tema, isto é, enfocando como os parâmetros ideais de regulação do financiamento partidário-eleitoral têm sido alterados ao longo do tempo, seja como resposta a necessidades de momento, seja pela modificação dos vetores preponderantes no desenho do modelo financeiro de partidos e campanhas. É o que se analisa no próximo item.

2. A EVOLUÇÃO POLÍTICO-NORMATIVA NA REGULAÇÃO DO FINAN-CIAMENTO POLÍTICO BRASILEIRO

Aspectos culturais e históricos conferem peculiaridades ao direito positivo de cada Estado, especialmente em searas sensíveis com forte ligação com a vida política, como é o caso do financiamento partidário-eleitoral. Faz sentido, portanto, que no Brasil tenha se conferido crescente força a *elementos restritivos* na regulação do tema, por algumas razões.

Realmente, se há um traço marcante na evolução histórica da relação política no Brasil é, exatamente, o seu elevado caráter *clientelista*°.

⁹ O conceito de clientelismo não é uniforme na ciência política, recebendo, muitas vezes, conotações específicas conforme o fenômeno político analisado. No caso aqui empregado, confere-se ao tema sentido amplo e genérico, no intuito de abarcar as mais variadas relações entre específicas figuras de poder e o Estado, como é o caso

Conceitualmente, emprega-se aqui a noção de clientelismo como toda aquela relação que envolva a apropriação de benefícios públicos por parte do setor privado – em regra pelos detentores do poder econômico –, em troca de sustentação política ao Governo constituído.

A história do Brasil independente é repleta de exemplos de relações clientelistas que, obviamente, sofreram mutações conforme as transições verificadas no regime político do país. No Período Imperial, em que pese as características próprias do modelo de governo central, as relações locais de poder — especialmente no âmbito das Províncias de maior força econômica —, já demonstravam algum grau de sustentação mútua entre os poderes político e econômico. Trata-se do nascimento do fenômeno que Victor Nunes Leal denominou *Coronelismo* e que marcaria a história brasileira entre a segunda metade do século XIX e a primeira do século XX (LEAL, 2012).

A transição republicana serviu para amplificar as relações clientelistas, permitindo que, no contexto do que se convencionou chamar *República do Café com Leite*, as elites econômicas de São Paulo e Minas Gerais tivessem a decisão final sobre quem assumiria o Governo Central. Tal ordem somente seria quebrada com a Revolução de 1930 e o Estado Novo de Getúlio Vargas, de perfil ditatorial, que, após breve período de redemocratização entre 1945 e 1964, seria sucedido pelo Governo Militar, também de perfil autoritário e que somente declinaria em meados de 1980, inaugurando novo movimento democrático (NICOLAU, 2012).

Embora a transição democrática tenha restabelecido o elemento eleitoral, os mencionados escândalos no financiamento partidário-eleitoral e na apropriação de benefícios públicos revelam a persistência do clientelismo na política nacional no período pós-1988, fato que, obviamente, trouxe e continua trazendo significativos impactos nos pressupostos normativos que regem o tema da política no Brasil e, especialmente, seu financiamento.

Tais pressupostos, como é evidente, modificaram-se ao longo dos anos, uma vez que, conforme destacado anteriormente, a temática é sensível e *reativa* ao cenário fático vigente. É possível realçar, contudo, a presença de quatro parâmetros normativos que, em alguma medida, caracterizam o modelo de financiamento político no Brasil e, com o passar tempo, parecem ter sua presença intensificada nas reformas legislativas realizadas.

do coronelismo, do mandonismo, do patrimonialismo, todas elas parte da história política brasileira. De todo modo, o conceito de clientelismo pode ser encontrado em farta bibliografía especialmente no campo da ciência política, como em: 1) BAHIA, 2003; 2) FARIAS, 2000; e 3) FILHO, 1994.

São eles: a) Restrição ao volume financeiro na campanha; b) Alto grau de burocratização nos movimentos financeiros e prestação de contas; c) Aumento dos mecanismos de "liability"; d) Tendência à publicização das fontes de financiamento. Analisa-se, a seguir, cada um desses parâmetros.

2.1. Restrições ao volume financeiro das campanhas

É comum que a primeira reação a escândalos envolvendo o financiamento político, especialmente no âmbito das campanhas eleitorais, seja a defesa de restrições ao volume de recursos disponível a partidos e candidatos, associadas à adoção de limitações aos meios de propaganda e a outras técnicas de divulgação das campanhas. Parte-se da ideia de que o alto custo das campanhas constitui causa eficiente dos desvios ocorridos no campo do financiamento político. Os dados parecem confirmar tal presunção.

A evolução dos gastos de campanha para todos os cargos da esfera federal e estadual, tanto no legislativo quanto no executivo, demonstra expressivo incremento do *valor gasto por voto*, conforme demonstra pesquisa do Centro de Política e Economia do Setor Público – FGV (AVELINO; BIDERMAN; FISCH, 2017). Na eleição majoritária para Presidente da República, cargo no qual a variação do custo por voto, entre as eleições de 2002 e 2014 (quatro pleitos), foi de 661,52% para cima, os balanços de receitas e despesas das chapas que disputaram o segundo turno apontaram assombrosos montantes de cerca de R\$ 350 milhões para a chapa vencedora e R\$ 222 milhões para a segunda colocada (TSE, 2018).

O interessante, contudo, é que embora as reformas legislativas tenham buscado *restringir* os custos da campanha, os resultados alcançados foram contrários. A Lei Eleitoral (9.504/97), em seus artigos 17 e 18, mostra bem como o movimento do legislador foi no sentido de reduzir o volume financeiro nas eleições, inclusive pelo estabelecimento do mecanismo do *teto de gastos*.

Em sua redação original, a lei n. 9.504/97 não trazia um limite de gastos pré-estabelecido ao início da campanha. Seguia-se, assim, o parâmetro de que teto de tal natureza confrontaria com o princípio da liberdade de expressão dos concorrentes e, também, ao próprio direito de arena¹⁰, o que estava consonante, por exemplo, com as premissas fixadas na Suprema Corte americana no célebre caso Buckley x Valeo, que reconheceu

¹⁰ Entende-se por direito de arena a garantia de um espaço de confrontação de ideias nas campanhas eleitorais (LORENCINI, 2014).

como inconstitucional a limitação de gastos imposta pela *Federal Election Campaign Act* de 1971¹¹.

A primeira tentativa de impor uma limitação ao volume de gastos das campanhas foi com a Lei n. 11.300/06, que inseriu o artigo 17A, com a seguinte redação:

Art. 17-A. A cada eleição caberá à lei, observadas as peculiaridades locais, fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa; não sendo editada lei até a data estabelecida, caberá a cada partido político fixar o limite de gastos, comunicando à Justiça Eleitoral, que dará a essas informações ampla publicidade.

Observa-se que o dispositivo reservou à iniciativa legislativa a fixação do teto de gastos para cada eleição. Inexistindo a lei, cada partido político teria a liberdade de estabelecer seus próprios limites de gastos, o que, na prática, significou a inexistência de qualquer teto.

Constata-se, assim, que embora a evolução histórico-normativa da legislação tenha sido pautada no objetivo de restringir os recursos das campanhas, não houve sucesso na empreitada, seja em função da realidade estabelecida nas eleições do país, cada vez mais centrada em aspectos midiáticos, seja por falhas atribuíveis à própria regulação.

Diante deste quadro, e constatando que a sistemática estabelecida no artigo 17-A era ilógica, o legislador realiza verdadeira guinada com a Lei 13.165/2015¹², que, ao trazer nova redação ao artigo 18 da Lei 9.50497, afirma que os "limites de gastos de campanha, em cada eleição, são os definidos pelo Tribunal Superior Eleitoral, com base nos parâmetros definidos em lei".

Atribuir ao órgão de *accountability* eleitoral, integrante de Poder não eleito, a capacidade normativa de estabelecer o limite de gastos de campanha representa, sem dúvida, passo deveras restritivo na fixação das regras do

¹¹ Ver: LEVIT, 1993.

¹² Aqui é importante observar que a questão dos custos das campanhas eleitorais e sua relação com os limites de gastos sofreu profundas modificações pela nova lei, considerando que até a entrada em vigor da Lei n.º 13.165/2015 o limite de gastos de campanha era definido pelos próprios partidos políticos, com posterior informação à Justiça Eleitoral. Após a nova lei, contudo, os limites passaram a ser definidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o qual definiria os valores a partir de diretrizes estatuídas na legislação (SOARES, 2019).

jogo eleitoral. Natural, portanto, que a Lei 13.488/2017 tenha trazido, em menos de dois anos, nova alteração do artigo 18 da Lei 9.504/97, prevendo que os "limites de gastos de campanha serão definidos em lei e divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral". Ou seja, restabelece-se no legislador a prerrogativa de implementar o teto de gastos. Desta feita, contudo, para superar o problema da *inércia* do legislativo em produzir a lei do teto de gastos para cada eleição, a própria Lei 13.488/2017 já trouxe os limites a serem observados para as eleições de 2018.

No caso das eleições para Presidente da República em 2018, nos termos do artigo 5º da referida lei, o volume máximo de recursos autorizado para cada candidato foi de R\$ 70.000.000,00 (setenta milhões de reais), o que, comparativamente aos números alcançados pela chapa vencedora em 2014, representa uma diminuição de simplesmente 80% (oitenta por cento) no total de recursos disponíveis.

A limitação dos gastos de campanha, a consolidação legislativa da proibição de doações por pessoas jurídicas e a diminuição do período eleitoral¹³ representaram um bloco de medidas voltado ao objetivo evidente de *diminuir os custos das campanhas*, o que pareceu ir ao encontro do interesse da sociedade, ainda sob os efeitos da *Operação Lava Jato*.

As boas vindas às restrições impostas pelas Leis 13.165/15 e 13.488/17 devem, contudo, ser ponderadas em relação a dois aspectos. Primeiro, questiona-se: a guinada não foi excessiva? Isto é, a restrição não foi deveras drástica, escasseando a disponibilidade de recursos para realizar campanha eleitoral que atinja número relevante de eleitores? Segundo, indaga-se: será que o foco apenas no aspecto quantitativo não é um equívoco, devendo-se buscar o aprimoramento qualitativo do fluir de recursos nas campanhas?

Sobre o primeiro ponto, no momento em que redigido este artigo, ainda se aguardam dados consolidados sobre a campanha eleitoral de 2018. Nas informações disponibilizadas até o momento, o candidato derrotado no segundo turno, Fernando Haddad (PT), gastou o total de R\$ 34.400.867,00, e o vencedor, Jair Bolsonaro, o total de R\$ 1.721.537,00 (AGÊNCIA BRASIL, 2018). Os dois montantes revelam patamares bem inferiores ao máximo permitido, sendo que o resultado do candidato

¹³ A lei 13.165/2015 determinou o prazo final de registro de candidaturas em 15 de agosto do ano eleitoral, reduzindo o período oficial de campanha a pouco menos de dois meses. In verbis: "Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições."

vencedor é, sob o ponto de vista financeiro, marcante pelo volume irrisório arrecadado, quando se tem sob perspectiva as campanhas presidenciais anteriores. Tal cenário autorizaria a conclusão de que fixação do limite nominal em 70 (setenta) milhões não foi excessivamente restritiva, uma vez que as campanhas sequer alcançaram a metade da arrecadação autorizada.

Tal conclusão, contudo, é preliminar, e ainda depende da análise de fatores que tornaram a campanha eleitoral de 2018 única em relação às anteriores. O crescimento de importância das mídias sociais, em relação proporcional à diminuição da relevância dos tradicionais mecanismos de campanha, como a propaganda em rádio e televisão, e os impactos no campo financeiro de tais alterações ainda são fenômenos a serem bem compreendidos pela ciência política, fugindo aos limites deste estudo.

Quanto à segunda indagação formulada, cabe dizer que por restrição qualificativa entende-se toda aquela voltada a identificar ingressos (fontes) e saídas (despesas) que devem ser vedadas no financiamento político-eleitoral. Quanto aos ingressos, hodiernamente, após o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal de contribuições de campanha efetivadas por pessoas jurídicas (ADI 4650), consolidada no plano legislativo pela Lei n. 13.488/17, restou no ordenamento brasileiro a possibilidade de doações privadas, combinada com recursos públicos diretos (fundo especial de financiamento de campanha - FEFC) e indiretos (horário eleitoral gratuito em rádio e televisão e fundo partidário). Quanto às saídas, o artigo 26 da Lei n. 9504/97 se encarrega de listar as espécies de gastos autorizados nas campanhas, em rol considerado taxativo pela doutrina e pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

Deve-se questionar, contudo, até que ponto não há espaço para aprimorar qualitativamente o modelo de financiamento no modelo brasileiro. Primeiro, identificando novas fontes que sejam condizentes com pressupostos democráticos, como o incremento da participação dos eleitores nas campanhas. Neste sentido, a Lei n. 13.488/17 agiu bem ao aprimorar a regulamentação do mecanismo de *crowdfunding*, que permite a arrecadação de contribuições de pequena monta por plataformas *online*. Segundo, autorizando maior *liberdade* a partidos e candidatos nos dispêndios eleitorais, optando-se pela realização de controle finalístico — ou seja, exigindo-se a correlação do gasto com a campanha eleitoral —, ao invés de se exigir o enquadramento de cada despesa no rol do artigo 26 da Lei n. 9504/97.

De fato, o *engessamento* das campanhas, decorrentes do excesso de restrições e burocracias, deve ser uma preocupação do legislador, uma vez que o *direito de arena* é valor essencial da democracia. No entanto, as reformas recentes, como bem exemplificam as de 2015 e 2017, adotaram a linha comum de aumentar controles e restrições, o que está, obviamente, relacionado ao fato de se tratarem de reações legislativas a graves escândalos de corrupção. Seria fundamental, contudo, adotar cautelas para que o combate à corrupção não seja um *fim em si mesmo*, isto é, que, em nome da assepsia do processo eleitoral, extraia-se dele todas as suas essências democráticas.

2.2. Alto grau de burocratização nos movimentos financeiros e prestação de contas

O final do tópico anterior antecipou a premissa que aqui será aprofundada, qual seja a de que a tendência evolutiva da legislação de financiamento político é de aumentar a burocracia relacionada à movimentação financeira da campanha e, também, os mecanismos de controle. A análise da Lei n. 9504/97 revela como, paulatinamente, o legislador incrementou obrigações para partidos políticos e candidatos na arrecadação e dispêndio dos recursos eleitorais, bem como tem conferido poderes ao órgão fiscalizador, a Justiça Eleitoral, para controlar e punir os desvios cometidos.

Obrigações como a necessidade de criação de conta bancária específica para registrar o movimento financeiro da campanha (art. 22), a inscrição dos candidatos no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica — CNPJ (art. 22–A), a divulgação das contas de campanha na internet (art. 28, §4°), entre outras, foram medidas recentemente adotadas na legislação eleitoral no intuito de aprimorar o controle do fluir financeiro nas campanhas eleitorais.

O aumento das exigências burocráticas para candidatos e partidos políticos costuma ser fundado no aprimoramento da *accountability*¹⁴. Realmente, trata-se de requisito de qualidade do processo eleitoral a adoção de mecanismos horizontais¹⁵ e verticais¹⁶ de *accountability* (O´DONNEL,

¹⁴ Não há tradução ideal para o termo accountability. Associá-lo à ideia de prestação de contas é insuficiente para exprimir a relevância de tal conceito na estruturação do regime de responsabilidade do poder político.

¹⁵ Por mecanismo horizontal, o autor se refere às atitudes de instituição coletivas ou poder autônomos, os quais são capazes de julgar o trabalho realizado pelo eleito como impróprio, ou seja, é um mecanismo interno do próprio sistema para regular as atitudes de seus membros. (O'DONNEL, 1997, p. 61-62)

¹⁶ Por mecanismo vertical, o autor se refere às atitudes dos eleitores para com os político anteriormente eleitos, ao que tange premiar (reeleger) ou punir (não se reeleger) o candidato, tendo por mérito do julgamento as ações praticadas por ele, em exercício de seu mandato (Idem, p.61)

1997, p. 61), pois são os instrumentos que asseguram que as eleições ocorram da forma mais asséptica possível às virulências do abuso de poder político e econômico e, claro, da corrupção.

Há, contudo, linha tênue entre o que pode ser considerado como medida de efetiva e elogiável accountability e o que consiste em perigosa incursão no excesso burocrático. O critério distintivo parece ser teleológico, isto é, a obrigação imposta ao candidato e/ou ao partido político deve alcançar as finalidades de qualificar a informação e/ou impedir os desvios no processo eleitoral.

A qualificação da informação é medida da mais alta relevância para a democracia. É exatamente por intermédio da informação qualificada, dentro do regime de *multiplicidade de fontes*, que se instala efetiva *arena eleitoral*. A criação do espaço -público de debate de propostas, que deveria ser o principal suplemento do jogo eleitoral, somente é possível por intermédio da criação de mecanismos que tragam conteúdo informativo verdadeiro e relevante para o conhecimento do eleitorado. É a informação qualificada que permitirá o principal mecanismo de *accountability* vertical na democracia, que é a votação.

Quanto ao impedimento de desvios, os mecanismos de accountability horizontal, isto é, órgãos oficiais de controle externo do processo eleitoral, permitem o ambiente asséptico na disputa eleitoral e, portanto, a igualdade de oportunidades entre os concorrentes. Reside neste princípio, o da igualdade na disputa, o valor fundamental para que as eleições sejam consideradas efetivamente democráticas. Caso ele não esteja presente, não é possível afirmar a existência dos dois elementos basilares do regime democrático, conforme doutrina de Robert Dahl, que são a contestação e a participação (DAHL, 1971).

Sob tais critérios, pode-se considerar, por um lado, como efetiva accountability a obrigação para partidos e candidatos que, em sua finalidade, concretize os objetivos de qualificar a informação eleitoral ou impedir a prática de desvios no processo. Por outro lado, será burocracia excessiva a exigência que não seja capaz de assegurar referidos objetivos, apenas trazendo complexidade e custos para os concorrentes no pleito. Cabe analisar dois dispositivos da legislação eleitoral que exemplificam cada uma das hipóteses.

Inicialmente, considere-se o artigo 28, §4º da Lei 9504/97, com redação implementada pela Lei n. 13.165/15:

§ 40 Os partidos políticos, as coligações e os candidatos são obrigados, durante as campanhas eleitorais, a divulgar em sítio criado pela Justiça Eleitoral para esse fim na rede mundial de computadores (internet):

I - os recursos em dinheiro recebidos para financiamento de sua campanha eleitoral, em até 72 (setenta e duas) horas de seu recebimento;

II - no dia 15 de setembro, relatório discriminando as transferências do Fundo Partidário, os recursos em dinheiro e os estimáveis em dinheiro recebidos, bem como os gastos realizados.

Referido dispositivo obrigou partidos, coligações e candidato a conferir ampla publicidade na rede mundial de computadores à movimentação financeira da campanha. Obviamente, o difundido acesso à *internet* nos dias atuais, aliado à dinamicidade da informação — até 72 (setenta e duas) horas após a arrecadação no caso do inciso I — permitem o controle efetivo do fluir de recursos por qualquer interessado, especialmente pela mídia, que expandirá e qualificará a informação. Sem dúvida, a norma em questão é clara medida de *accountability* do processo eleitoral brasileiro.

O mesmo não ocorre em relação à norma do artigo 30 da Lei n. 9.504/97, com a seguinte redação:

Art. 30. A Justiça Eleitoral verificará a regularidade das contas de campanha, decidindo:

I - pela aprovação, quando estiverem regulares;

II - pela aprovação com ressalvas, quando verificadas falhas que não lhes comprometam a regularidade;

III - pela desaprovação, quando verificadas falhas que lhes comprometam a regularidade;

IV - pela não prestação, quando não apresentadas as contas após a notificação emitida pela Justiça Eleitoral, na qual constará a obrigação expressa de prestar as suas contas, no prazo de setenta e duas horas.

(...)

O dispositivo estabelece procedimento para a homologação das contas de campanha pelo órgão de controle eleitoral. O objetivo do legislador foi

estabelecer amplo mecanismo de fiscalização da movimentação financeira de partidos e candidatos, criando estrutura que, pela dimensão da tarefa imposta, será sempre enorme e, ao mesmo tempo, insuficiente. O crescente orçamento da Justiça Eleitoral¹⁷, com número cada vez maior de servidores, parece ser insuficiente para enfrentar a hercúlea tarefa de verificar a regularidade das contas de 35 partidos e 26,181 mil candidatos que concorreram no pleito de 2018¹⁸.

Além do *incremento orçamentário*, a dimensão da fiscalização estabelecida pelo legislador faz com que a *verificação da regularidade* se limite a mero *expediente formal*, e não controle substantivo. De fato, o que a Justiça Eleitoral é capaz de fazer, e com ampla dificuldade – uma vez que boa parte das contas são homologadas em data próxima ao término do período prescricional de cinco anos –, é a verificação *contábil* da movimentação financeira, analisando a regularidade documental apresentada por partidos e candidatos.

Trata-se de algo muito diferente de apuração da veracidade das informações que alimentam tal contabilidade. As queixas mais comuns presentes nas campanhas brasileiras, como gráficas fantasmas, caixa-dois e maquiagem contábil não são identificadas a partir do procedimento homologatório da Justiça Eleitoral. Imagine-se, por exemplo, caso em que as contas de campanha apontam elevados gastos com uma gráfica fantasma. Como regra, referida gráfica emitirá uma nota de serviços e, inclusive, recolherá os tributos correspondentes, conferindo aparência de regularidade contábil, tributária e eleitoral, uma vez que se trata de despesa autorizada pelo artigo 26 da Lei 9504/97. A realidade, contudo, é que os serviços não foram prestados e a gráfica foi utilizada como mecanismo para lavagem de recurso eleitoral, autorizando, por exemplo, que os recursos sejam desviados para finalidades estranhas ao processo eleitoral.

A pouca efetividade do artigo 30 da Lei 9.504/97 se torna ainda mais flagrante quando se observa a construção da atual jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral que a aprovação das contas não impede a posterior fiscalização e apuração de desvios. Em outras palavras, o procedimento de aprovação das contas não passa de um "carimbo", associado a enorme gastos e exigências burocráticas, mas sem efeitos concretos na qualificação do processo eleitoral.

¹⁷ O orçamento da Justiça Eleitoral, conforme relatório Justiça em Números no ano de 2018, alcançou o montante de 5.488.685.876 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ, 2018).

¹⁸ A consulta pública aos documentos comprobatórios das Prestações de Contas das Eleições de 2018 podem ser consultadas em: TSE, 2018.

Os efeitos do excesso de burocracia são conhecidos, sendo ainda mais gravosos quando situadas em área essencial, como é o caso do financiamento das eleições. Entre os principais, é possível mencionar o aumento dos custos de entrada e manutenção no jogo político-eleitoral, uma vez que o atendimento de complexas e numerosas obrigações burocráticas exige infraestrutura correspondente ao tamanho das exigências, o que nem sempre será fácil para novos e/ou pequenos partidos políticos. Tal aspecto dificulta muito o ingresso de novos players, consolidando o status quo, com graves consequências para a renovação político-eleitoral.

Outro fator comumente associado ao excesso burocrático é o incremento de espaço para práticas de corrupção. A multiplicação de processos burocráticos na relação entre particular e Estado amplia proporcionalmente as oportunidades e os agentes de práticas corruptivas. Trata-se de lógica aritmética: quanto maior o número de obrigações, agentes e instituições envolvidos na relação entre privado e público – seara na qual se desenvolve, em regra, a prática corruptiva –, maior será o campo de oportunidades para desvios. A *venda de facilidade*, prática ilícita tradicionalmente conhecida em alguns espaços do serviço público brasileiro, está diretamente relacionada ao excesso burocrático.

Conclui-se, portanto, que a evolução histórico-normativa do financiamento político não foi capaz de aprimorar, apenas, o aspecto da *accountability* no processo eleitoral, integrando, por vezes, exigências estritamente burocráticas, com os efeitos perniciosos acima mencionados. O caminho para aprimorar tal quadro é separar o joio do trigo, analisando cada exigência quanto à finalidade almejada e os resultados possivelmente alcançado para, após, excluir do ordenamento aquelas que em nada contribuem para a qualificação da informação e/ou restrição a desvios no âmbito do processo eleitoral.

2.3. Aumento dos mecanismos de liability

Outra consequência identificada ao longo da evolução legislativa do financiamento eleitoral foi o incremento de mecanismos sancionatórios aos desvios praticados. Trata-se da denominada *liability*, que é a faceta da responsabilidade política relacionada à *sujeição a sanções* por força da prática de desvios no processo eleitoral (LORENCINI, 2018). O recrudescimento das sanções, tanto quantitativa quanto qualitativamente, é facilmente observável na evolução da legislação eleitoral. Trata-se, uma vez mais, de consequência associada ao caráter reativo das reformas legislativas neste campo.

Diferentemente, contudo, dos itens anteriores — restrição ao volume financeiro e aumento de exigências burocráticas —, em que a evolução histórico-normativa foi linear, isto é, o crescimento seguiu padrão ascendente, sem retrocessos, no caso dos mecanismos de *liability* a evolução não observou padrão único, sendo caracterizada por altos e baixos.

O artigo 25 da Lei 9.504/97¹⁹ é bom exemplo neste sentido. Ele estabelece a sanção de *perda do direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário* no ano seguinte às eleições para o partido que descumprir as normas atinentes à arrecadação e aplicação dos recursos de campanha. Trata-se de sanção de imensa gravidade para os partidos políticos, ante a relevância orçamentária do Fundo Partidário.

A ausência de critérios de dosimetria na redação original do dispositivo trouxe dificuldades em sua aplicação pela Justiça Eleitoral²⁰, uma vez que, por vezes, mostrava-se desproporcional decretar a perda de todo o Fundo Partidário diante da gravidade da irregularidade constatada. Observava-se, assim, a tendência jurisprudencial de não aplicar a sanção, o que levava a outra consequência maléfica para o sistema normativo, que era a *ineficácia* do dispositivo.

A Lei n. 12.034/09 buscou resolver a questão, relativizando o rigor da sanção imposta no artigo 25 em sua redação original, conferindo à Justiça Eleitoral a possibilidade de realizar a dosimetria da pena. Promoveu-se a inclusão do parágrafo único do dispositivo²¹, que estabelece a necessidade de se observar a *proporcionalidade* e *razoabilidade* da sanção, tornando possível, além da decretação da suspensão, a efetivação do desconto apenas do valor irregular, inclusive de forma parcelada.

A característica de avanços e recuos no campo da *liability* se justifica em razão da dificuldade em se encontrar a métrica adequada para a punição no campo eleitoral. A restrição a direitos que afetam a participação política, como é o caso do acesso ao fundo partidário, sempre têm por efeito colateral

¹⁹ Art. 25. O partido que descumprir as normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos fixadas nesta Lei perderá o direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte, sem prejuízo de responderem os candidatos beneficiados por abuso do poder econômico.

²⁰ Ver as n.º 21.418/2003 e n.º 21.573/2003, ambas de lavra do Tribunal Superior Eleitoral.

²¹ Art. 25. (...) Parágrafo único. A sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário, por desaprovação total ou parcial da prestação de contas do candidato, deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de 1 (um) mês a 12 (doze) meses, ou por meio do desconto, do valor a ser repassado, na importância apontada como irregular, não podendo ser aplicada a sanção de suspensão, caso a prestação de contas não seja julgada, pelo juízo ou tribunal competente, após 5 (cinco) anos de sua apresentação.

a diminuição da competitividade das eleições, efeito claramente indesejado em termos de qualidade democrática.

Soma-se a tal aspecto a circunstância de que os *players* afetados pela legislação da *liability* são os mesmos envolvidos na sua produção. A responsividade de tais *players* à opinião pública, por um lado, e a necessidade de *sobrevivência* política dos mesmos, por outro, estabelecem dois contrapesos às alterações legislativas no campo sancionatório, justificando o movimento pendular referido.

Em que pese tal característica, não há como negar que a evolução histórico-normativa no campo do financiamento eleitoral foi marcantemente voltada a recrudescer os mecanismos de sanção, não apenas sob o aspecto quantitativo, mas também qualitativo. Neste último, sem dúvida, reside o maior desafio para o legislador, não apenas no Brasil.

Sanções como cassação de diploma, declaração de inelegibilidade e suspensão dos direitos políticos, utilizadas no âmbito da responsabilidade política para hipóteses como abuso de poder econômico, possuem grave impacto democrático e, por fornecerem pouco espaço para dosimetria, muitas vezes trazem o vício da desproporcionalidade. A melhoria qualitativa das sanções político-eleitorais é um desafio ainda presente para o legislador.

2.4. Publicização das fontes

O debate acerca das vantagens e desvantagens acerca dos modelos público e privado de financiamento eleitoral é vasto na doutrina especializada. Embora não seja o caso de se aprofundar todos aspectos comparativos, importante identificar os principais elementos de cada modelo.

No financiamento denominado *exclusivamente privado*, as fontes de recurso das candidaturas provêm de contribuições de pessoas físicas ou jurídicas – inclusive dos próprios candidatos e/ou partidos políticos –, sem qualquer participação do orçamento estatal no custeio da campanha. Entre as vantagens associadas ao modelo privado encontram-se seu maior *apelo à participação democrática*, uma vez que insere o eleitorado e a sociedade em geral como protagonistas também no aspecto financeiro das campanhas e, também, pelo fato de não trazer impacto orçamentário ao Estado.

No campo das *desvantagens*, o modelo privado apresenta riscos para a *igualdade de oportunidades* na disputa, uma vez que haverá natural

desequilíbrio na capacidade de arrecadação entre os candidatos e partidos concorrentes. Além disso, argumenta-se que a possibilidade de contribuições privadas oficializa a porta de entrada para o abuso do poder econômico no campo da política, uma vez que se torna elevada a dependência entre os representantes e seus financiadores.

O financiamento exclusivamente público coloca o Estado como único responsável pelo custeio da máquina eleitoral. Pode ocorrer tanto de forma direta, ou seja, mediante dotações orçamentárias específicas para as campanhas, seja de forma indireta, o que normalmente ocorre por intermédio do subsídio de determinados gastos eleitorais ou, então, mediante compensações fiscais. Exemplo da modalidade indireta é o caso brasileiro do horário de propaganda eleitoral gratuita em rádio e televisão.

Em termos de *vantagens* do modelo público, o principal argumento é o aumento do controle sobre o fluir financeiro das campanhas, permitindo a observância de determinados valores e o alcance de objetivos democráticos. Para ilustrar, no modelo público a preservação do princípio da *igualdade de oportunidades* será bem mais factível que no privado, uma vez que o próprio Estado regulará os critérios de distribuição dos recursos de campanha.

No campo das *desvantagens*, a mais sensível é o fato do orçamento público ser atingido diretamente para o custeio das campanhas. Na eleição de 2018, por exemplo, apenas o *Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)*, criado pelas Leis n. 13.487/17 e 13.488/17 alcançou o montante de R\$ 1,7 bilhão (TSE, 2018), valor extraído diretamente do Orçamento Geral da União.

A criação do fundo está diretamente relacionada ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650 pelo Supremo Tribunal Federal, em que se declarou inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizam contribuições de *pessoas jurídicas* a campanhas eleitorais e partidos políticos. Entre os argumentos levantados pelos Ministros que julgaram a favor da inconstitucionalidade está o de que pessoas jurídicas não exercem direitos políticos e, portanto, não estão legitimadas a participar do processo eleitoral. Além disso, sem dúvida, o alto grau de influência do poder econômico nas campanhas foi tema sempre presente nas considerações dos julgadores.

A partir da decisão na ADI 4560, o modelo de arrecadação de recursos de campanha, que era essencialmente centrado na destinação de

verbas partidárias e em doações empresariais sofreu drástica transformação. Migrou-se para modelo quase que exclusivamente público, uma vez que o financiamento privado se restringiu a contribuições de pessoas físicas, o que, salvo raras exceções, jamais alcançou patamar de relevância no montante global das despesas eleitorais.

A publicização das fontes de recursos está conforme a compreensão de que a influência abusiva do poder econômico é o principal inimigo do processo eleitoral. As reformas legislativas recentes demonstram claramente a adoção de tal premissa. Resta saber se os diagnósticos acerca da eleição de 2018 e das vindouras corroborarão a tese de que o modelo de financiamento público combate com efetividade o abuso de poder econômico ou se, ao revés, a conclusão virá no sentido de que as desvantagens associadas a tal modelo, especialmente o alto dispêndio de verbas públicas, prevalecerão.

CONCLUSÃO

A experiência da campanha eleitoral de 2018 oferece inúmeros desafios aos analistas. Premissas que eram tidas como certas nas campanhas anteriores foram simplesmente negadas nas últimas eleições. A proibição de contribuições empresariais, aliada a fenômenos inéditos como a influência decisiva das *redes sociais*, a propagação de *fake news* e a pouca relevância da propaganda eleitoral em rádio e televisão fizeram com a que a eleição de 2018 inaugurasse novo paradigma de campanha.

Não é possível, ainda, saber se as características presentes no pleito de 2018 se manterão para os vindouros ou se, na verdade, estão associadas à especificidade do momento histórico vivido no Brasil nos últimos anos. Em um cenário político de alta instabilidade e polarização, o que não é exclusividade brasileira, as eleições mostram resultados que não correspondem à racionalidade esperada por estatísticos e analistas comportamentais. Por exemplo, a expectativa de sucesso das *candidaturas de centro* diante de polarizações entre polos ideológicos bem definidos mostrou-se frustrada com a vitória de Jair Bolsonaro, cuja candidatura foi lançada pelo Partido Social Liberal (PSL), cuja expressão no quadro partidário nacional era pouco relevante.

Caso se confirme, nas próximas eleições, que realmente se estabeleceu um novo modelo de campanha eleitoral, com características, em seu fluir financeiro, completamente diversas das observadas antes de 2018, por certo este estudo, que buscou analisar a evolução do quadro histórico e normativo do financiamento eleitoral no Brasil, deverá ser complementado. Ante a demonstrada reatividade do legislador aos principais desvios ocorridos nas campanhas, pode-se esperar que as próximas alterações no quadro normativo, inclusive por meio de Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, venham centradas nas principais polêmicas que cercaram o pleito de 2018, como a utilização abusiva de tecnologia em redes sociais e, também, a propagação de notícias falsas.

Resta saber se, em algum momento, a legislação conseguirá se antecipar a ponto de impedir que as campanhas sejam permeadas por vícios que prejudicam os princípios basilares do bom processo eleitoral. As eleições brasileiras têm se destacado como pedra fundamental da consolidação democrática do país e tutelá-las deve ser objetivo primordial e permanente da sociedade e das instituições.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Campanha de Haddad gasta 20 vezes mais do que a de Bolsonaro. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/campanha-de-haddad-gasta-20-vezes-mais-do-que-de-bolsonaro. Acesso em 10, abr. 2020.

ALEXANDER, Hebert E. *Financing politics*: money, elections and political reform, Washington, D.C., Ed. Congressional Quartely Press, 1992.

AVELINO, George. BIDERMAN, Ciro. FISCH, Arthur. *A corrida armamentista nas eleições brasileiras*. Disponível em: https://cepesp. wordpress.com/2017/06/13/a-corrida-armamentista-nas-eleicoes-brasileiras/. Acesso em: 30. maio. 2020.

BAHIA, Luiz Henrique Nunes. *O poder do clientelismo*: raízes e fundamentos da troca política. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIANCO, Alessandro. Finanziamento della política in Itália. Milano, Ed. A Giuffrè, 2001.

BRASIL, Lei nº 4737, de 15 de julho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/Leis/l4737.htm. Acesso em: 15, jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº* 1.164, *de 14 de julho de 1950*. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1164-24-julho-1950-361738-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 30, jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Eleitoral. *Acórdão nº* 7-61.2015.6.00.0000. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 6 de outubro de 2015. Brasília. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/embargos-de-declaracao-chapa-dilma-temer. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Prestação de Contas – Eleições 2018*. Disponível em: https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/prestacao-de-contas-1/consulta-publica-aos-documentos-comprobatorios-das-prestacoes-de-contas-eleicoes-2018. Acesso em: 20, maio. 2020.

CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: uma discussão conceitual. *Dados*, vol. 40, n. 2, 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2018: ano base 2017. Brasília, CNJ, 2018.

CORRADO, Anthony. MANN, Thomas E., POTTER, Trevor (editors). Inside the campaign finance battle. Washington D.C., Ed. Brookings Institution Press, 2003.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Ed.UNB, 2001.

DAHL, Robert A. *Polyarchy, participation and opposition.* New Haven and London, Ed. Yale University Press, 1971.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones politicas y derecho constitucional*. Barcelona: Ed. Ariel, 1962.

FARIAS, Francisco Pereira de. Clientelismo e democracia capitalista: elementos para uma abordagem alternativa. Rev. *Sociol. Polít.*, n. 15, p. 49-65, nov. 2000.

FAUPIN, Herve. *Le controle du financement de la vie politique*: partis et campagnes. Paris: Ed. L.G.D.J, 1998.

FILHO, George Avelino. Clientelismo e Política no Brasil: revisitando velhos problemas. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 1, n. 38, p. 225-240, mar. 1994.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008.

GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. La Financiacion de los Partidos Políticos. Madrid: Ed. Dykinson, 1995.

LANCHESTER, Fulco (org). Finanziamento della política e corruzione. Milano: Ed. A. Giuffrè, 2000.

LAURENTIIS, Lucas Catib de; BIANCHI, Yohanan David Azevedo. O voto no direito brasileiro: história, problemas e propostas de mudança. *Revista Direito em Debate*, v. 28, n. 52, p. 143–156, 20 dez. 2019. DOI: https://doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.143-156.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*: o Município e o regime representativo no Brasil. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEITE, Crislayne Moura; GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. A participação da mulher na política brasileira e a efetividade das cotas partidárias. *Revista Eleitoral* (Florianópolis), v. 23, n. 1, p. 139-164, 2019.

LENARDÃO, Elsio. Gênese do clientelismo na organização política brasileira. *Lutas Sociais*, n. 11/12, 2004.

LEVIT, Kenneth J. Campaign Finance Reform and the return of Buckley V. Valeo. *The Yale Law Jornal*, vol. 103, n. 2, p. 469-503, 1993.

LORENCINI, Bruno César. *Financiamento Eleitoral*: Perspectiva Comparada. São Paulo, Ed. Atlas, 2014.

LORENCINI, Bruno César. Responsabilidade Política e Democracia qualificada. São Paulo: Ed. Liber Ars, 2018.

MALAMUD, Carlos. POSADA-CARBÓ, Eduardo (editores). *The Financing of Politics*: Latin American and European Perspectives. London: Ed. Institute for the study of the Americas, 2005.

MONTOLÍO, Emilio Pajares. *La Financiacion de las Elecciones.*, Madrid: Ed. Congreso de los Diputados, 1998.

MICHELS, Robert. *A Sociologia dos Partidos Políticos*. Tradução de Arthur Chaudon, Brasília: Ed. UNB, 1982.

NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil*: do Império aos dias atuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Revista Lua Nova, n. 44. 27-54, 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-64451998000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt Acesso em: 13, maio. 2019.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. vol. 1: o debate contemporâneo. São Paulo, Ed. Ática, 1994.

SHI, Shouyong; TEMZELIDES, Ted. A Model of Bureaucracy and Corruption. *International Economic Review*, Vol. 45, n. 3. 873-908, 2004.

SOARES, Michel Bertoni. *Doações de Pessoas Jurídicas*: financiamento eleitoral e poder econômico. Dissertação de Mestrado (Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

Recebido em: 17/05/2020 Aprovado em: 22/07/2020

GOVERNANÇA PÚBLICA, GESTÃO DE RISCOS E COMPLIANCE COMO INSTRUMENTOS DE TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO APÓS O COVID-19

PUBLIC GOVERNANCE, RISK MANAGEMENT AND COMPLIANCE AS INSTRUMENTS FOR THE TRANSFORMATION OF THE BRAZILIAN STATE AFTER COVID-19

Davi Valdetaro Gomes Cavalieri Mestrando em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito. Especialista em Direito Público. Procurador Federal.

> Lorena Araújo de Oliveira Especialista em Advocacia Pública. Procuradora Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Governança Pública; 2 Gestão de Riscos; 3 *Compliance*; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho propõe uma reflexão acerca da governança pública, da gestão de riscos e do *compliance* como instrumentos aptos a promover uma recuperação sustentável do Estado Brasileiro após pandemia do novo coronavírus. A COVID-19 trouxe impactos concretos na economia e nas relações sociais, acompanhados por incertezas e implicações em diversas searas, fatores estes que exigem um processo de recuperação — ou mesmo de transformação — a ser realizado por meio de esforços conjuntos de toda a sociedade. Por meio de análise doutrinária e de cotejo das normas atinentes à matéria, foram analisadas as peculiaridades dos referidos instrumentos, as formas de aplicação na esfera governamental e os benefícios que podem proporcionar na gestão pública, para superar o momento de crise, bem como para promover uma reestruturação positiva no ambiente organizacional.

PALAVRAS-CHAVE: Crise. COVID-19. Gestão Pública. Reestruturação. Governança. Riscos. *Compliance*.

ABSTRACT: The present work proposes a reflection on public governance, risk management and compliance as instruments capable of promoting a sustainable recovery of the Brazilian State after the new coronavirus pandemic. COVID-19 brought concrete impacts on the economy and social relations, accompanied by uncertainties and implications in several fields, factors that require a process of recovery – or even transformation – to be carried out through joint efforts by the whole of society. Through doctrinal analysis and comparison of the norms related to the matter, the peculiarities of the referred instruments were analyzed, the forms of application in the governmental sphere and the benefits they can provide in public management, to overcome the moment of crisis, as well as to promote a positive restructuring in the organizational environment.

KEYWORDS: Crisis. COVID-19. Public Management. Restructuring. Governance. Risk. Compliance.

INTRODUÇÃO

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou a pandemia do novo coronavírus, diante da rápida disseminação geográfica apresentada pela doença. Em consequência, o Estado de Calamidade Pública foi decretado pela União e por diversos estados e municípios brasileiros, levando à adoção de medidas de isolamento social para supressão ou mitigação da disseminação do vírus, à mobilização de recursos extraordinários e à organização de frentes de trabalho com participação de gestores púbicos e serviços do Sistema Único de Saúde nas três esferas de governo.

Nesse contexto, a chegada do COVID-19 no Brasil trouxe um cenário de inúmeras incertezas, que vem despertando ricas discussões em nossa sociedade em meio ao atual panorama de isolamento social.

Dentre as "provocações" emergentes, ganha destaque a reflexão acerca do modelo de gestão no âmbito do Poder Executivo. De que maneira a gestão pública pode contribuir para uma recuperação sustentável do país? É possível estar minimamente preparado para a ocorrência de uma outra pandemia (ou outro evento imprevisível) e reduzir os riscos de novas consequências drásticas?

Para tentar responder estas indagações, propõe-se aqui o desenvolvimento de um estudo de temas que tiveram sua origem no âmbito privado, especificamente na gestão empresarial, mas que podem constituir ferramentas fundamentais para uma transformação positiva na Administração Pública: governança, gestão de riscos e *compliance*.

A abordagem dos três institutos no presente trabalho tem o objetivo de estimular uma mudança de cultura na gestão pública brasileira a partir de tais conceitos e, assim, construir uma nova realidade organizacional para esta e para as futuras gerações.

1. GOVERNANÇA PÚBLICA

O termo "governança" teve sua origem na iniciativa privada e foi bastante difundido ao longo do tempo nas práticas de gestão empresarial, recebendo a denominação "governança corporativa". Atualmente, sua acepção tem caráter difuso e possui aplicação no âmbito de qualquer organização, seja pública, privada ou do terceiro setor (MESSA, 2019).

Nesse contexto de crescente ampliação dos pontos de convergência entre público e privado, a governança pública pode ser entendida como a capacidade que os governos têm de avaliar, direcionar e monitorar a gestão das políticas e serviços públicos, objetivando o efetivo atendimento das necessidades e demandas da população.

No Brasil, a inserção do conceito de governança foi influenciada pelas mudanças e tendências do mundo corporativo, especialmente a partir das privatizações e da abertura do mercado nacional nos anos 1990 e do próprio movimento de Reforma Administrativa que resultou na consolidação da eficiência no rol de princípios jurídico-constitucionais da Administração Pública, a partir da Emenda Constitucional 19/98.

Nos dias atuais, a governança pública teve sua dimensão amplificada para constituir um vetor de condução da gestão pública, na formulação e execução das políticas públicas no país, objetivando uma prestação de serviços qualitativa à sociedade, em atendimento aos princípios da Administração Pública, às leis e aos regulamentos.

A governança pública, como se observa, está vinculada ao propósito de criar na Administração um ambiente seguro e transparente para a formulação e implementação de políticas públicas em prol da sociedade. O gestor público necessita estar em sintonia com os anseios da população, enquanto esta deve exercer o controle social sobre os atos do poder público e participar efetivamente da implementação das políticas que venham a atender aos seus anseios.

Em termos normativos, diante da necessidade de adaptação dos institutos do direito administrativo à nova realidade de gestão, a governança pública passou a ser gradativamente inserida no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque a Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e a Lei Federal nº 13.303/2016 (Lei das Estatais).

No âmbito da administração pública federal, o Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, estabelece, de forma mais ampla, a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Consoante bem explica Nohara (2020), o referido decreto marca a intensificação de um movimento que articula a governança pública com o direito administrativo, trazendo diretrizes voltadas ao desempenho da função administrativa. De acordo com a norma, a governança pública consiste em um "conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas

à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade".

Alinhando-se ao referido Decreto, a Advocacia-Geral da União (AGU) instituiu, por meio da Portaria nº 414, de 19 de dezembro de 2017, um Sistema de Governança para o aperfeiçoamento da gestão interna, com foco em capacidade de resposta, integridade, confiabilidade, melhoria regulatória, prestação de contas, responsabilidade e transparência. Entre os objetivos estão a simplificação administrativa, a modernização da gestão pública e a integração dos serviços públicos, além da busca de soluções inovadoras para lidar com a limitação de recursos públicos. De acordo com o órgão, o novo sistema também procura promover a integração entre diferentes níveis e esferas do setor público, com o objetivo de gerar, preservar e entregar resultados para a sociedade, com a incorporação de padrões elevados de conduta.

As inovações normativas possuem importância, mas devem necessariamente ser atreladas a uma mudança de mentalidade para gerar uma nova cultura de gestão pública, a fim de que sejam evitados, mitigados e reparados os riscos, os erros e as fraudes que tanto refletem negativamente na sociedade e na reputação das instituições brasileiras.

No contexto atual de grave crise relativa ao COVID-19, cujos desdobramentos finais ainda não são certos — embora previsivelmente deletérios em vários segmentos, o Poder Público deve adotar medidas com a agilidade, a segurança e a eficiência que uma boa governança requer, a fim de que a recuperação do país aconteça de modo sustentável.

E mais: para além das medidas reativas à crise, a adoção de boas práticas de governança proativa poderão fortalecer a máquina administrativa a ponto de antever tendências, prevenir problemas e, assim, reduzir significativamente os danos decorrentes de um evento inesperado ou imprevisível.

Uma pandemia trágica e inesperada pode, sim, deflagrar um processo positivo de reestruturação de todo o ambiente organizacional. Para tanto, como consectário da mencionada mudança de cultura de gestão pública, é necessário que a Administração promova a efetiva implementação de dois pilares da governança, a saber: gestão de riscos e *compliance*.

2. GESTÃO DE RISCOS

Preliminarmente à abordagem deste tema, é necessário entender o que representa a expressão "risco".

Risco possui conotação negativa, relacionada a perigo, à probabilidade ou possibilidade de perigo, incerteza esta que é inerente a praticamente todas as atividades humanas. Significa, por conseguinte, a possibilidade de um evento com impactos negativos, que provocam uma perda, um dano, e tem o potencial de acionar o sistema de responsabilidades (NOHARA, 2020).

Do ponto de vista público, por exemplo, o Estado está exposto à assunção de responsabilidades devido à necessária ingerência em prol do interesse público, uma vez que, pautado na supremacia do interesse público, possui a prerrogativa de afetar o patrimônio ou direito do particular em determinadas situações. Nesse sentido, Cunha JR.(2008) afirma que é a teoria do risco que serve de fundamento para a ideia de responsabilidade objetiva do Estado, tomando por base os seguintes aspectos: o risco que a atividade administrativa potencialmente gera para os administrados, e a necessidade de repartir-se, igualmente, tanto os benefícios gerados pela atuação estatal à comunidade como os encargos suportados por alguns, por danos decorrentes dessa atuação. Assim, em suma, e como próprio nome sugere, essa teoria leva em conta o risco que a atividade estatal gera para os administrados e na possibilidade de causar danos a determinados membros da comunidade, impingindo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade, todos os demais membros da comunidade devem concorrer, através dos recursos públicos, para a reparação dos danos.

Diante dessa percepção, a gestão de riscos e controles internos é fundamental para o alcance dos objetivos estratégicos do Estado. Isso porque, quando se pensa em risco no âmbito da governança pública, a ideia é que o sistema de controle interno dê prioridade a ações estratégicas de prevenção como medida apta a evitar o mencionado acionamento do sistema de responsabilidades (NOHARA, 2020).

A responsabilidade do Estado em relação ao bem público exige a adoção de práticas e estratégias eficazes de gestão. Nesse sentido, a gestão de riscos consiste num processo permanente que contempla a identificação, a avaliação e o gerenciamento de potenciais eventos (riscos) que possam afetar uma organização, seja ela pública ou privada, de maneira a fornecer segurança quanto à realização de seus objetivos. Trata-se de uma importante ferramenta para ajudar na tomada de decisões baseadas em metodologias e normas que possibilitam uma melhor execução do trabalho, proporcionando o preparo necessário para contornar uma situação adversa ocasionada pela ocorrência de um evento negativo.

A primordial função da gestão de riscos é assegurar o cumprimento do objetivo da instituição, através da identificação antecipada dos possíveis eventos que poderiam ameaçar o alcance do referido escopo, sempre pautando pelo cumprimento de prazos, leis e regulamentos. Com o objetivo de garantir a missão institucional da organização, são definidos objetivos estratégicos que serão alcançados por meio da implementação da gestão de riscos.

Percebe-se que a gestão de riscos na Administração Pública envolve objetivo, estratégia e planejamento. Uma boa gestão de risco requer a existência de um objetivo e uma atuação proativa dos agentes públicos, estabelecendo uma base confiável para a tomada de decisão e o planejamento.

Em termos normativos, a ISO 31000/2009 é a norma internacional criada pela Organização Internacional de Padronização (ISO) para servir de guia no planejamento, implementação e manutenção do gerenciamento de riscos. De acordo com a mencionada norma, a gestão de riscos é parte integrante de todos os processos organizacionais de uma instituição, e a pauta de preocupações possui quatro riscos globais: 1) risco sistêmico-financeiro; 2) risco de segurança com o meio ambiente, com impactos alimentares ou da qualidade e disponibilidade da água; 3) risco de ruptura de infraestrutura; 4) risco causado pelo terrorismo.

Já no Brasil, especificamente no âmbito da Administração Pública Federal, o tema ganhou relevância com a Instrução Normativa Conjunta CGU/MP nº 1, de 10 de maio de 2016, que dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo Federal.

Conforme o artigo 14 da Instrução Normativa, a gestão de riscos deverá obedecer aos seguintes princípios: 1) gestão de riscos de forma sistemática, estruturada e oportuna, subordinada ao interesse público; 2) estabelecimento de níveis de exposição a riscos adequados; 3) estabelecimento de procedimentos de controle interno proporcionais ao risco, observada a relação custo-benefício, e destinados a agregar valor à organização; 4) utilização do mapeamento de riscos para apoio à tomada de decisão e à elaboração do planejamento estratégico; e 5) utilização da gestão de riscos para apoio à melhoria contínua dos processos organizacionais.

Os objetivos, por sua vez, estão previstos no artigo 15, a saber: 1) assegurar que os responsáveis pela tomada de decisão, em todos os níveis do órgão ou entidade, tenham acesso tempestivo a informações suficientes quanto aos riscos aos quais está exposta a organização, inclusive para

determinar questões relativas à delegação, se for o caso; 2) aumentar a probabilidade de alcance dos objetivos da organização, reduzindo os riscos a níveis aceitáveis; e 3) agregar valor à organização por meio da melhoria dos processos de tomada de decisão e do tratamento adequado dos risco se dos impactos negativos decorrentes de sua materialização.

Dentre as técnicas utilizadas para avaliar o "apetite a risco" de uma organização, isto é, o nível de risco que uma organização está disposta a aceitar, destaca-se a técnica de estruturação de uma matriz de risco, que consiste em uma ferramenta visual orientada por duas dimensões: probabilidade e impacto.

A partir do equacionamento destas variáveis, a organização estabelece a estratégia que irá utilizar diante dos riscos mapeados e avaliados. Quanto maior for a imprevisibilidade e o impacto do evento, maior a complexidade da situação e a necessidade de uma estratégia consistente.

Via de regra, a variável probabilidade é desdobrada em graus distintos, como "quase certo", "relativamente possível" e "pouco provável". Já os impactos costumam ser medidos em pequenos, médios e graves/extremos.

Diante da magnitude do evento, como classificar a pandemia do COVID-19 e que lições são possíveis de ser tiradas, numa perspectiva de gestão de riscos?

Embora seja possível que organizações públicas e privadas façam o mapeamento e estejam de alguma forma preparadas para mudanças regulatórias, questões de mercado e mesmo desastres naturais, os fatos recentes demonstram que o mundo não estava preparado para a pandemia do coronavírus, sendo considerado um black swan (ou cisne negro). A lógica do cisne negro representa um evento de remota probabilidade, mas com um impacto enorme.

Indo além, o risco relativo ao COVID-19 pode ser dividido em três momentos: o primeiro (pré-crise), em que não se tinha qualquer notícia do surgimento do vírus na China; o segundo momento (durante a crise), já em meio à rápida propagação e às medidas de isolamento aplicadas ao redor do mundo; por fim, a terceira etapa (pós-crise), quando houver a retomada após o isolamento social, já com a redução global dos casos da doença.

A gestão de risco consiste numa ferramenta essencial nas três etapas citadas, pois não é um processo estanque, ou seja, deve ser constantemente

atualizado, monitorado, aprimorado e adaptado conforme a necessidade e mudança dos fatos, a fim de enfrentar adequadamente as circunstâncias e promover o melhor atendimento ao interesse público.

Sob o ponto de vista da Administração Pública, os objetivos fundamentais dos órgãos que a compõem estão elencados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988. A partir dessa premissa, no período pré-crise do coronavírus, uma eficiente gestão de riscos tem o condão de permitir que os riscos decorrentes de uma crise sanitária estejam previamente avaliados, com mecanismos de resposta a emergências também previamente estabelecidos, inclusive com previsão dos recursos a serem alocados. Ainda que a dimensão e os desdobramentos da crise só tenham sido efetivamente conhecidos após a ocorrência do evento e durante o seu curso, a gestão de riscos proporciona agilidade e eficiência na tomada de decisões e na adoção de medidas emergenciais por parte do Poder Público.

Na segunda etapa, já em meio à crise, a gestão de riscos deve ser adaptada para fazer frente aos desafios atuais, com a atualização de planos de contingência específicos e a criação de comitês de crise, por exemplo, sempre com ampla divulgação ao corpo de servidores e à sociedade, destinatária final dos serviços públicos e que deve ter a maior conscientização possível a respeito das medidas de prevenção necessárias. Deve haver, ainda, a interlocução com a comunidade científica e com os técnicos, sendo relevante destacar que o artigo 8º da Instrução Normativa 01/2016 estabelece o compromisso da alta administração em atrair, desenvolver e reter pessoas com competências técnicas, em alinhamento com os objetivos da organização.

Superada a pandemia, chegar-se-á à terceira etapa do processo, o pós-crise, fase em que a gestão de riscos deve ser atualizada com novas regras e procedimentos, de acordo com o novo cenário apresentado. Deve conter um plano de ação eficaz para mitigar os riscos provenientes da retomada das atividades, evitar nova disseminação da doença e preparar a máquina estatal para o surgimento de crises futuras.

Neste ponto, cabe fazer uma importante reflexão. O Brasil tem o Sistema Único de Saúde como protagonista no enfrentamento da pandemia do COVID-19, mas o aumento da demanda demonstrou a insuficiência de unidades de terapia intensiva no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) para atender às necessidades da população, mesmo com a louvável atuação dos profissionais da saúde na rede pública. O crescimento da demanda por internações hospitalares e leitos de terapia intensiva acaba

provocando um cenário caótico da assistência hospitalar, e esse panorama precisa ser modificado, mesmo porque é elevada a quantidade de óbitos todos os anos no país em decorrência de enfermidades diversas, como sarampo, tuberculose etc.

Esse panorama indica a necessidade de implementação de uma gestão de riscos atualizada nos órgãos responsáveis pela saúde pública no país, estabelecendo um maior investimento para estruturar o SUS de maneira suficiente para mitigar o risco de um novo colapso no sistema. Esta é uma das lições trazidas neste momento de crise.

Procurou-se traçar aqui um esboço de gestão de riscos em linhas gerais, com o intuito de demonstrar que um planejamento bem feito é fundamental para reduzir os danos decorrentes da crise, proporcionar uma reconstrução estatal responsável, além de prevenir e mitigar riscos e incertezas futuras.

A gestão de riscos, contudo, não consiste num processo isolado, que tem início e fim em si mesmo. Representa um trabalho multidisciplinar, que deve ser executado em conjunto com o *compliance*, outra ferramenta primordial da governança que também procura gerir os riscos quanto à adequação das atividades às determinações legais existentes.

3. COMPLIANCE

O termo *compliance* pode ser traduzido como conformidade, obediência, cumprimento, adequação. Nas relações institucionais, relacionase à conformidade às normas, às leis e aos regulamentos aplicáveis a uma determinada atividade, bem como ao que se espera em termos de padrões éticos e morais.

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de *compliance* veio com a edição do Decreto nº 8.420/2015, que, em seu artigo 41, define-o como sendo o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Nesse sentido, os programas de *compliance*, como bem define Cueva(2020), são instrumentos de governança tendentes a garantir que as políticas públicas sejam elaboradas e executadas com maior eficiência.

No âmbito da Administração Pública, tais programas devem ser voltados para uma mudança cultural e comportamental, por meio de padrões de conduta a serem observados por todos os agentes públicos, prevenindo a ocorrência de situações de quebra de integridade.

Busca-se, portanto, por meio da implementação dos referidos programas na Administração Pública, uma atuação pautada na ética, na probidade, no interesse público.

Numa situação de crise como a decorrente do COVID-19, o *compliance* assume papel importante tanto durante a pandemia, como no futuro para impulsionar a recuperação e um desenvolvimento sustentável do Estado.

Momentos de crise acabam criando um ambiente suscetível à ocorrência de fraudes e irregularidades, por exemplo em contratações públicas emergenciais. Por essa razão, o Programa de *Compliance* deve zelar pelo fiel cumprimento das exigências legais e pela conduta íntegra dos agentes públicos, prevenir a ocorrência de fraudes, fortalecer os canais de denúncia, além de assessorar permanentemente o processo de gestão de riscos, auxiliando na atualização das matrizes e do processo como um todo.

Momentos de crise, por outro lado, representam uma oportunidade de evolução, de superação, de se reconstruir de maneira responsável e sustentável a partir de valores éticos. Nesse sentido, o Programa de *Compliance* deve promover ações de integridade para difundir a ética em todo o ambiente organizacional, fortalecer o diálogo e as relações humanas, dentre outras medidas que têm o poder de contribuir para uma transformação institucional pautada na cultura da integridade.

É fundamental, ainda, a implementação de Programa de Compliance Digital. O isolamento social decorrente da pandemia tornou emergencial a aceleração do processo de transformação digital na Administração Pública, com o exercício de home office e ampliação da oferta de serviços públicos por meio eletrônico. Essa oferta de serviços públicos por meio digital deve vir acompanhada do respectivo desenvolvimento e implementação de medidas de segurança capazes de assegurar a adequada proteção dos dados pessoais que são necessariamente tratados pelos serviços ofertados, e neste ponto o Programa de Compliance Digital poderá contribuir para que a Administração Pública assegure o nível de proteção adequado aos dados e aos tratamentos que realizam ou pretendem realizar no âmbito das políticas que executam.

A Controladoria-Geral da União, por meio da Portaria 57/2019, estabeleceu orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade.

Em que pese a existência da referida norma, a estruturação de programas de *compliance* ainda é incipiente na Administração Pública Federal Direta. De que maneira, então, deve ser implementado?

A própria Portaria 57/2019 estabelece três fases para implantação do Programa. Na primeira fase, os órgãos e as entidades devem constituir uma unidade de gestão da integridade, à qual será atribuída competência para: 1) coordenação da estruturação, execução e monitoramento do Programa de Integridade; 2) orientação e treinamento dos servidores com relação aos temas atinentes ao Programa de Integridade; e 3) promoção de outras ações relacionadas à implementação do Programa de Integridade, em conjunto com as demais unidades do órgão ou entidade. A segunda fase consiste na aprovação do Programa, enquanto a terceira está relacionada à execução e monitoramento.

Com efeito, um programa de *compliance* deve ser estruturado em pilares, que são linhas mestras simples, fortes e abrangentes para sustentar o próprio programa e o sucesso de sua aplicação prática. Em termos mais práticos, reputa-se que um Programa de *Compliance*, no âmbito da Administração Pública, pode perfeitamente ser realizado com base no modelo de cinco pilares fundamentais sugerido também pela CGU para empresas privadas, haja vista a mencionada (e necessária) ampliação dos pontos de convergência entre o público e o privado. Nesse sentido, sugere-se, de forma sucinta, a implementação de acordo com os seguintes elementos:

1º: Comprometimento e apoio do alta direção (Tone from the Top): o exemplo deve vir "de cima". O comprometimento e apoio do alto escalão do Poder Executivo é condição indispensável e permanente para o fomento a uma cultura ética e de respeito ao ordenamento jurídico, bem como para a aplicação efetiva do próprio Programa de *Compliance*.

2º: Instância responsável pelo Programa de *Compliance*: é necessária a criação de um órgão responsável pelo Programa, com a designação de servidor capacitado para o cargo de *Compliance Officer*, com autonomia, independência, imparcialidade, recursos materiais, humanos e financeiros – dentro dos limites administrativos e orçamentários – para o pleno

funcionamento, com possibilidade de acesso direto, quando necessário, ao alto escalão do Poder Público. O profissional deverá mostrar-se com conhecimento adequado para o exercício da função seja nos aspectos técnicos do *Compliance*, quanto no cotidiano da Administração, incluindo processos, pessoas, estratégias, desafios, entre outros. Além da qualificação, deverá ter um perfil que lhe permita agir proativamente e, no desempenho diário, seja reconhecido, respeitado, tenha boa capacidade de comunicação e convencimento, além da capacidade de relacionar-se com propriedade em todos os níveis hierárquicos.

3º: Gestão de riscos: é necessário que o Programa de *Compliance* esteja alinhado com o planejamento e a gestão estratégica da Administração. Identificados os riscos de eventuais violações e fraudes, o *Compliance* promoverá uma atuação preventiva juntamente com a gestão de riscos, contribuindo para a implementação de medidas mitigadoras para manter o setor público protegido e menos suscetível a desvios de conduta em seu quadro de pessoal.

4º: Estruturação das regras e instrumentos: com base no conhecimento do perfil e riscos avaliados, deve-se elaborar ou atualizar o código de ética ou de conduta e as regras, políticas e procedimentos de prevenção de irregularidades; desenvolver mecanismos de detecção ou reportes de irregularidades (fortalecimento das ouvidorias). Para uma ampla e efetiva divulgação do Programa de *Compliance*, deve-se também elaborar plano de comunicação e capacitação com estratégias e treinamentos específicas para o quadro de pessoal.

5º: Estratégias de monitoramento contínuo: É necessário definir procedimentos de verificação da aplicabilidade do Programa de *Compliance* e criar mecanismos para que as deficiências encontradas possam realimentar continuamente seu aperfeiçoamento e atualização. É preciso garantir também que o Programa atue de maneira integrada com outras áreas correlacionadas, tais como recursos humanos, Procuradoria, órgãos de controle interno, contabilidade e finanças.

Tal programa, contudo, não pode ser uma mera formalidade, um "documento para inglês ver". Para que isto não ocorra, é importante que os cincos pilares acima mencionados sejam fielmente executados, e que o programa conte com indicadores idôneos de qualidade e desempenho.

A implementação de um programa sólido fará com que a Administração Pública esteja em compliance. Estar em compliance significa

mais do que estar em conformidade com a legislação, pois, como bem explicam Karl e Pironti(2019), a conformidade com a lei é pressuposto lógico de um Estado de Direito, onde as normas são positivadas e norteadas pelo postulado da legalidade. Estar em *Compliance* transcende o direito positivo e deve ser compreendido como um verdadeiro compromisso social em prol da moralidade administrativa e da prestação de um serviço público de excelência.

O *compliance*, conforme mencionado, ainda é um tema incipiente no âmbito da Administração Pública Direta, e o momento atual pode servir como ensejo para uma difusão maciça da cultura de integridade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos conceitos e reflexões trazidos ao longo do presente trabalho, pôde-se demonstrar que o cenário de danos e incertezas causado pela pandemia do COVID-19 pode ser contornado pelo Poder Público por meio da utilização dos preceitos da governança pública, da gestão de riscos e do *compliance*. São instrumentos que tiveram o seu nascedouro no âmbito empresarial, mas, diante da crescente ampliação dos pontos de convergência entre público e privado, exercem papel fundamental numa gestão pública moderna.

A gestão de riscos consiste num processo permanente que contempla a identificação, a avaliação e o gerenciamento de potenciais eventos (riscos) que possam afetar uma organização, de maneira a fornecer segurança quanto à realização de seus objetivos.

No caso da pandemia sanitária, uma boa gestão de riscos é essencial nas três etapas da crise (pré-crise, durante a crise e pós-crise), seja para reduzir os danos decorrentes da crise, seja para proporcionar uma reconstrução estatal responsável, ou mesmo para prevenir e mitigar riscos e incertezas futuras. Neste ponto, ficou demonstrada, ainda, a necessidade de implementação de uma gestão de riscos atualizada nos órgãos responsáveis pela saúde pública no país, estabelecendo um maior investimento para estruturar o SUS de maneira suficiente para reduzir o risco de um novo colapso no sistema.

Caminhando ao lado da gestão de riscos está o *compliance*, que assume função primordial no momento de crise para, dentre outras medidas, prevenir a ocorrência de fraudes e promover ações de integridade em todo o ambiente organizacional. Embora existam normas e orientações nesse

sentido, os programas de *compliance* na Administração Pública Federal Direta ainda não incipientes e carecem uma maior mobilização para serem estruturados de acordo com as etapas e os pilares recomendados pela Controladoria-Geral da União.

Como visto, a governança pública, a gestão de riscos e o *compliance* já se encontram devidamente positivados no ordenamento jurídico brasileiro. Ocorre que a existência de previsão normativa, por si só, não é capaz de resolver os problemas institucionais que assolam o país, pois a aplicação de tais instrumentos no setor público vai muito além de uma mudança legislativa, institucional ou na forma de gestão: trata-se de uma mudança cultural.

Momentos de crise representam, sim, uma oportunidade de evolução, de superação, de reconstrução da Administração Pública de maneira responsável e sustentável. Para tanto, governança pública, gestão de riscos e *compliance* são instrumentos devem ser utilizados com o objetivo de garantir um padrão de excelência no setor público, pois a pandemia do COVID-19 mostrou ao mundo o quão é importante ter um Estado forte.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, *Portaria nº 414*, de 19 de dezembro de 2017. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27591147_ PORTARIA_N_414_DE_19_DE_DEZEMBRO_DE_2017.aspx. Acesso em: 06 mai. 2020.

BRASIL. *Decreto nº* 9.203, *de 22 de novembro de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em: 06 mai. 2020.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. KARL, Éryta Dallete Fernandes. *Aspectos de implantação de programas de integridade nos escritórios de advocacia*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-26/opiniao-programas-integridade-escritorios-advocacia. Acesso em: 06 mai. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Instrução Normativa Conjunta CGU/MP nº 1, de 10 de maio de 2016*. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197. Acesso em: 06 mai. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Portaria nº 57, de 4 de janeiro de 2019*. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/58029864/do1-2019-01-07-portaria-n-57-de-4-de-janeiro-de-2019-58029797. Acesso em: 06 mai. 2020.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade.* Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CUNHA JR. Dirley. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. Bahia: Juspodivm, 2008.

GARCIA, Maria da Glória. *Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009.

MESSA, Ana Flávia. Transparência, Compliance e Práticas Anticorrupção na Administração Pública. São Paulo: Almedina, 2019.

NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUNIAN, Cláudio Sarian e VIEIRA, Luis Afonso Gomes. *Governança Pública: o desafio do Brasil.* 3 ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. Governança Pública e Gestão de Riscos: transformações no Direito Administrativo. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ZENKNER, Marcelo. Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

RECEBIDO EM: 20/11/2019 APROVADO EM: 23/04/2020

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SEUS INFLUXOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONVENCIONALITY CONTROL IN THE CASE LAW OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND ITS INFLUENCES ON THE BRAZILIAN'S SUPREME COURT

Fabiana Perillo de Farias

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (2008). Atualmente é tabeliã, atuando no 9º Ofício de Notas e Protesto de Títulos do DF

Ademar Borges de Sousa Filho

Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Procurador do Município de Belo Horizonte com atuação no STJ e no STF.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A evolução do "controle de convencionalidade" na CIDH; 2. Análise crítica da jurisprudência da CIDH; 3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: O objeto do presente artigo consiste em analisar o controle de convencionalidade exercido pela CIDH, abordando sua gênese e evolução histórica, bem como os reflexos internos da jurisprudência dessa Corte, especialmente quanto ao grau e aos parâmetros de vinculação de seus precedentes em relação aos juízes nacionais à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal. Não há, até o momento, na jurisprudência do STF, debates acerca do tema, a despeito do entendimento da CIDH no sentido de que seus pronunciamentos possuem efeitos expansivos e vinculantes para todos os Estados-partes da Convenção Americana de Direitos Humanos, ainda que não tenham figurado no processo. O estabelecimento de parâmetros mínimos acerca do grau de vinculação interna aos precedentes da CIDH, a exemplo do que já realizado pela Corte Constitucional colombiana, é necessário para (a) assegurar aos juízes nacionais e demais operadores jurídicos internos um norte claro a ser seguido, (b) promover a segurança jurídica, evitando casuísmos na seleção dos precedentes internacionais a serem seguidos ou não pela jurisprudência nacional; (c) indicar para a própria CIDH as razões pela aplicação ou não, em cada caso, de determinado precedente, permitindo que a Corte leve em consideração tais fundamentos em futuros julgamentos, para eventualmente alterar sua jurisprudência ou robustecer sua argumentação.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Convencionalidade – Jurisprudência – Corte Interamericana de Direitos Humanos - Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT: The present paper analyzes the convencionality control exercised by the IACHR, addressing its genesis and historical evolution, as well as the internal reflexes of the case law of this Court, especially as to the degree and the parameters of its binding effects in relation to national judges under the interpretation of the Brazilian's Supreme Court. So far, the Brazilian's Supreme Court have not studied the subject, despite the IACHR's understanding that its pronouncements have expansive and binding effects on all States Parties to the American Convention on Human Rights, even if they have not taken part in the case. The establishment of minimum parameters regarding the degree of internal binding to the IACHR's precedents, as already done by the Colombian Constitutional Court, for example, is necessary to (a) provide national judges and other domestic legal operators with a clear direction to follow, (b) promote legal certainty, avoiding casuism in the selection of international precedents to be followed or not by national case law; (c) indicate to the IACHR itself the reasons for whether or not it's precedent has been applied in each case, allowing the Court to consider such

grounds in future judgments, to eventually change its case law or to strengthen its arguments.

KEYWORDS: Convencionality Control – Case law – Inter-American Court of Human Rights - Brazilian's Supreme Court

INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade é o exame de compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais em vigor em determinado país (MAZZUOLI, 2018, np). Tal instituto nasceu na França, especificamente na Decisão 74-54 DC, de 15 janeiro de 1975, do Conselho Constitucional Francês, ocasião em que se reconheceu que uma lei interna deve passar por dois juízos de compatibilidade para que seja válida: (i) a Constituição e (ii) os tratados internacionais em vigor no país. No referido caso, discutia-se se uma lei relativa à interrupção voluntária da gestação violava a Constituição e o direito à vida previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ratificada pela França (MARINONI; MAZZUOLI, 2013, p.1).

A doutrina especializada, com base na jurisprudência recente da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), tem identificado duas manifestações¹ do controle de convencionalidade (SAGUÉS, 2011): (i) uma de caráter concentrada por parte da CIDH, em sede internacional; e (ii) outra de caráter difusa, exercida pelos juízes nacionais², em sede interna (MAC-GREGOR, 2013, pp. 659 e ss).

O objeto do presente artigo consiste em analisar o primeiro aspecto, concernente ao controle de convencionalidade exercido pela CIDH, abordando sua gênese e evolução histórica, bem como os reflexos internos da jurisprudência dessa Corte, especialmente quanto ao grau de vinculação de seus precedentes em relação aos juízes nacionais à luz do

Sobre o tema, v. também SCHÄFER et. al; 2017.

Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, ao defenderem a correção do entendimento do Supremo Tribunal Federal que conferiu status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, assinalam também a possibilidade de exercício do chamado controle de convencionalidade das leis por todos os juízes e tribunais brasileiros no julgamento de casos concretos, fundado na aplicação do critério hierárquico para resolução de antinomias. Na nota 103 dessa obra, os autores recordam que o controle de convencionalidade também pode ser exercido por Cortes internacionais, como por exemplo, ocorreu no caso Gomes Lund e outros v. Brasil, no qual se afirmou a incompatibilidade entre a Lei de Anistia brasileira e a Convenção Americana de Direitos Humanos. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

entendimento do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, será realizada pesquisa jurisprudencial e bibliográfica.

2. A EVOLUÇÃO DO "CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE" NA CIDH

Quanto à genealogia do "controle de convencionalidade" no âmbito da CIDH, adota-se a classificação do desenvolvimento dessa ideia em cinco fases, conforme teorizado por Marcelo Torelly (2016, p. 221). Mas, antes, como premissa dessa análise, registre-se que o desenvolvimento do "controle de convencionalidade" pela CIDH foi concebido a partir da interpretação dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os quais estabelecem o dever dos Estados de "respeitar direitos e liberdades" protegidos na Convenção e o "dever de adotar disposições do direito interno" para garantia desses direitos e liberdades. Não há, no texto da Convenção, qualquer referência expressa a "controle judicial de convencionalidade".

A primeira fase do "controle de convencionalidade" na CIDH é caracterizada pela introdução desse conceito em votos individuais de juízes da Corte. No entanto, antes mesmo do aparecimento de tal expressão, uma importante decisão da CIDH em 2001 realizou um verdadeiro juízo de compatibilidade entre um dispositivo da Constituição do Chile (inciso 12 do artigo 19, que previa mecanismos de censura para a exibição de produções audiovisuais) e o artigo 13 da Convenção, que garante a liberdade de pensamento e de expressão.

Trata-se do caso "A última tentação de Cristo", no qual a CIDH, apesar de ter omitido a expressão "controle de convencionalidade", determinou ao Estado do Chile a alteração de sua Constituição, por incompatibilidade com a norma convencional³. A jurisprudência da CIDH, a propósito, já havia reafirmado em alguns precedentes a sua vocação para o exercício do controle de compatibilidade entre os atos de violação (em sentido amplo) e o Pacto de São José da Costa Rica (e seus protocolos adicionais)⁴. No entanto, no caso "A última tentatação de Cristo", a CIDH determinou, pela

³ De acordo com o teor do precedente: "No presente caso, ao manter a censura cinematográfica no ordenamento jurídico chileno (artigo 19, inciso 12, da Constituição Política e Decreto-Lei número 679), o Estado está descumprindo o dever de adequar seu direito interno à Convenção de modo a fazer efetivos os direitos consagrados na mesma, como estabelecem os artigos 2 e 1.1 da Convenção. (...) A respeito do artigo 13 da Convenção, a Corte considera que o Estado deve modificar seu ordenamento jurídico com o fim de suprimir a censura prévia, para permitir a exibição cinematográfica e a publicidade do filme 'A Última Tentação de Cristo', já que está obrigado a respeitar o direito à liberdade de expressão e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição". (CIDH, 2001)

⁴ Vide, por exemplo, o caso Castillo Petruzzi vs. Peru (CIDH, 1999).

primeira vez, a alteração de um dispositivo da Constituição doméstica, com o fim de adequá-la à Convenção. Não houve resistência do Chile, que, efetivamente, alterou o texto constitucional, excluindo a previsão de censura na hipótese.

Em 2003, no caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, o juiz da CIDH Sérgio Garcia Ramirez foi quem, pela primeira vez, utilizou-se da expressão "controle de convencionalidade", ao afirmar que a atuação do Estado-parte, de maneira integral e não de forma fracionada (alguns de seus Poderes ou órgãos), está sujeita à responsabilidade e ao controle de convencionalidade realizado pela CIDH em sua função jurisdicional (CIDH, 2003).

No caso Vargas Areco vs. Paraguai, o magistrado Ramirez também fez referência ao "controle de convencionalidade" ao explicar que a CIDH, de forma similar às cortes constitucionais, analisa a compatibilidade dos atos internos com a Convenção, sem, no entanto, corresponder a uma nova ou última instância de julgamento do acervo probatório do caso concreto. Em suas palavras, "o juiz internacional, como o constitucional, não substitui o juiz do caso na avaliação de fatos e provas e emissão de absolvições ou condenações" (tradução livre⁵) (CIDH, 2006).

A segunda fase do "controle de convencionalidade" na CIDH é caracterizada pela institucionalização, e não apenas por manifestações individuais de seus juízes, da existência de um controle de convencionalidade realizado pela própria Corte, acrescido agora da extensão dessa obrigação aos juízes nacionais, os quais devem levar em conta não apenas o texto da Convenção, mas também a interpretação que lhe é conferida pela própria CIDH (TORELLY, 2016, p. 226).

Tal etapa é inaugurada pelo julgamento do caso Almonacid Arellano vs. Chile em 26 de setembro de 2006. Os fatos em julgamento, nessa ocasião, se referiam à falta de investigação e de punição dos agentes estatais responsáveis pela execução extrajudicial de Almonacid Arellano, diante da aplicação da lei de anistia adotada no Chile em 1978 (Decreto Lei nº 2.191). A CIDH declarou, por unanimidade, que, "por pretender anistiar os responsáveis por delitos de lesa humanidade, o Decreto Lei nº 2.191 é incompatível com a Convenção Americana e, portanto, carece de efeitos jurídicos à luz deste tratado" (CIDH, 2006). Ao, final, dispôs que o Estado deve assegurar que o

⁵ Tradução livre da seguinte passagem original: "el juez internacional, al igual que el constitucional, no sustituye al juez de la causa en la apreciación de hechos y pruebas y la emisión de absoluciones o condenas".

Decreto Lei nº 2.191 não represente obstáculo para investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela execução de Almonacid Arellano e outros casos similares. No que se refere ao "controle de convencionalidade", eis importante excerto do julgamento:

124. (...) o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo. (CIDH, 2006)

A leitura do caso permite concluir que a CIDH conferiu interpretação extensiva aos artigos 1.1 e 2º da Convenção, ao firmar entendimento no sentido de que cabe ao Poder Judiciário nacional realizar um juízo de aferição da compatibilidade entre normas internas e a Convenção Americana, levando em consideração a jurisprudência da CIDH, a quem se atribui a última palavra em termos de interpretação da Convenção. Para Mazzuolli, esse julgamento foi o que inaugurou formalmente a doutrina do controle interno de convencionalidade no contexto americano (2018).

Apesar dessa orientação hierárquica da CIDH, nesse caso específico, o Tribunal deixou a cargo dos juízes nacionais a solução para o conflito normativo identificado (incompatibilidade da lei de anistia com as normas da Convenção). Nessa etapa de desenvolvimento da categoria jurídica "controle de convencionalidade", a pretensão da Corte Interamericana foi de enumerar direitos e obrigações, estabelecendo a interpretação do texto da Convenção Americana, a fim de garantir que as cortes nacionais adotassem soluções de maneira transversal para as questões, cabendo ao Estado identificar formas de assegurar, no caso mencionado, que a lei de anistia não represente um obstáculo ao direito das vítimas (TORELLY, 2016, p. 228).

A terceira fase do "controle de convencionalidade" na CIDH remonta à interpretação de que os Estados detêm a obrigação de consideração de ofício da Convenção Americana e da interpretação a ela conferida pela Corte (TORELLY, 2016, p. 228). A diferença parece sutil em relação à etapa anterior, mas é relevante. No caso *Trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru*, a Corte consignou expressamente a obrigatoriedade de o Poder Judiciário nacional exercer não somente um controle de constitucionalidade, mas também de 'convencionalidade' de ofício entre as normas internas e a Convenção Americana e sofisticou o discurso a respeito das diferentes

modalidades de controle de convencionalidade, o que pode ser verificado nos votos concorrentes dos juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e Garcia Ramirez.

O primeiro esclarece que o Poder Judiciário de cada Estado parte deve conhecer e aplicar tanto o Direito Constitucional quando o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao exercer, de ofício, os controles de constitucionalidade e de convencionalidade, tomados conjuntamente, diante do fato de que os ordenamentos jurídicos internacional e nacional estão em constante interação. E, nesse ponto, Trindade afirma que o parâmetro do controle de convencionalidade não se restringe à Convenção Americana, uma vez que há outros diplomas normativos internacionais de direitos humanos (CIDH, 2006).

No voto de Ramirez, consta a tese expansiva da aplicação da interpretação jurisprudencial da CIDH, ao prever a desnecessidade de repetição de casos semelhantes para incidência das decisões da Corte, apontando para um efeito *erga omnes* das decisões da CIDH⁶.

Na quarta fase do desenvolvimento do instituto "controle de convencionalidade", a CIDH atribui a seus julgados força vinculante análoga à das Constituições nacionais. O caso *Boyce e outros vs. Barbados* exemplifica essa etapa. Ao tratar da incompatibilidade da pena de morte com a Convenção Americana, a CIDH afirmou a necessidade de os Tribunais locais, além de aferir a constitucionalidade da lei ou ato, verificar sua compatibilidade com a Convenção. Tal obrigatoriedade é reforçada no caso Cabrera García vs. Mexico, em que a CIDH (2010) afirma que o

De acordo com esse magistrado: "8. Dentro da lógica jurisdicional que sustenta a criação e operação da Corte, não caberia esperar que esta se visse na necessidade de julgar centenas ou milhares de casos sobre um único tema convencional (...), resolvendo um a um os atos violadores e garantindo, também um a um, os direitos e liberdades particulares. A única possibilidade tutelar razoável implica que, uma vez fixado o 'critério de interpretação e aplicação', este seja reconhecido pelos Estados no conjunto de seu aparato jurídico: por meio de políticas, leis, decisões judiciais que deem transcendência, universalidade e eficácia aos pronunciamentos da Corte, constituída - ínsito - graças à vontade soberana dos Estados e para servir a decisões fundamentais destes, explícitas em suas constituições nacionais e em seus compromissos convencionais internacionais." Tradução livre da seguinte passagem do voto proferido por Ramirez: "8. Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional (...), resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el 'criterio de interpretación y aplicación', éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida --insisto-- merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales". (CIDH, 2006)

Poder Judiciário, "em todos os níveis", está obrigado a exercer de ofício um "controle de convencionalidade", levando em conta também a interpretação final da Corte em relação ao texto da Convenção. Reforça-se, assim, a obrigatoriedade do exercício do controle de convencionalidade interno por todos os juízes de cada Estado parte, mesmo nos casos em que esses não detêm competência para o controle de constitucionalidade, como ocorre no Uruguai e na Costa Rica, países esses que reservam o controle de constitucionalidade à Suprema Corte.

Por fim, a última e atual fase de desenvolvimento do instituto "controle de convencionalidade" na CIDH refere-se à postura da Corte de diretamente declarar a nulidade de disposições legais internas contrárias à Convenção e ainda a de rever, de modo contramajoritário, decisões tomadas pelas instituições democráticas dos Estados (TORELLY, 2016, p. 236). No caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia), em 2010, a CIDH declarou expressamente, por unanimidade, 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, carecem de efeitos jurídicos" (CIDH, 2010).

Quanto à diferença entre o controle de convencionalidade exercido no âmbito interno pelas Cortes Supremas e o controle de convencionalidade realizado pela CIDH, o voto do juiz ad hoc Roberto de Figueiredo Caldas nesse mesmo caso expressamente afirma que "à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos" (CIDH, 2010). Segundo ele, tal vinculação decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte pelo Estado brasileiro e conclui pela equivalência da Convenção Americana de Direitos Humanos a uma Constituição Supranacional de Direitos, em relação à qual todos os poderes públicos e respectivas legislações dos Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar (CIDH, 2010).

Na teoria da jurisdição constitucional contemporânea, é crescente a ideia de que Tribunais constitucionais não possuem a última palavra sobre a interpretação da Constituição (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013). A visão que atribuía às Cortes constitucionais a faculdade de errar por último no exercício da interpretação da Constituição tem sido considerada equivocada (BRANDÃO, 2018)⁷. Uma das principais salvaguardas

⁷ Cf., no Brasil, BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. No máximo, como reconhece Conrado Hübner, a decisão do STF é a última palavra provisória, que pode ser derrubada por

democráticas da jurisdição constitucional reside precisamente no fato de que as decisões proferidas por juízes estão permanentemente submetidas ao escrutínio social e das instituições representativas. Impressiona, por isso, o fato de que o controle de convencionalidade engendrado pela CIDH, ao importar o referencial teórico desenvolvido ao longo do último século no campo da jurisdição constitucional, tenha deixado de reconhecer aquilo que tem se tornado lugar-comum no direito constitucional contemporâneo: não há intérprete final, definitivo e soberano do direito. A importação das categorias do direito constitucional, nesse particular, pecou pela incompletude e até mesmo pela falta de atualidade.

No caso *Gelman vc. Uruguai*, a CIDH, além de declarar a carência de efeitos de lei nacional de anistia incompatível com a Convenção, abordou a impossibilidade de o argumento da legitimidade democrática de tais leis internas opor-se à aplicação da Convenção:

239. A simples existência de um regime democrático não garante, per se, o permanente respeito do Direito Internacional, incluindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que foi assim considerado inclusive pela própria Carta Democrática Interamericana. A legitimação democrática de determinados fatos ou atos numa sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada por suas características tanto formais como substantivas, motivo pelo qual particularmente em casos de graves violações às normas do Direito Internacional, a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível à regra de maiorias, isto é, à esfera do "suscetível de ser decidido" por parte das maiorias em instâncias

reações legislativas, por exmeplo. Cf. MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170. No direito comparado, as teorias dos diálogos interinstitucionais se contrapõem à noção de supremacia judicial e enfatizam que o Poder Judiciário não tem e nem deve ter a última palavra sobre a constituição. Cf., nesse sentido, BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: Brooklyn Law Review v. 71. New York: Brooklyn Law Review, 2006. p. 1109. Por fim, em recente tese de doutorado sobre o tema, e resumindo a compreensão mais atualizada sobre o tema, Miguel Godoy afirma que "[a]inda que as decisões judiciais sejam absolutamente necessárias, elas devem ser compreendidas como mais uma voz, mais um elemento, na definição das normas constitucionais, e não a única ou a última palavra sobre elas. O Supremo Tribunal Federal não possui, portanto, uma supremacia judicial interpretativa sobre a Constituição e tampouco a última palavra sobre o conteúdo e alcance de suas normas." (GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Curitiba: Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em: . Acesso em 21 abr., 2020).

democráticas, nas quais também deve primar um "controle de convencionalidade" (par. 193 supra), que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário. (CIDH, 2011)

Como visto, a CIDH tem se colocado como centro decisório do Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos, a partir do exercício do controle de convencionalidade e da posição de intérprete final da Convenção Americana.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CIDH

Os precedentes da CIDH têm reafirmado sua vocação para o exercício do controle de compatibilidade entre os atos de violação (em sentido amplo) e o Pacto de São José da Costa Rica (e seus protocolos adicionais). A tarefa da Corte Interamericana, segundo sua orientação jurisprudencial,

se assemelha à que realizam os Tribunais constitucionais. Estes examinam os atos impugnados - disposições de alcance geral - à luz das normas, princípios e valores das leis fundamentais. A Corte Interamericana, por sua parte, analisa os atos que chegam ao seu conhecimento em relação às normas, princípios e valores dos tratados nos quais funda sua competência contenciosa. Dito de outro maneira, se os Tribunais Constitucionais controlam a constitucionalidade, o tribunal internacional de direitos humanos decide acerca da convencionalidade desses atos. Por meio do controle de constitucionalidade, os órgãos internos procuram conformar a atividade do poder público - e, eventualmente, de outros agentes sociais – à ordem que configura o Estado de Direito em uma sociedade democrática. O tribunal interamericano, por sua parte, pretende conformar essa atividade à ordem jurídica internacional acolhida na convenção fundadora da jurisdição interamericana e aceita pelos Estados partes no exercício de sua soberania. (CIDH, 2004)

A CIDH produziu nos últimos anos uma equiparação metodológica entre controle de constitucionalidade e de convencionalidade. A única diferença entre as duas formas de controle residiria no parâmetro de controle: a Constituição, no primeiro; e a Convenção Americana, no último (CARDUCCI, 2013). Entretanto, se o controle de constitucionalidade conta com uma teoria geral largamente desenvolvida — passando pela sua justificação política e chegando até o estudo das suas peculiaridades institucionais e processuais —, o controle de convencionalidade tomou de

empréstimo a teoria do controle de constitucionalidade para desenvolver suas principais categorias. Essa tendência de aproximação do controle de convencionalidade ao controle de constitucionalidade cria a impressão de que a posição ocupada pelas Cortes constitucionais equivale — alterado o parâmetro de controle — à da Corte Interamericana⁸.

A própria CIDH ressalta que a função por ela desempenhada se assemelha à que realizam os Tribunais constitucionais, embora no campo do controle de convencionalidade. Esse salto argumentativo, incorporado à jurisprudência das Cortes constitucionais de outros países latino-americanos, não pode passar despercebido. Imputa-se à CIDH primazia absoluta na intepretação da Convenção Americana (e de seus protocolos adicionais) sem perceber que o grande desenvolvimento da teoria do controle de constitucionalidade não empresta automaticamente legitimidade à atividade desenvolvida pelas Cortes supranacionais de direitos humanos.

Como visto, desde 2006, a CIDH utiliza a expressão "controle de convencionalidade" no sentido de atividade de confrontação entre os fatos realizados e as normas convencionais e inicia uma paulatina construção jurisprudencial de afirmação de transcendência da jurisprudência firmada pela Corte". A relação entre o controle supranacional e o nacional de convencionalidade passa a ser marcada, na visão da CIDH, por uma expressiva força expansiva da sua jurisprudência em relação aos juízes dos Estados que hajam reconhecido sua jurisdição. Passa-se a defender no ambiente latino-americano que o controle nacional de convencionalidade — consistente no dever imputado aos juízes nacionais de realizar o exame de compatibilidade entre atos e normas internos com as normas convencionais — deve ser realizado em conformidade com a jurisprudência da CIDH, à qual se atribui, dessa forma, força normativa vinculante (BOGDANDY; MAC-GREGOR; MORALES, 2010).

Com efeito, a CIDH, no emblemático *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, iniciou o discurso da obrigatoriedade dos juízes nacionais de negar aplicação às normas internas contrárias à Convenção, atribuindo-lhes,

⁸ A equiparação pode apresentar o inconveniente de emprestar imediata e irrefletidamente a mesma espécie de legitimidade política ao STF e à CIDH.

⁹ O primeiro precedente foi firmado no julgamento do Caso Almonacid Arellano vs. Chile, de 26 de setembro de 2006. Decidiu-se, na ocasião, que o decreto-lei que perdoava os crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura de Pinochet era incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Esta sentença inscreve-se na linha de vários precedentes da CIDH em casos de leis de autoanistia (MAC-GREGOR, 2013, p. 674).

dessa forma, a função de guardiães da convencionalidade. Paulatinamente, a CIDH passou a afirmar que a obrigação imputada aos juízes internos de aplicar a Convenção Americana encerra também o dever de adesão à jurisprudência da CIDH.

No caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") versus Brasil, por exemplo, foi reafirmada a posição da CIDH no sentido de que "as Constituições nacionais hão de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos" (2010). Nesse sentido, o Poder Judiciário do Estado-parte "deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana" (CIDH, 2010).

A análise dos precedentes da CIDH, especialmente a partir de 2006, leva às seguintes conclusões a respeito do posicionamento dessa Corte quanto ao controle de convencionalidade: (a) o bloco de convencionalidade ao qual os juízes nacionais estariam vinculados seria formado também pela jurisprudência da própria CIDH — que, a rigor, não se manifesta apenas nos casos contenciosos, mas também nas opiniões consultivas e na supervisão de cumprimento de sentenças; (b) as normas convencionais presentes na Convenção Americana prevaleceriam no confronto com qualquer norma interna (inclusive as constitucionais), fazendo supor que a supremacia convencional implicaria um redimensionamento da tradicional supremacia constitucional.

O controle nacional de convencionalidade, segundo essa orientação jurisprudencial, implica não só o reconhecimento da aplicabilidade direta das normas convencionais na jurisdição nacional, como também a outorga de efeitos expansivos e vinculantes à jurisprudência da CIDH¹⁰. Como mencionado, para tanto, vale-se a CIDH por empréstimo do robusto arcabouço histórico e teórico existente sobre o controle de constitucionalidade.

4. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

Em que pese a evolução histórica acima analisada quanto ao grau de vinculação dos precedentes da CIDH, não faz parte do atual estado da arte da utilização da jurisprudência internacional pelo Supremo Tribunal Federal

¹⁰ O STF enfrenta atualmente esse incômodo no julgamento pendente dos embargos de declaração na ADPF 153 e também no julgamento da ADPF 320, ambas discutindo a compatibilidade da lei brasileira de anistia (Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979) com a Constituição.

a efetiva discussão a respeito da vinculação da jurisdição constitucional à Corte Interamericana ou à legislação supranacional, bem como dos parâmetros a serem utilizados para se seguir ou não a jurisprudência internacional. Está em jogo, quando muito, a pura e simples utilização de ideias, critérios ou consensos internacionais para interpretar a Constituição nacional e decidir um caso concreto.

A progressiva utilização dos precedentes da Corte Interamericana pelo Supremo Tribunal Federal tem demostrado uma tendência, embora incipiente, de reconhecimento de um dever de consideração dos precedentes firmados pela CIDH quando da discussão interna das mesmas controvérsias jurídicas.

Não obstante, diversos votos de ministros do Supremo Tribunal Federal, sem tratar expressamente da convição firmada pela própria CIDH de ser a detentora da última palavra e com efeitos transcendentes e vinculantes, são no sentido de se prestigiar a soberania interna e a Constituição nacional, cujo intérprete maior é o próprio Supremo Tribunal Federal.

O Min. Luís Roberto Barroso, por exemplo, no julgamento da Ação Penal nº 937-QO/RJ, embora tenha feito referência expressa em nota de rodapé ao caso Barreto Leiva vs. Venezuela, em que a CIDH condenou a Venezuela por violação ao duplo grau de jurisdição em caso de foro privilegiado, reafirmou o entendimento do tribunal no sentido de que "a garantia do duplo grau de jurisdição não ostenta caráter absoluto, já que a Constituição de 1988 prevalece sobre tais tratados internacionais, que ostentam status supralegal, mas infraconstitucional" (BRASIL, 2018b). No mesmo julgamento, o Min. Edson Fachin também fez alusão aos atos internacionais que asseguram o duplo grau de jurisdição e ao entendimento de órgãos internacionais, inclusive da CIDH, no sentido de que também fere a cláusula do duplo grau o julgamento em única instância pela corte máxima de um país. Ainda assim, limitou-se a acompanhar o voto do Min. Luís Roberto Barroso, que restringia o foro por prerrogativa de função às infrações penais praticadas durante o exercício do cargo e relacionadas às funções desempenhadas, considerando não se poder afastar por completo a norma constitucional. Nenhum dos demais Ministros que votaram fez qualquer referência à previsão do duplo grau de jurisdição obrigatório na Convenção Americana de Direitos Humanos e à decisão da CIDH no sentido de que há violação ao duplo grau de jurisdição inclusive quando há foro por prerrogativa de função previsto constitucionalmente perante a corte suprema de determinado país.

Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439, o Min. Edson Fachin, embora tenha se referido ao caso "A última tentação de Cristo" da CIDH e proferido voto em que se interpretaram as disposições constitucionais à luz do Pacto de São José da Costa Rica e sua intelecção pela CIDH, asseverou que, ainda que os tratados de direitos humanos tenham natureza constitucional, o que

impõe que a atividade judicante exercida por este Tribunal e pelos Tribunais de Direitos Humanos seja efetivamente dialógica e complementar (...) não há necessária submissão de uma ordem à outra (...) A solução, em casos tais, deve ser a que melhor se adeque à fundamentação democrática do estado constitucional, ou seja, não apenas a que dê primazia à pessoa humana, fundada no princípio pro homine, mas a que tenha em conta o valor igual de cada pessoa em dignidade. (BRASIL, 2018a)

Mais categórica foi a afirmação do Min. Luiz Fux na Extradição n°1362 no sentido de que "as normas da Constituição da República não podem ser afastadas por meio ou a título de adesão a tratados, convenções ou decisões de Cortes Internacionais que cuidem de direitos humanos [de caráter supralegal]", razão pela qual

as decisões fundadas nestes Tratados, ainda que proferidas pelas reconhecidas Cortes Internacionais voltadas à proteção de direitos humanos, devem passar por filtragem constitucional para ter sua validade verificada, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2018c)

A seu turno, o Min. Gilmar Mendes ressaltou a pertinência de o Supremo Tribunal Federal "manter o debate numa perspectiva de diálogo entre as cortes" e, destacando que o caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile tratou de desaparecimentos forçados e o caso da Extradição 1362/DF versava sobre homicídio, asseverou que "[o]s precedentes têm força persuasiva, mas não vinculam a decisão no presente caso", pois "[o] compromisso do país com o cumprimento das decisões da Corte Interamericana é limitado a casos na forma do Pacto" (BRASIL, 2018c).

Já o Min. Luís Roberto Barroso, embora defendendo a aplicação do entendimento da CIDH ao caso sob análise, destacou que quem decide se o Direito Internacional será aplicado no Brasil é o Supremo Tribunal Federal. Por tal razão, decidir pela incidência das normas internacionais não implicaria subalternidade da ordem jurídica interna, mas sim uma

decisão soberana de, em determinada situação, fazer prevalecer o Direito Internacional (BRASIL, 2018c).

Outros ministros, em alguns votos, pontuam a necessidade de o Brasil aderir aos entendimentos firmados pela CIDH – ainda que tais precedentes sejam referentes a outros países. Nesse sentido, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF, o Min. Edson Fachin embasou seu voto na interpretação conferida à Convenção Americana de Direitos Humanos e nas determinações finais constantes da Opinião Consultiva 24/17 da CIDH, sobre "Identidade de Gênero e Igualdade e Não Discriminação a Casais do Mesmo Sexo". No mesmo caso, a Min. Rosa Weber, expressamente afirmou ser "imprescindível identificar e demonstrar a interpretação jurídica firmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que o Brasil se submete à jurisdição desta Corte Regional, devendo sempre observar (e exercer) o controle jurisdicional de convencionalidade" (BRASIL, 2019). Também o Min. Gilmar Mendes mencionou em seu voto a Opinião Consultiva 24/17 da CIDH e precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos, embora mais a título de reforço argumentativo.

Por sua vez, o Min. Ricardo Lewandowski, que ficou vencido no julgamento da Extradição nº 1362, asseverou que "a Suprema Corte do Brasil não pode mais ficar alheia ao que se passa nas cortes internacionais, o que ocorre nas comissões de proteção dos direitos humanos, nos organismos multinacionais" (BRASIL, 2018c).

No Habeas Corpus nº 124.306, novamente a Min. Rosa Weber defendeu a observância aos entendimentos firmados pela CIDH, ao aduzir que

não obstante as decisões tomadas por outras jurisdições constitucionais não seja vinculante em nossa ordem constitucional, servindo como exemplo, devemos ter em consideração, com mais força normativa, a decisão tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por conseguinte, a interpretação dada por esta acerca do alcance dos direitos à integridade pessoal, liberdade pessoal e vida privada e reprodutiva da mulher em confronto com o direito à tutela da vida intrauterina, em decorrência do controle de convencionalidade. (BRASIL, 2017)

Por fim, porém não menos importante, vale rememorar o voto do Ministro Celso de Mello na Ação Penal nº 470 AgR-vigésimo quinto, em que se reconhece, em princípio, a prevalência da jurisprudência convencional:

Não custa relembrar que o Brasil, apoiando-se em soberana deliberação submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (...) Com efeito, o Brasil, no final do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (Decreto n. 4.463, de 08/11/2002), reconheceu como obrigatórias a jurisdição e a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, "em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção" (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 62), o que legitima o exercício, por esse importante organismo judiciário de âmbito regional, do controle de convencionalidade (...) Nem se diga que a soberania do Estado brasileiro seria oponível à autoridade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando proferidas no exercício de sua jurisdição contenciosa. A questão central, neste tema, considerada a limitação da soberania dos Estados (com evidente afastamento das concepções de JEAN BODIN), notadamente em matéria de Direitos Humanos, e a voluntária adesão do Brasil a esses importantíssimos estatutos internacionais de proteção regional e global aos direitos básicos da pessoa humana, consiste em manter fidelidade aos compromissos que o Estado brasileiro assumiu na ordem internacional (...). (BRASIL, 2014).

Não se verifica, contudo, efetivo debate entre os integrantes do Supremo Tribunal Federal acerca do grau de vinculação aos precedentes da CIDH ou de eventuais parâmetros para sua incorporação ou não à jurisprudência nacional. A título exemplificativo, a Corte Constitucional colombiana, na *Sentencia* SU-712 de 2013, reiterada na *Sentencia* T-516 de 2014 e citada pela *Sentencia* C-327 de 2016, estabeleceu que deve haver uma interpretação harmônica e sistemática entre a Convenção Americana de Direitos Humanos e a própria Constituição. Além disso, afirmou que se deve considerar a arquitetura institucional de cada Estado e o contexto em que ele se insere na análise dos entendimentos firmados pela CIDH, uma vez que as peculiaridades locais de cada país podem influenciar no resultado de determinado julgamento¹¹. Também se encontra na jurisprudência da Corte Constitucional colombiana parâmetros para

¹¹ No referido julgado, a Corte Constitucional colombiana afirmou o seguinte: "os tratados devem ser interpretados de maneira coerente e sistemática, não apenas com outros instrumentos internacionais como com a própria constituição, e instituiu, como critério relevante, as similitudes ou diferenças de contexto fático e jurídico em que se desenvolveu o caso no momento de se utilizar uma sentença da CIDH como critério hermenêutico"(tradução livre). No original: "los tratados deben ser interpretados de manera coherente y sistemática, no sólo con otros instrumentos internacionales sino con la propia Constitución' e instituyó como un criterio relevante las similitudes o diferencias de contexto fáctico y jurídico en el que se desarrolló el caso a la hora de emplear una sentencia de la Corte Interamericana como criterio hermenêutico" (COLOMBIA, 2016).

a superação de seus próprios precedentes em virtude de entendimento posterior da CIDH. Na *Sentencia* C-500 estabeleceram-se os seguintes requisitos:

(i) O parâmetro de controle do tema previamente examinado tenha sido uma norma integrada ao bloco de constitucionalidade em sentido estrito; (ii) os pronunciamentos da CIDH tenham modificado radicalmente e de forma clara o sentido da norma; (iii) a nova interpretação resulte compatível com a Constituição Política; (iv) ofereça maior grau de proteção aos direitos que o conferido pela Constituição; (v) se integre à ratio decidendi das decisões da CIDH; (vi) e seja uniforme e reiterada. (tradução livre)¹².

Ressalte-se, por oportuno, que é de grande valia a fixação de tais critérios, uma vez que anuncia não apenas para os operadores internos, mas para a própria CIDH e para a comunidade em geral, de forma clara e precisa, os termos do diálogo para fins de superação da jurisprudência constitucional por força de um precedente posterior da CIDH. Isso permite que a corte supranacional também compreenda de forma precisa as razões pelas quais a Corte nacional recusou sua jurisprudência e eventualmente influencie o modo pelo qual a CIDH se posicionará quando enfrentar novamente questão análoga.

5. CONCLUSÃO

A partir do contexto acima analisado, verifica-se que o tema concernente ao grau de vinculação da jurisdição constitucional brasileira aos precedentes da CIDH ainda não recebeu tratamento uniforme e metodologicamente adequado por parte do Supremo Tribunal Federal, a fim de que se assentem as diretrizes para promover o salutar diálogo entre Cortes.

Por um lado, se não se mostra adequada a adoção de soluções apriorísticas no que tange à submissão ou não das Cortes nacionais ao entendimento jurisprudencial da CIDH, em virtude das peculiaridades jurídico-político-sociais ínsitas a cada Estado-parte, por outro, há

¹² No original: "(i)El parámetro de control del asunto previamente examinado haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii)los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de tal norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la ratio decidendi de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos humanos; y (v) sea uniforme y retirada" (COLOMBIA, 2014).

necessidade, como referiu o Min. Gilmar Mendes na Extradição nº 1362, de se estabelecer ao menos um diálogo entre as cortes (BRASIL, 2018c), em uma perspectiva transconstitucional¹³, sem que se pretenda préestabelecer um órgão responsável pela "última palavra" para todos os casos envolvendo antinomias, ainda que aparentes, entre o direito interno e os atos internacionais sobre direitos humanos.

Não se pode negar, ainda assim, que o efetivo dever de consideração¹⁴ pelo Estado brasileiro e, especialmente, pelo STF, dos precedentes da CIDH, decorrente da própria subscrição da Convenção Americana de Direitos Humanos e à aceitação de suas cláusulas sem reservas, incluída a submissão à jurisdição da CIDH, haveria de impor-lhe ônus argumentativo maior nos casos de afastamento do entendimento firmado pela Corte Interamericana.

Para que se desincumba de tal ônus, é pertinente o estabelecimento de parâmetros mínimos acerca do grau de vinculação interna aos precedentes da CIDH, a exemplo do que realizado pela Corte Constitucional colombiana, de modo a (a) assegurar aos juízes nacionais e aos demais operadores jurídicos internos um norte claro a ser seguido, (b) promover a segurança jurídica, evitando casuísmos na seleção dos precedentes internacionais a serem seguidos ou não pela jurisprudência nacional; (c) indicar para a própria CIDH as razões pela aplicação ou não, em cada caso, de determinado

Para Marcelo Neves, "o transconstitucionalismo tende ao envolvimento de mais de duas ordens jurídicas, sejam elas da mesma espécie ou de tipos diferentes. Essas situações complexas apontam para um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, no qual ocorre um transconstitucionalismo pluridimensional, que resulta da relevância simultânea de um mesmo problema jurídico-constitucional para uma diversisdade de ordens jurídicas" (tradução livre). No original: "el transconstitucionalismo tiende al envolvimiento de más de dos órdenes jurídicos, sean ellos de la misma especie o de tipos diversos. Esas situaciones complejas apuntan para un sistema jurídico mundial de niveles múltiplos, en el cual ocurre un transconstitucionalismo pluridimensional, que resuelta de la relevancia simultánea de un mismo problema jurídico-constitucional para una diversidad de órdenes jurídicos". (NEVES, 2010, p. 733)

¹⁴ Esse "dever de consideração" aos precedentes das Cortes Internacionais é tratado pela doutrina internacional e desenvolvido por cortes de diferentes países. Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, por exemplo, as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, apesar de não vincularem formalmente os tribunais alemães, possuem um valor argumentativo elevado. Como adverte Virgílio Afonso da Silva: "Segundo o Tribunal Constitucional alemão, as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos não vinculam os tribunais alemães. Isso, no entanto, não faz com que seja possível imaginar que a questão se resume - ao contrário do que afirmei acima - a uma questão binária (ou existe ou não existe vinculação). O problema é mais complexo. Segundo o Tribunal Constitucional alemão, embora não haja vinculação formal estrita, desconsiderar as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos não seria compatível com a proteção dos direitos humanos e com o princípio do Estado de Direito. Nesse sentido, não levar em consideração as decisões da Corte Européia seria tão equivocado quanto tentar aplicá-las diretamente, como se houvesse uma supremacia pura e simples das decisões dessa corte em face das decisões dos tribunais nacionais." (SILVA, 2010, p. 531).

precedente, permitindo que a Corte leve em consideração tais fundamentos em futuros julgamentos, para eventualmente alterar sua jurisprudência ou robustecer sua argumentação.

REFERÊNCIAS

BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue.* In: Brooklyn Law Review v. 71. New York: Brooklyn Law Review, 2006.

BOGDANDY, A. von; MAC-GREGOR, E. Ferrer; e MORALES, M. Antoniazzi. La justicia constitucional y su internalización: Hacia un Ius constitucionale Commune en América Latina? México: UNAM-Max Planc Institut, 2010.

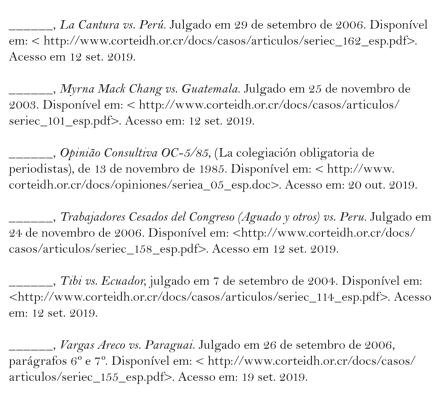
BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

4275, Rel. p/Ac. Min. Edson Fachin, DJe de 7.3.2019.
, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439, Rel. p/Ac. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 21.6.2018.
, Ação Penal nº 470 AgR-vigésimo quinto, Rel. p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, DJe de 17.2.2014.
, <i>Ação Penal nº 937 QO</i> , Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe de 11.12.2018.
, <i>Extradição nº 1362</i> , Rel. p/Ac. Min. Teori Zavascki, DJe de 5.9.2017, Republicado no DJe de 27.8.2018.
, <i>Habeas Corpus nº 124.306</i> , Rel. p/Ac. Min. Luís Roberto Barroso, DJo de 17.3.2017.

CARDUCCI, M. O direito comparado das integrações regionais no contexto euroamericano, in BACELLAR FILHO, R.F.; HACHEM, D. Wunder coords., Direito Público no Mercosul: Intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade (Anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul. Homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni), Belo Horizonte, Editora Forum, 2013, pp. 109-129.

COLOMBIA, Corte Constitucional de Colombia, <i>Sentencia C-327</i> , de 22 de junho de 2016, disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/ RELATORIA/2016/C-327-16.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.
, <i>Sentencia C-500</i> , de 16 de julho de 2014, disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-500-14.htm . Acesso em: 20 out. 2019.
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Olmonedo Bustos e outros ("A última tentação de Cristo") vs. Chile. Julgamento em 5 de fevereiro de 2001. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf . Acesso em: 12 set. 2019.
, Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Julgado em 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf >. Acesso em: 8 set. 2019.
, <i>Boyce y otros vs. Barbados.</i> Julgado em 20 de novembro de 2007. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf >. Acesso em: 8 set. 2019.
, Cabrera García vs. México. Julgado em 26 de novembro de 2010. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_ing.pdf>. Acesso em 20 out. 2019.
, Castillo Petruzzi vs. Peru. Julgamento em 30 de maio de 1999. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf >. Acesso em: 12 set. 2019.
, <i>Gelman vs. Uruguai.</i> Julgado em 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_por.doc . Acesso em: 8 set. 2019.
, Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Julgado em 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf >. Acesso em: 8 set. 2019.
, <i>Heliodoro Portugal vs. Panamá.</i> Julgado em 12 de agosto de 2008. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf>. Acesso em 12 set. 2019.



GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais.* Curitiba: Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em: http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20-%20T%20%2 OMIGUEL%20 GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2>.Acesso em 21 abr., 2020.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Panorámica del Dereceho Procesal Constitucional e Convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 659 e seguintes.

MARINONI, Luiz Guilherne; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords). Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano/ Brasil/ Argentina/ Chile/ México/ Peru/ Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 1ª ed, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, ebook.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Transconstitucionalismo, con Especial Referencia a la Experiencia Latinoamericana. In: La justicia constitucional y su internalización: hacia un lus constitucionale commune en América Latina? Vol. 2. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010. Disponível em: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/22.pdf>. Acesso em 20 set. 2019.

SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales: concordancias e diferencias com ele sistema europeo. 2011. Disponível em: https://www.pj.gov.py/ebook//monografias/extranjero/derechos-humanos/Néstor-Pedro-Sagués-El-Control-de-Convencionalidad.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

SCHÄFER, Gilberto et. al. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? In: *Revista de Direito Internacional.* Brasília, v. 14, n. 3, 2017, pp. 217-243.

SILVA, Virgilio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von, PIOVESAN, Flavia e ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito* Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

______; ______. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: Revista *Questio Iuris*, vol.06, n° 2, p. 119-161. Rio de Janeiro: UERJ, 2013. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/814. Acesso em: 10 ago. 2019.

TORELLY, Marcelo. Governança Transversal dos Direitos Humanos: Experiências Latino-Americanas. Tese de doutorado em Direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2016. RECEBIDO EM: 21/12/2020 APROVADO EM: 11/01/2021

ANÁLISE DA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA GERAÇÃO DISTRIBUÍDA E SEUS EFEITOS NA AUTOGERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

ANALYSIS OF THE PROPOSED CHANGE IN DISTRIBUTED GENERATION AND ITS EFFECTS ON THE SELF-GENERATION OF ELECTRICITY

Gilberto Bomfim

Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná -PUCPR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Bacellar. Procurador Federal.

Eduardo Iwamoto

Doutorando em Direito Econômico e Desenvolvimentopela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestrado em Direitopela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Luiz Alberto Blanchet

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Atualmente é Professor do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD/PUCPR) e Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Professor pesquisador do NUPED - Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Panorama geral da energia elétrica e da geração distribuída. 2 A Resolução 482 da ANEEL e o Sistema de Compensação. 3 A proposta de alteração da REN 482. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: As energias renováveis são cada vez mais relevantes na matriz energética mundial, tendo em vista a preocupação relacionada ao desenvolvimento da economia mundial baseado em recursos energéticos fósseis, que são finitos e poluentes. A energia solar vem se tornando uma das principais opções para a expansão da matriz energética renovável. Ainda que exista a possibilidade de instalação de usinas solares centralizadas, a atual tecnologia permitiu o crescimento da Geração Distribuída (GD), por meio da qual os consumidores podem gerar sua própria energia elétrica. No Brasil, a Resolução Normativa (REN) nº 482/2012 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), estabeleceu as condições gerais da micro e minigeração distribuídas, criando o Sistema de Compensação de Energia Elétrica, que permite que a energia excedente gerada por uma unidade consumidora seja injetada na rede da distribuidora e posteriormente utilizada para abater o seu consumo mensal. O artigo pretende demonstrar quais os aspectos que justificaram a proposta de alteração da REN 482, analisando os desafios dos reguladores para adaptar o ambiente regulatório a fim de assegurar a expansão sustentável da geração distribuída e prover segurança para os investimentos tendentes a inserção de novas tecnologias. O método hipotético-dedutivo foi a base metodológica do estudo para fomentar o debate acerca das regras atuais provocarem impactos distributivos adversos. Conclui-se que a proposta de alteração se justifica na necessidade de se equilibrar o custo da energia entre o consumidor que deseja instalar a micro e minigeração distribuída e os demais usuários da rede de distribuição e distribuidoras.

PALAVRAS-CHAVE: Energia solar. Fontes Renováveis. Sistema de Compensação. Subsídio Cruzado. REN 482/2012.

ABSTRACT: Renewable energies are increasingly relevant in the global energy matrix, given the concern related to the development of the world economy based on fossil energy resources, which are finite and polluting. Solar energy has become one of the main options for the expansion of the renewable energy matrix. Although there is the possibility of installing

centralized solar plants, the current technology has allowed the growth of Distributed Generation (GD), through which consumers can generate their own electricity. In Brazil, Normative Resolution (REN) No. 482/2012 of the National Electric Energy Agency (ANEEL), established the general conditions of distributed micro and minigeneration, creating the Electric Energy Compensation System, which allows the excess energy generated by a consumer unit to be injected into the distributor's network and then used to reduce its monthly consumption. The article aims to demonstrate the aspects that justified the proposed amendment of REN 482, analyzing the challenges of regulators to adapt the regulatory environment in order to ensure the sustainable expansion of distributed generation and provide security for investments aimed at the insertion of new technologies. The hypothetical-deductive method was the methodological basis of the study to stimulate debate about current rules causing adverse distributive impacts. It is concluded that the proposed amendment is justified in the need to balance the cost of energy between the consumer who wants to install the micro and mini generation distributed and the other users of the distribution network and distributors.

KEYWORDS: Solar energy. Renewable Sources. Compensation System. Cross-subsidy. REN 482/2012.

INTRODUÇÃO

Energia é um bem que vem sendo utilizado, desde a Revolução Industrial, para atingir desenvolvimento, prosperidade e bem-estar social da população. É um insumo indispensável para o desenvolvimento da sociedade. Desde a utilização das primeiras máquinas movidas à energia elétrica, muito se avançou no desenvolvimento de novas tecnologias e parques energéticos. Cada país adotou uma matriz energética de acordo com suas disponibilidades de fontes.

A matriz energética de um país é a oferta de energia que movimenta todos os setores de sua economia. A matriz elétrica, por sua vez, é a parte da matriz energética de um país que concentra toda a oferta de recursos energéticos destinados exclusivamente para a geração de eletricidade. No Brasil, com exceção do setor de transportes que se utiliza quase unicamente de fontes fósseis, todos os demais setores da economia utilizam-se fortemente da energia elétrica (REIS, 2016, p.8).

A matriz elétrica brasileira está entre as mais limpas do mundo. As fontes de energia renováveis demonstram o perfil peculiar da matriz energética brasileira, com o uso de biomassa de cana-de-açúcar (etanol e bagaço) e da hidroeletricidade. A participação de energias renováveis na geração elétrica no Brasil está muito acima da média mundial (EPE, 2019, p.36)¹.

É importante destacar que a opção pela hidroeletricidade é resultado de uma característica geográfica brasileira que possui a maior rede fluvial do mundo e, por extensão, a maior oferta de hidroeletricidade. Outros países, classificados como desenvolvidos, têm potencial hidroelétrico mais baixo ou totalmente instalado e, por razões históricas, utilizam como fonte energética combustíveis fósseis.

Atualmente, a principal preocupação relacionada a geração de energia está em saber por quanto tempo a economia mundial poderá se desenvolver considerando que os recursos energéticos com base em combustíveis fósseis são finitos. De acordo com estimativa da Organização das Nações Unidas (2019, p.8), a população mundial atingirá 9,7 bilhões de pessoas em 2050, um aumento de 26% em relação aos 7,7 bilhões atuais, podendo chegar perto de 11 bilhões até 2100. Consequentemente, a demanda mundial por energia crescerá em igual proporção, estimando-se que haverá um aumento da demanda de energia entre 25% e 33% até 2040 (IEA, 2018).

Essa preocupação foi debatida na 21ª Conferência das Partes da Convenção Quadro das Nações Unidas para as Alterações Climáticas (COP21) em que foi assinado o Acordo de Paris, e os países signatários se comprometeram a atingir metas para aumentar a participação de fontes renováveis em suas matrizes energéticas (ONU, 2015, p.20).

As energias renováveis serão cada vez mais relevantes na matriz energética mundial e a proporção do crescimento do setor depende da implementação e manutenção de políticas de incentivos a essas fontes.

As previsões indicam que a crescente competitividade da energia solar a tornará protagonista na expansão da matriz energética mundial. Embora ainda se conjecturem usinas solares centralizadas, a atual tecnologia permitiu uma quebra de paradigma no setor elétrico, com forte crescimento da Geração Distribuída (GD), por meio da qual os consumidores podem

¹ A composição da matriz elétrica brasileira, segundo a EPE (2019, p.35-36): hidráulica (66,6%) gás natural (8,6%), biomassa (8,5%), eólica (7,6%), nuclear (2,5%), derivados do petróleo (2,4%), carvão e derivados (3,2%) e solar (0,5%). Enquanto a participação de energias renováveis na matriz elétrica mundial é de 24% o Brasil tem uma participação de 83,3%.

gerar energia elétrica em suas residências, comércios e indústrias (BRAZ; MOREIRA, 2019, p.593).

No Brasil, a Resolução Normativa – REN nº 482 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, foi publicada no ano de 2012 com o objetivo de reduzir as barreiras para a conexão da micro e minigeração distribuídas, criando um ambiente em que esse tipo de geração de pequeno porte pudesse se viabilizar. A REN criou o Sistema de Compensação de Energia Elétrica, que permitiu aos consumidores a geração de sua própria energia e a venda do excedente às distribuidoras em troca de créditos de energia.

O artigo pretende demonstrar quais os aspectos que justificaram a proposta de alteração do sistema de valoração da energia injetada na rede. Para tanto, serão analisados os desafios dos reguladores para assegurar a expansão sustentável da geração distribuída no país, prover segurança para investimentos num cenário de transformação tecnológica e adaptar o ambiente regulatório para incentivar a inserção de novas tecnologias, bem como a proposta de alteração e os custos e benefícios da alternativa apresentada.

O artigo utiliza o método hipotético-dedutivo, por meio de uma abordagem qualitativa, buscando-se fomentar o debate acerca das regras atuais do Sistema de Compensação de Energia Elétrica provocarem impactos distributivos adversos e não estarem aderentes ao conceito moderno de sustentabilidade.

No capítulo 1 será apresentado um panorama geral da energia elétrica e da geração distribuída. No capítulo 2 serão explicitadas as regras da REN nº 482, de 2012 para a conexão da micro e minigeração distribuídas e o Sistema de Compensação de Energia Elétrica. No capítulo 3, será abordada a proposta de alteração da forma de valoração da energia elétrica injetada da rede.

1. A ENERGIA ELÉTRICA E A GERAÇÃO DISTRIBUÍDA

O aumento crescente do número de pessoas que se utilizam da eletricidade causou a necessidade do aumento da escala na geração da energia elétrica, o que levou ao surgimento das centrais geradoras centralizadas, conectadas aos consumidores por meio de linhas de distribuição (BRAZ; MOREIRA, 2019, p.589).

No modelo tradicional centralizado de geração, a energia é produzida por usinas de grande porte, que são construídas em regiões distantes dos centros consumidores. A eletricidade gerada por essas usinas deve ser transportada por longas distâncias, através de um complexo sistema de transmissão, até chegar ao seu destino final. Nesse modelo, as empresas são, em geral, predominantemente estatais e responsáveis por gerar, transmitir, distribuir e comercializar energia elétrica, bem como por operar e planejar a expansão do sistema (BRAZ; MOREIRA, 2019, p.589).

Esse modelo centralizado passou a ser questionado a partir das décadas de 1970 e 1980, segundo Braz e Moreira (2019, p.590), em razão da alocação de riscos aos consumidores; impossibilidade de escolha dos consumidores; subsídios cruzados entre grupos de consumidores; manipulação de tarifas com objetivos político; novas tecnologias mais eficientes que encontravam na regulação uma barreira de entrada; falta de capacidade de investimento das empresas estatais; esgotamento do modelo de investimentos e a necessidade de atração de investimento privado.

A partir da década de 1990 diversos países reestruturaram seus setores elétricos. O Brasil, seguindo essa tendência mundial, promoveu uma desverticalização, com o objetivo de privatizar e viabilizar o ingresso de investimento privado nos setores de geração, comercialização, distribuição e transmissão. Sendo que a comercialização e a geração se tornaram setores sujeitos à competição e as demais permaneceriam sob o monopólio estatal (SANCHES, 2011, p. 291-294)².

Um novo modelo de tarifa de energia também foi implantado a partir da Lei nº 9.427/96, que criou a ANEEL e estabeleceu a competência desse órgão definir as tarifas de energia cobradas pela distribuidora³. A tarifa de energia passou a ser composta pela integralidade do custo de operação de toda a cadeia de energia até o consumidor final, subdividida em parcela A (custos não gerenciáveis, tais como: compra de energia, transmissão e encargos setoriais) e parcela B (custos gerenciáveis)⁴-5.

² Diversos são os marcos regulatórios: Lei 8.987/95; Lei 9.074/95; Lei 9.427/96.

³ Lei 9.427/96, art. 3°, XVIII.

⁴ REN N. 166/2005 ANEEL. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bren2005166.pdf. Acesso em: 09 maio 2020.

⁵ De um modo geral, os custos de energia representam atualmente a maior parcela de custos (53,5%), seguido dos custos com Tributos (29,5%). A parcela referente aos custos com distribuição, ou seja, o custo para manter os ativos e operar todo o sistema de distribuição representa apenas 17% dos custos das tarifas. Fonte: https://www.aneel.gov.br/conteudo-educativo/-/asset_publisher/vE6ahPFxs WHt /content/composicao-da-tari fa/654800?inheritRedirect=false Acesso em: 11 maio 2020.

Além disso, a reestruturação do setor elétrico brasileiro assegurou o livre acesso às redes a todos os agentes, a governança do setor passou a ser regulada por uma Agência Reguladora (ANEEL), um Operador Nacional do Sistema (ONS) e uma Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). Ao final, os maiores consumidores tiveram liberdade de escolher seu comercializador de energia elétrica, entre outros (BRAZ; MOREIRA, 2019, p.592) ⁶.

Contudo, a atual necessidade de se diversificar a matriz elétrica brasileira de maneira limpa e segura voltou a ser um desafio no âmbito das políticas públicas do país, principalmente em razão dos danos ambientais causados pelas usinas hidrelétricas e o risco hidrológico decorrente da estiagem recorrente nos últimos 10 anos, com a redução dos reservatórios das usinas hidrelétricas e a necessidade de despacho constante das termelétricas desde 2012 (FGV, 2016, p.6). Para Reis (2016, p.5), "parte obrigatória da diversificação da matriz energética brasileira será feita por meio da introdução de fontes alternativas e complementares de energias limpas e renováveis em sua composição".

Aliado a isso, houve uma mudança no comportamento dos consumidores que sinaliza uma nova tendência mundial na demanda por energia. As evoluções tecnológicas têm um papel importante na mudança de comportamento do consumidor de energia elétrica. O consumidor vem mostrando comportamento cada vez mais ativo na maneira como ele demanda sua energia e em relação aos serviços que ele pode extrair do seu consumo de eletricidade (FGV, 2016. p.6).

Essa tendência mundial, atrelada às peculiaridades da matriz elétrica nacional, baseada na geração predominantemente hidrelétrica de grande porte, centralizada, com sistema integrado de transmissão, demonstram a importância da diversificação dos recursos energéticos disponíveis (FGV, 2016, p.7).

A Geração Distribuída (GD) é uma modalidade de geração de energia elétrica que difere da tradicional geração centralizada, onde grandes usinas hidrelétricas produzem quase que a integralidade da energia. A Geração Distribuída é um sistema de geração feito em pontos descentralizados e distribuídos, através de sistemas geradores conectados diretamente na rede ou situados até mesmo na própria unidade consumidora (casas, empresas e indústrias).

⁶ O consumidor livre deveria ter uma demanda contratada mínima de 3.000 kW.

No caso da micro e minigeração distribuídas que se utilizam de fonte solar (fotovoltaica), por exemplo, o consumidor instala painéis fotovoltaicos em sua residência ou comércio e a energia é gerada durante o dia, quando seu consumo é inferior à geração. No período noturno, por outro lado, quando se atinge o pico de consumo, a geração é inferior ao consumo ou inexistente, de forma que o consumidor precisa se utilizar da energia elétrica da rede distribuidora. Portanto, ao injetar a energia elétrica no sistema da rede durante o dia, essa rede funciona como uma espécie de "bateria" a ser utilizada pelo consumidor no período da noite.

A geração de energia elétrica por meio de fontes renováveis e descentralizadas, especialmente a solar por painéis fotovoltaicos se tornou uma opção comum entre consumidores residenciais, comerciais e industriais brasileiros a partir da regulação feita pela Resolução Normativa nº 482/2012 da ANEEL, que será abordada a seguir.

2. A RESOLUÇAO NORMATIVA Nº 482/2012 DA ANEEL E O SISTEMA DE COMPENSAÇÃO

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), com base na competência de regular as políticas do setor elétrico, publicou a Resolução Normativa (REN) 482/2012, com o objetivo de reduzir as barreiras para a conexão da micro e minigeração distribuídas à redes de distribuição de energia elétrica e criar um ambiente de incentivo a esse tipo de geração de pequeno porte (ANEEL, 2018, p.2).

Pode-se definir micro e minigeração distribuídas como empreendimentos de pequeno porte que geram energia elétrica em unidades consumidoras conectadas à rede de distribuição. É o caso de uma residência, de uma empresa, de um agricultor ou de uma pequena indústria que instalam painéis fotovoltaicos para gerar energia elétrica e injetar o excedente na rede de uma distribuidora local (SILVA, 2019, p.2).

A microgeração distribuída refere-se àquelas autoprodutoras com potência instalada até 75kW. A minigeração distribuída refere-se às autoprodutoras com potência instalada de 75 kW a 5MW. Ambas podem adotar fontes renováveis de energia elétrica (REN 482/2012, artigo 2°, incisos I e II).

A partir da alteração promovida pela REN 687/2015, com o intuito de estimular o avanço da geração distribuída no país, tornando esse tipo de geração mais acessível a um número maior de unidades consumidoras,

a instalação de MMGD pode ser feita seguindo os modelos de: (i) geração local; (ii) múltiplas unidades consumidoras; (iii) geração compartilhada; (IV) autoconsumo remoto (REN 482/2012, art.6°)7.

A micro e a minigeração distribuídas funcionam no âmbito do Sistema de Compensação ou "net-metering", que é definido no artigo 2°, inc. III da REN 482/2012 como sistema no qual a energia injetada com micro ou minigeração distribuída é cedida, por meio de empréstimo gratuito, à distribuidora local e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa. O sistema net-metering é um mecanismo de incentivo baseado no sistema de compensação, no qual o consumidor passa a produzir energia que é usada para abastecer o consumo da unidade.

Pelo sistema de compensação o consumidor injeta na rede de distribuição a energia elétrica que gerou e não consumiu e fica com um crédito de energia para ser utilizado quando seu consumo for superior à sua geração. Vide o exemplo do sistema de compensação anotado por Silva (2019, p.4):

[...] o consumidor instala painéis fotovoltaicos em sua residência; durante o dia, seu consumo é inferior à geração e esse excedente é injetado na rede da distribuidora, gerando um crédito; no período noturno, quando a geração é inferior ao consumo, o consumidor utiliza o crédito de energia elétrica gerado durante o dia. No final do mês, são pagos à distribuidora (i) a diferença, se positiva, entre a energia elétrica consumida da rede e a energia elétrica injetada na rede e (ii) um valor mínimo, que deveria corresponder ao custo de disponibilidade da rede. Caso a energia injetada na rede seja maior do que a consumida, o consumidor paga apenas a taxa mínima, ficando com um crédito de energia remanescente para usar nos meses seguintes.

Com efeito, em que pese a energia gerada abasteça a unidade do consumidor-gerador (ou prosumidor, palavra derivada do inglês prosumer – producer and consumer), a rede distribuidora é necessária para injetar energia no sistema e utilizá-la nos períodos de intermitência.

Atualmente, a energia excedente que o prosumidor injeta na rede é utilizada para abater integralmente a energia consumida, sendo que os consumidores do sistema de compensação estão sujeitos apenas ao pagamento de um valor mínimo.

⁷ Para exemplos hipotéticos de empreendimentos de micro e minigeração distribuídas vide artigo disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/ bol82 Acesso em: 03 jun.2020.

O sistema de compensação é um mecanismo que atribui maior autonomia ao consumidor no gerenciamento de seus gastos com energia elétrica, tratando-se de uma tendência mundial alinhada, inclusive, a aspiração da sociedade de ampliar ações de preservação ambiental (SILVA, 2019, p.5).

Esse sistema de compensação foi fundamental para o sucesso da mini e microgeração distribuída no Brasil. Desde o início da regulação já foram instaladas mais de 50 mil unidades geradoras, sendo que após a atualização da regulamentação pela REN 687/2015 a MMGD cresceu expressivamente no país (ANEEL, 2019, p.13).

É importante salientar que no sistema de compensação o consumidor paga uma taxa mínima que deveria remunerar o uso da rede de distribuição porque os prosumidores utilizam a rede para injetar energia elétrica e para consumi-la posteriormente (SILVA; 2019, p.6).

Contudo, em virtude do atual modelo tarifário, o valor mínimo pago pelos consumidores que ingressam no Sistema de Compensação não remunera suficientemente o uso da rede de distribuição. Isso acontece porque os consumidores de baixa tensão não estão submetidos à chamada tarifa binômia, caracterizada por uma tarifa com uma parcela fixa, que têm como característica uma menor variação com o consumo de energia ao longo do tempo, resultando em uma receita fixa e outra parcela variável e proporcional ao consumo de energia (ANEEL, 2018, p.3).

A diferença é suportada pelas empresas de distribuição e, principalmente, pelos demais consumidores de energia elétrica que não aderem ao Sistema de Compensação. O resultado é um impacto distributivo adverso, decorrente do fato de que consumidores de menor poder aquisitivo não têm condições econômicas e financeiras de instalar microgeração ou minigeração distribuída. O sistema só é acessível para consumidores de maior poder aquisitivo, moradores de casas de médio porte e usuários que disponham de áreas para a instalação dos equipamentos distantes do local de consumo (SILVA, 2019, p.6).

Assim, os custos de uso da rede da distribuidora, os encargos e perdas daqueles que usam o sistema são rateados pelos consumidores que não tem geração distribuída, configurando o chamado subsídio cruzado⁸.

⁸ As regras atuais desse tipo de geração, elaboradas em 2012, preveem uma espécie de subsídio cruzado. Quem adere aos painéis solares precisa conectar sua instalação ao sistema de uma distribuidora. O pequeno gerador utiliza toda a infraestrutura dessa distribuidora, que também contabiliza o trânsito da energia

As distribuidoras alegam que o atual sistema de compensação não é capaz de remunerá-las adequadamente pelo uso da rede de distribuição, elevando os custos para os demais usuários da rede que não instalaram geração própria (FGV, 2019, p.6). Com efeito, os consumidores não adeptos do Sistema de Compensação também estariam sendo penalizados com tarifas mais elevadas devido à redução de mercado das distribuidoras⁹.

Esse conjunto de distorções provoca elevação nas tarifas dos demais consumidores, principalmente daqueles que não reúnem condições de aderirem ao Sistema de Compensação. O resultado "é um círculo vicioso que acentua os incentivos para migração e onera os demais usuários, inclusive aqueles de menor poder aquisitivo" (SILVA, 2019, p.7)¹⁰

A microgeração e a minigeração distribuídas têm, indiscutivelmente, benefícios sociais e ambientais. Contudo, devido ao subsídio cruzado do atual sistema de compensação, esses benefícios não são suficientes para conferir características de sustentabilidade para o atual arranjo regulatório.

Portanto, a ANEEL defende a necessidade de definir uma forma de valoração da energia injetada na rede pelo micro ou minigerador que permita o crescimento sustentável da geração distribuída no país e a manutenção dos investimentos no setor sem, contudo, transferir os custos de uso da rede da distribuidora, os encargos e perdas daqueles que usam o sistema para os demais consumidores e distribuidoras.

3. A PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA REVISÃO DA REN. 482/2012

Os principais desafios dos reguladores para desenvolver as energias renováveis no Brasil é assegurar a expansão da sustentável da geração distribuída no país, prover segurança para os investimentos num cenário de transformação tecnológica e prover sinais de preços adequados em cada

⁹ Pelas regras tarifárias e contratuais, a perda de mercado da distribuidora (por exemplo, quando menos energia elétrica é consumida por meio de sua rede) pode gerar um custo que é alocado aos consumidores da empresa. A redução de mercado, na prática, faz com que os custos da prestação do serviço sejam rateados por um conjunto menor de consumidores.

¹⁰ É importante salientar que subsidiar a microgeração e minigeração distribuídas para consumidores de menor poder aquisitivo, como forma de mitigar os efeitos distributivos adversos em questão, é uma falsa solução. Para Silva (2019, p.7) equivale a um programa de meia entrada, cujo resultado é todos pagarem entrada "cheia". Para o autor, "ao final, o Estado terá incorrido e gerado custos para a sociedade sem resolver o problema que motivou a intervenção" (SILVA, 2019, p.7).

instante de tempo e localidade do sistema para utilização ótima da rede (BRAZ; MOREIRA, 2019, p.593).

A revisão da REN 482/2012 foi prevista pela ANEEL no ano de 2015, no processo que culminou na REN nº 687, de 24 de novembro. A premissa da revisão está relacionada a manutenção do crescimento sustentável da geração distribuída no país. A Análise de Impacto Regulatório n. 0004/2018-SRD/SCG/SMA da ANEEL busca alternativas para o atual modelo de valoração da energia injetada na rede, mostrando os custos e benefícios da alteração sob a ótica do consumidor que deseja instalar a micro ou minigeração e a ótica das distribuidoras e demais usuários da rede de distribuição.

Os consumidores interessados na geração e o mercado que gira em torno dessa tecnologia advertem sobre os benefícios da geração distribuída à sociedade e consideram que o modelo atual de compensação deve permanecer por mais algum tempo, de modo a permitir a consolidação do mercado e geração de empregos.

Nesse ponto é necessário distinguir a microgeração, pois o porte da geradora é consideravelmente maior do que a minigeração. E ambas as fontes de geração não se restringem apenas à fotovoltaica. É comum usinas hidrelétricas de menor porte, centrais geradoras hidrelétricas (CGH), cuja produção pode chegar a 5 MW¹¹, comercializar energia na GD através da geração compartilhada. Uma parte considerável do custo de construção de uma CGH é a linha de transmissão. Em decorrência da REN 482/2012, a distribuidora arca com os custos da transmissão da geradora com o sistema elétrico. Sendo que a distribuidora não possui nenhuma contrapartida imediata. Ao final, o repasse dos custos relativos à minigeração são repassados ao consumidor cativo.

Por outro lado, as distribuidoras e demais consumidores alegam que o atual Sistema de Compensação de Energia Elétrica não possibilita a adequada remuneração pelo uso da rede de distribuição, transferindo custos aos que não optaram por instalar geração própria (ANEEL, 2018, p.2), pois os custos de manutenção da rede e os subsídios são repassados para as distribuidoras e aos demais consumidores (cativos), configurando um subsídio cruzado¹².

¹¹ As microgeradoras podem gerar até 75kW.

¹² O artigo 15 da REN 482/2012, com redação dada pela REN 687/2015, já havia previsto que a ANEEL iria revisar a resolução até 31 de dezembro de 2019.

A principal modificação sugerida pela ANEEL se refere ao pagamento pelo uso da rede por parte dos consumidores que geram e consomem energia elétrica. Para tanto, a ANEEL abriu audiência pública para tratar da Análise de Impacto Regulatório da revisão da REN 482 e analisar diferentes alternativas para o sistema de compensação (FGV, 2019, p.6-7).

A Nota Técnica nº 0062/2018 da ANEEL define 6 alternativas possíveis de alteração do sistema de compensação. Em cada uma dessas possibilidades, a compensação passaria a ser feita de forma diferente.

A Alternativa 0 significa o sistema continuar como está, ou seja, a energia excedente que o consumidor injeta na rede é utilizada para abater integralmente a energia consumida, considerando todas as componentes tarifárias. Na Alternativa 1, o consumidor com geração pagaria pelo valor correspondente ao transporte na distribuição de energia que foi consumida. Já na Alternativa 2, o consumidor passaria a arcar por todo o transporte, na distribuição e na transmissão, pelo valor que foi consumido. A Alternativa 3 considera no pagamento a parcela de transporte e dos encargos. Na Alternativa 4, além dos custos elencados nas demais alternativas, o consumidor com GD também passaria a pagar pelas perdas que acontecem no transporte de energia. E, na Alternativa 5, o micro ou o minigerador pagaria por todas as componentes tarifárias, com exceção da parcela correspondente à compra de energia, que é paga apenas pelo valor líquido da energia que é consumida ao final do mês (ANEEL, 2018, p.15).

Além da modificação do sistema de compensação de energia elétrica, há ainda a possibilidade da nova regulação prever a implementação da tarifa binômia para consumidores de baixa tensão, inclusive residenciais (FGV, 2019, p.9).

No entanto, a aplicação das novas regras deve ser feita após um período de transição, de forma a garantir previsibilidade e segurança regulatória. Segundo a ANEEL, as alterações legais seriam feitas observando-se a segurança jurídica e um período de transição razoável para que o mercado possa se adequar às alterações pretendidas (FGV, 2019, p.8).

Assim, na Análise de Impacto Regulatório - AIR nº 0004/2018-SRD/SCG/SMA/ANEEL, a alternativa apresentada para a alteração normativa propõe um momento adequado para a alteração do modelo do sistema de compensação, denominado no texto como gatilho, que pode ser

uma data ou de acordo com a quantidade da potência instalada da geração distribuída (ANEEL, 2018, p.44). Assim, a proposta é de que seja mantida a atual forma de compensação até que a potência de micro e minigeração distribuída (MMGD) instalada em cada distribuidora alcance determinado nível, tanto para sistemas remotos como locais (quando a compensação ocorre no mesmo endereço onde a energia é gerada).

Segundo o estudo da ANEEL, seria possível manter a Alternativa 0 até que o mercado de micro e minigeração distribuída se consolide, com a instalação de 3,365 GW em todo país para, em seguida, alterar o Sistema de Compensação de para a Alternativa 1, de modo a que a TUSD Fio B deixe de ser compensada.

As alterações ao sistema de compensação, segundo a ANEEL (2018), equilibrariam a regra para que os custos referentes ao uso da rede de distribuição e os encargos sejam pagos pelos consumidores que possuem geração distribuída. Com efeito, a modalidade poderia permanecer se desenvolvendo de forma sustentável, sem impactar na tarifa de energia dos consumidores cativos, que não possuem o sistema.

A partir das modificações propostas pela ANEEL, verifica-se que a Agência, cumprindo o seu dever legal, tem o objetivo de corrigir, em médio e longo prazos, as distorções econômicas e distributivas decorrentes das regras hoje aplicáveis ao Sistema de Compensação (SILVA, 2019, p.13).

Ao determinar que, após um período de transição, todos os consumidores que optarem pela microgeração e minigeração distribuídas pagarão, com menor distorção, pelo uso da rede de distribuição, a ANEEL mitiga o risco de esses usuários serem subsidiados pelos demais. Assim, a Agência reduz ineficiências econômicas e o impacto distributivo adverso do Sistema de Compensação.

Os estudos realizados pela ANEEL sugerem que, mesmo com a alteração das regras, o retorno do investimento em geração distribuída continuará atrativo. Apesar da elevação do payback, para a ANEEL (2018, p.18-19), isso não comprometeria o mercado de GD, uma vez que a viabilidade dos projetos se manteria e o mercado estaria mais consolidado.

Por outro lado, os empreendedores da micro e minigeração distribuída (MMGD), especialmente os da área de produção solar, temem que as mudanças propostas possam desestimular esse mercado (FGV, 2019, p.9). Para eles, é preciso que o sistema atual seja mantido até que

o mercado esteja melhor consolidado, sob pena de se criar uma barreira de entrada no setor¹³.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos caminhos para iniciar a mudança da matriz energética mundial, atualmente baseada na utilização de combustíveis fósseis, como petróleo, carvão mineral e gás natural, que provocam o aumento de emissão de gases poluentes e danos ambientais como o efeito estufa e mudanças nas condições climáticas do planeta, é a busca por fontes renováveis e descentralizadas, advindas da micro e minigeração distribuídas, que permitem ao consumidor gerar a sua própria energia limpa e renovável.

No Brasil, a Resolução Normativa da ANEEL nº 482, de abril de 2012, aperfeiçoada pela Resolução 687/2015, permitiu ao consumidor brasileiro gerar sua própria energia elétrica, por meio da micro e minigeração distribuídas, criando um mercado relevante vinculado especialmente a fabricação e importação de painéis solares fotovoltaicos. A MMGD pode, inclusive, colaborar com a segurança do sistema em períodos de estiagem, minimizando o risco hidrológico.

Todavia, em que pese o crescimento do mercado da Geração Distribuída no país, a atual regulação pode repercutir futuramente em custos elevados aos consumidores cativos que não optaram pela autogeração, pois os custos de uso da rede da distribuidora, os encargos e perdas daqueles que usam o sistema vem sendo rateados pelos consumidores que não tem geração distribuída, configurando o chamado subsídio cruzado.

Com efeito, a proposta de alteração do equilíbrio econômico do sistema de compensação da REN 482 se justifica na necessidade de se equilibrar a regra para que os custos referentes ao uso da rede de distribuição e os encargos sejam pagos pelos consumidores que possuem geração distribuída - e não somente pelas distribuidoras e demais consumidores (cativos).

Contudo, o desafio da ANEEL é justamente reequilibrar o sistema e evitar que ocorra uma interrupção no desenvolvimento do mercado (relevante) da Geração Distribuída no país. Para tanto, está sendo analisada

¹³ Para Sauaia, Koloszuk e Marcolino (2020) a proposta de revisão representa um grande desequilíbrio e desincentivo para os consumidores e o setor de geração distribuída no Brasil, pois desvaloriza em até 60% a energia elétrica produzida em telhados, fachadas e pequenos terrenos e injetada na rede. Para eles, a minuta proposta pela ANEEL é um enorme retrocesso para o País, levando a GD e seu mercado de volta ao passado, aumentando os paybacks da tecnologia para até 23 anos, o que inviabiliza muitas soluções.

a possibilidade de um cenário de transição que permita a manutenção das regras atualmente vigentes por mais alguns anos, na medida que as mudanças das regras para efetuar a cobrança dos custos de transmissão podem atrapalhar o retorno do investimento ou estabelecer uma barreira de entrada para a inserção de novas tecnologias no mercado, inviabilidade a micro e minigeração distribuídas e, por consequência, a utilização de fonte energética fotovoltaica.

Uma regulação justa para a geração distribuída poderá identificar-se com o futuro da geração de energia por fontes renováveis promissoras no Brasil e irá mudar completamente a matriz energética caso se estabeleça um ambiente institucional favorável, pois segundo a experiência internacional demonstra que as tarifas de energia têm uma tendência de crescimento contínuo enquanto os custos dos equipamentos irão cair consideravelmente.

Todos os segmentos do setor elétrico devem atuar de forma conjunta para garantir um futuro sem a necessidade de subsídios alocativos indesejáveis, penalizando os usuários cativos.

A promoção desse debate e a adoção de medidas que estimulem o crescimento e a modernização do setor elétrico são fundamentais para a promoção das reformas pretendidas pela ANEEL, para enfrentar os novos desafios locais e mundiais na geração de energia.

REFERÊNCIAS

Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012. Disponível em: <http: cedoc="" ren2012482.pdf.="" www2.aneelgov.br=""> Acesso em: 11 mai. 2020.</http:>
. <i>Resolução Normativa nº</i> 687, de 24 de novembro de 2015. Disponível em: https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2015687.pdf Acesso em: 11 mai. 2020.
. Geração Distribuída — regulamentação atual e processo de revisão. 2019. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/documents/655804/14752877/ Gera%C3%A7%C3%A3o+Dis%20tribu%C3%ADda+%E2%80%93+regulame ata%C3%A7%C3%A3o+atual+e+processo+de+revis%C3%A3o.pdf/3def5a2e- aef-bb59-2ce1-4f69a9cb2d88>. Acesso em: 23 mai. 2020.
Revisão das regras aplicáveis à micro e minigeração distribuída - Resolução Normativa n. 482/2012 Relatório de Análise de Impacto

Regulatório n. 0004/2018-SRD/SCG/SMA/ANELL. 2018. Disponível em: https://www.aneel.gov.br/documents/656877/18485189/6+Modelo+de +AIR+-+SRD+-+Gera%C3%A7%C3%A30+Distribuida.pdf/769daa1c-51af-65e8-e4cf-24eba4f965c1> Acesso em: 09 mai. 2020.

_____. Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 02/2018-SGT/SRM/ANEEL. 2018. Disponível em: https://www.aneel.gov.br/documents/6568 77/18485189/4+Modelo+de+AIR+-+SGT+-+Tarifa-Binomia.pdf/ea152997-0f6e-b2d1-d443-8354cd2a380a> Acesso em: 22 mai. 2020.

BRAZ, Fabricio; MOREIRA, Leandro. *Inteligência Artificial e Energia*: aplicações e ponderações ao contexto brasileiro. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. Inteligência Artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade - São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p.587-606.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (EPE). Balanço Energético Nacional 2019 Disponível em: 2018.pdf> Acesso em: 11 mai. 2020.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (EPE). *Nota Técnica DEA 13/15*: Demanda de Energia 2050. 2016. Disponível em: http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-245/topico-264/DEA%2012-16%20-%20Ef%20energetica%202015-2024%5B1%5D.pdf Acesso em: 14 abr. 2016.

FGV ENERGIA. Análise do Impacto Regulatório na Expansão da MMGD. Caderno Opinião. Junho. 2019. Disponível em: https://fgvenergia.fgv.br/files/coluna_opiniao_junho_-_impacto_regulatorio.pdf. > Acesso em: 11 mai.2020.

FGV ENERGIA. *Recursos Energéticos Distribuídos*. Cadernos FGV Energia. Maio 2016, ano 3. n.7. p.1-102. Disponível em: https://fgvenergia.fgv.br/ publicacao/caderno-de-recursos-energeticos-distribuidos>. Acesso em: 08 maio 2020.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. IEA. *Re-powering Markets*: Market design and regulation 97 during the transition to low-carbon power systems. OECD, IEA. 2016. Disponível em: http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/REPOWERINGMARKETS.pdf. > Acesso em 17 de março de 2016.

IRENA. INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY.

Renewable Energy and Jobs. Annual Review 2019. Disponível em: https://www.irena.org/publications/2019/Jun/Renewable-Energy-and-Jobs-Annual-Review-2019 Acesso em: 25 mai. 2020

IRENA. INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY.

Global Energy Transformation. A roadmap to 2050. 2019 edition. Disponível em: https://www.irena.org/publications/2019/Apr/Global-energy-transformation-A-roadmap-to-2050-2019Edition Accesso em: 25 mai. 2020

JOSKOW, P. L. The difficult transition to competitive electricity markets in the unites states. In: GRIFIN. J. M. PULLER, S. L. (Ed) Electricity Deregulation: Choices and Challenges. Chicago, IL: University of Chicago Press, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. World Population Prospects 2019: Highlights. 2019. Disponível em: https://population.un.org/wpp/ Publications/Files/WPP2019_Highlights.pdf.> Acesso em: 12 de março de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 21ª Conferência das Partes (COP21). 2015. Disponível em: http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf> Acesso em: 22 mai. 2020.

REIS, Ciro Marques. *Diversificação da Matriz Energética Brasileira*: Caminho para a Segurança Energética em Bases Sustentáveis. Rio de Janeiro: CEBRI, 2015. Disponível em: http://midias.cebri.org/arquivo/diversifica%C3%A7%C3%A3o-matriz-energetica_vol1.pdf Acesso em: 22 mai. 2020.

SAUAIA, Rodrigo; KOLOSZUK, MARCOLINO, Rodrigo. Será um retrocesso na geração distribuída? *Revista o Setor Elétrico*. Dez, 2019. Disponível em: https://www.osetoreletrico.com.br/sera-um-retrocesso-na-geracao-distribuida/ Acesso em: 11 maio 2020

SILVA, Rutelly Marques da Silva. O novo arranjo regulatório proposto pela Aneel para a geração distribuída na consulta pública nº 25, de 2019. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, novembro/2019 (Boletim Legislativo nº 82 de 2019). Disponível em: https://www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 11 mai. 2020.

RECEBIDO EM: 02/04/2021 APROVADO EM: 13/05/2021

REGIME JURÍDICO DA ARBITRAGEM EM NEGÓCIOS JURÍDICOS PÚBLICOS

LEGAL ARBITRATION ARRANGEMENT IN PUBLIC LEGAL BUSINESS

Luiz Gustavo Tiroli

Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Administração de Empresas pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL). Acadêmico do curso deDireito da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Lara Caxico Martins Miranda

Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós Graduada em Direito Constitucional pelo Complexo de Ensino LFG (2016) e em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pelo Damásio (2016)

Marlene Kempfer

Doutorado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Mestrado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de

São Paulo (1995) e Atualmente é professora AC-C na Universidade Estadual de Londrina, atuando na graduação, especialização e no Mestrado em Direito Negocial.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Administração pública gerencial; 2 Condições preliminares da arbitragem no âmbito privado e público: negócio jurídico, previsão legal, limites objetivos e subjetivos; 3 Regime jurídico da arbitragem na esfera privada; 4 Regime jurídico da arbitragem na esfera pública; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A administração pública gerencial, cujo marco legal no Estado brasileiro foi a Emenda Constitucional n. 19/98, abriu espaços para discutir a necessidade de implantar no âmbito público mecanismos privados de gestão. Nesta pesquisa o objetivo é avaliar, por meio método dedutivocrítico, o regime jurídico da arbitragem para solução extrajudicial de conflitos nas demandas que possam ocorrer em negócio jurídicos públicos, perquirindo sobre os parâmetros e critérios adotados para esse fim. Para tanto, foram considerados os pilares do gerencialismo público, nos termos da Emenda Constitucional referida e das Leis n. 9.307/96 (Lei Geral da Arbitragem) e n. 13.129/2015 (amplia arbitragem ao setor público). A pesquisa justifica-se por ser uma contribuição acadêmica para prosseguir na implantação do gerencialismo público e superar os desafios ainda existentes.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública Gerencial. Compatibilidade. Contratos Administrativos. Regime Jurídico.

ABSTRACT: The managerial public administration, whose legal framework in the Brazilian State was Constitutional Amendment n. 19/98, opened spaces to discuss the need to implement private management mechanisms in the public domain. In this research, the objective is to evaluate, by means of a deductive-critical method, the legal regime of arbitration for extrajudicial solution of conflicts in the demands that may occur in public legal affairs, investigating the parameters and criteria adopted for this purpose. For that, the pillars of public management were considered, in terms of the referred Constitutional Amendment, Laws n. 9.307 / 96 (General Arbitration Law), and n. 13.129 / 2015 (broad arbitration to the public sector). The research is justified because it is an academic contribution to continue in the implementation of public management and overcome the challenges that still exist.

KEYWORDS: Arbitration. Management Public Administration. Compatibility. Administrative Contracts. Legal regime.

INTRODUÇÃO

A resolução extrajudicial de conflitos por meio da arbitragem nos negócios jurídicos públicos ganha destaque nas discussões atuais em virtude, especialmente, de possibilitar celeridade e economicidade no processo resolutório, em atenção aos princípios constitucionais da razoável duração do processo (art. 5°, LXXVIII, CF/88) e do acesso à justiça (art. 5°, XXXV, CF/88).

Os desafios para a implementação da arbitragem no âmbito público, após autorização legal (Lei n. 13.129/2015), seguem para estudar o seu regime jurídico, uma vez que as relações jurídicas no domínio privado estão submetidas a um regime jurídico diferente. No regime jurídico da arbitragem privada (Lei n. 9.307/96) tem-se as normas de preponderância da autonomia da vontade, definitividade da decisão arbitral, exclusão da jurisdição estatal, especialidade e imparcialidade do árbitro e confidencialidade. Em face do regime jurídico público, a reger a atuação administrativa do Estado, questiona-se se esse regime arbitral privado pode ser aplicado integralmente diante de conflito em negócio jurídico público ou há necessidade de se estabelecer outras bases para um regime próprio para arbitragem na administração pública.

Tal questionamento e a resposta para tanto se faz necessária em razão da importância da aplicação da arbitragem, meio privado de solução de conflitos, em questões que envolvam a Administração Pública a partir de um procedimento seguro e em compasso com os princípios do regime jurídico público. O debate tem por fundamento a Emenda Constitucional n. 19/98, que inaugurou legalmente a Reforma Administrativa do Estado brasileiro, a Lei n. 9.307/96 (Lei Geral de Arbitragem) e a Lei n. 13.129/15 (Arbitragem para a Administração Pública direta e indireta). Analisados em conjunto, os textos legais mencionados permitem argumentar em favor da aplicação da arbitragem no âmbito público, de modo a contribuir para a implementação da administração gerencial no Estado brasileiro.

O método adotado é o dedutivo-crítico, tecendo considerações e propondo reflexões críticas sobre a temática. O procedimento metodológico foi desenvolvido a partir de uma abordagem qualitativa e descritiva, adotando-se como técnica a pesquisa bibliográfica, tendo como parâmetro os estudos de Bandeira de Mello (2011; 2014), Carmona (2009), Flausino

(2015), Marolla (2016), Muniz (2006), entre outros. Ademais, objetivou, em última instância, contribuir para a efetividade da aplicação da arbitragem nos negócios públicos, perquirindo sobre os critérios e os parâmetros adotados para a utilização da arbitragem nessa sede.

Na consecução deste objetivo, o artigo está organizado em quatro seções. Inicialmente, contextualiza-se o advento da administração pública gerencial e a importância dos meios privados de resolução de conflitos. A segunda seção discorre sobre as condições preliminares da arbitragem no âmbito privado e público, abordando os negócios jurídicos, os limites subjetivos e objetivos e a previsão legal. A terceira seção avalia o regime jurídico da arbitragem na esfera privada. Por fim, aborda-se a respeito do regime jurídico do instituto jurídico da arbitragem no âmbito público.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL

Em 1995, com o lançamento do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a reforma administrativa gerencial, cujo objetivo geral foi conferir mais eficiência para a máquina administrativa, foi lançada no Brasil, Seu marco legal, todavia, se deu com a publicação a Emenda Constitucional n. 19/98, que introduziu o valor da eficiência dentre as premissas da administração pública. O regime jurídico administrativo gerencial não retirou controles tradicionais, mas sim acrescentou o dever de justificar as escolhas públicas por meio de outros valores de igual envergadura: economicidade, razoabilidade, responsabilização e eficiência.

A reforma gerencial não apontou para a construção de um Estado mínimo, mas sim para a reorganização da forma de gestão da máquina pública e da intervenção do Estado sob o domínio econômico. Para tanto,

(...) reduziu-se o escopo de atuação direta do Estado, por meio de privatizações, concessões ou parcerias. Isso não significou a criação de um Estado mínimo, mas sim a redefinição do papel do Estado, reforçando suas funções indutoras e regulatórias, em detrimento do seu aspecto executor (ABRÚCIO 1999, p. 163).

Para essa reestruturação e como pressuposto para o exercício da administração gerencial, definiu-se quais seriam os âmbitos de atuação em que a presença do Estado seria necessária e imprescindível, denominando-a de "núcleo estratégico" (BRESSER PEREIRA ^{2009, p. 285)}. À parte, precisou-se os serviços que envolveriam a prestação de serviços sociais básicos e que, em virtude da sua relevância, não poderiam ser, em todo, privatizados. Esses

foram designados para as organizações sociais, por meio do processo da publicização. Por fim, atividades que poderiam ser prestadas de maneira mais eficaz pela iniciativa privada e que não envolvessem os segmentos mencionados, foram para essa conferida (PACHECO, 1999, p. 232-233).

Além das mudanças mencionadas, certamente a eficiência administrativa foi um dos principais propósitos da reforma do aparelho do Estado. A administração, até então burocrática, não permitia que simples processos fluíssem com celeridade e atendessem rapidamente às necessidades coletivas. O poder-dever de administrar não poderia continuar sendo exercido apenas em vistas de se alcançar os resultados jurídicos antevistos pela lei para os atos administrativos. Havia a necessidade de que esses fossem praticados com excelência e com o objetivo de atender da melhor forma possível o cidadão.

O norte da eficiência administrativa foi encontrado na iniciativa privada e nos seus processos eficazes para o alcance de resultados. Apesar disso, "o contexto em que se insere a administração pública não se confunde com a administração privada donde tirou seu conceito, pois as demandas e objetivos são diversos" (BACELLAR, 2009, p. 20). Por essa razão, o princípio da eficiência, apesar de ter sido importado por meio da reforma gerencial, foi empregado em métodos subordinados ao regime jurídico público.

Dentre os mecanismos privados de destaque no que se refere à eficiência que a reforma gerencial objetivou introduzir no âmbito público estão os meios privados de solução de conflitos. Esses, todavia, consubstanciam-se ainda em um desafio para o gerencialismo moderno, diante das implicações da ampla implementação no âmbito da administração pública e dos contratos administrativos. Por meio desses é possível se alcançar eficiência e efetividade em negócios públicos, justamente em razão das suas características essenciais, dentre elas a celeridade. A reforma administrativa gerencial, iniciada na década de 90, trouxe para o âmbito público utensílios de gerenciamento privado e abriu portas para que formas extrajudiciais de solução de conflitos fossem inseridas no âmbito público. Apesar disso, cumpre ampliar a utilização desses aparatos para garantir resultados satisfatórios no que diz respeito à resolução de contendas envolvendo a administração pública.

A doutrina já destaca a possibilidade da utilização da arbitragem em razão de suas características de celeridade, eficiência e especialidade. Schmidt (2016, p. 43-44) ilustra essa situação:

Sempre que a Administração Pública contrata uma obra ou serviço, ela pratica atos de disposição de seu patrimônio, mediante o desembolso dos recursos públicos correspondentes. É igualmente o que se dá quando o Poder Público promove o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato, ou quando realiza uma desapropriação amigável, pela via administrativa. A satisfação do interesse público, em tais hipóteses, é resultado de um ajuste, de caráter patrimonial, entre a Administração Pública e o particular. O ato de disposição do patrimônio é praticado, precisamente, para atender a um interesse público finalístico da coletividade. É da essência da atuação administrativa, para a satisfação dos interesses da coletividade, a prática de atos de disposição patrimonial.

Assim sendo, com o advento do Estado gerencial, torna-se fundamental analisar os limites legais, os pressupostos e aportes teóricos e os parâmetros de aplicação do instituto da arbitragem, no âmbito público e privado, a fim de compreender a sua relevância na consecução da administração pública gerencial alicerçada nos princípios da eficiência e celeridade.

2. CONDIÇÕES PRELIMINARES DA ARBITRAGEM NO ÂMBITO PRI-VADO E PÚBLICO: NEGÓCIO JURÍDICO, PREVISÃO LEGAL, LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS

No âmbito da Teoria Geral do Direito tem-se os estudos que fundamentam o conhecimento nos demais ramos do Direito. Na Teoria Geral do Direito Civil é possível buscar o conceito de negócio jurídico, que auxilia no desenvolvimento dessa pesquisa. De acordo com a tradicional classificação de fatos jurídicos, enquanto gênero, tem-se: i) o ato jurídico, que envolve aqueles com manifestação individual de vontade e em regra decorrente de imposição normativa; e, ii) os negócios jurídicos, que envolvem manifestação de vontade de pessoas, vinculadas por um interesse comum, compondo uma relação jurídica onde estão os direitos subjetivos e deveres jurídicos. Os contratos são exemplo de negócio jurídico.

Em um negócio jurídico, diante do descumprimento dos deveres jurídicos pactuados pelas partes, tem-se uma antijuridicidade, que autoriza a aplicação de uma sanção ao infrator. Esta norma sancionatória é aplicável no decorrer de um processo de solução de conflitos, que pode se dar na esfera judicial ou extrajudicial. Nesta pesquisa, o recorte temático foi realizado perante a norma processual extrajudicial de solução de conflitos, em especial pela escolha daquela relacionada à arbitragem nos negócios jurídicos, especificamente dos negócios jurídicos públicos.

A partir da teoria geral dos negócios jurídicos, pode-se afirmar que negócio jurídico público é uma das modalidades do negócio jurídico do âmbito civil, mas, regrado por um regime jurídico especial, já que o interesse comum do negócio envolve os interesses do Estado. A gestão dos negócios jurídicos públicos está entre as funções administrativas do Estado. Esta, conforme ensina Bandeira de Mello (2011, p. 36), em seu aspecto material, volta-se para a gestão concreta, prática, direta e imediata das atribuições do Executivo como função típica. Estas competências são para que os governos cumpram com seus deveres constitucionais e legais. Por meio dos agentes estatais, lotados em órgãos, o Estado manifesta sua vontade, inclusive, realizando negócios que viabilizem os deveres estatais.

Os negócios jurídicos públicos para serem válidos devem ter por objeto deveres estatais e ter no outro polo da relação um sujeito selecionado, em regra, por meio de licitação, sendo que esta poderá ser dispensável ou inexigível nos limites legais. É importante sublinhar que a atuação do Estado por meio de negócios jurídicos públicos pode ser, por exemplo, compra e venda, locação, contratação de obras e serviços, inclusive, os contratos administrativos. Eventual conflito no descumprimento dos deveres jurídicos pactuados, tradicionalmente, seria solucionado, exclusivamente, pelo Poder Judiciário. No entanto, com as diretrizes constitucionais da administração pública gerencial (EC n. 19/98), é possível buscar a alternativa privada de solução extrajudicial de conflitos, tais quais a arbitragem e a mediação, desde que haja autorização legal.

A arbitragem é um caminho de resolução extrajudicial de conflitos no qual se instala uma relação jurídica ternária. Além das partes envolvidas no litígio, a compor os polos da demanda, há um terceiro, o árbitro, com competência para produzir uma norma solucionadora do conflito, dotada de força jurídica executiva. Atualmente, no Brasil, os marcos legais da arbitragem são a Lei n. 9.307/96 (Lei Geral da Arbitragem) e Lei n. 13.105/15 (Código de Processo Civil).

As inovações legislativas que mencionam a possibilidade genérica¹ da Administração Pública se utilizar de meios privados para solução extrajudicial de conflitos foram inseridas, inicialmente, com o Código de

¹ Fala-se da possibilidade genérica de a Administração Pública se utilizar de meios privados de solução de conflitos porque antes de 2015 já era possível verificar tais hipóteses em leis específicas. A primeira menção legislativa da utilização de um meio privado de solução de conflitos em contratos administrativos está na Lei n. 9.478/97, que versa sobre a exploração e produção de petróleo e gás. Conforme norma prevista no artigo 43, inciso X, é dever da Administração Pública fazer constar nos contratos dessa temática regras sobre solução de controvérsias, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

Processo Civil (Lei n. 13.105/15), em seu artigo 174, que autoriza a União, Estados, Distrito Federal e Municípios criarem câmaras de mediação e conciliação, com atribuições de solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. A esses órgãos foi conferida a competência para dirimir conflitos envolvendo órgãos da administração pública e ainda avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação.

Logo após a vigência do atual Código de Processo Civil, entrou em vigor a Lei n. 13.129/15 que alterou a Lei n. 9.307/96. A nova lei inseriu na Lei geral de Arbitragem o § 10, em seu artigo 1º, que amplia a arbitragem para o âmbito público: "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Desta forma reforçou a possibilidade de recorrer à solução extrajudicial de conflitos já previstos na Lei n. 10.233/01 (dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre), Lei n. 11.709/04 (dispõe sobre parcerias público privadas) e a Lei n. 11.909/09 (dispõe sobre atividades de transporte de gás natural).

A partir da indicação de que há autorização legal para o Estado recorrer à via extrajudicial de solução de conflitos, a pesquisa segue para analisar, no âmbito da arbitragem, os aspectos dos sujeitos envolvidos na lide (limites subjetivos) e do objeto do negócio jurídico (limites objetivos).

Com relação aos limites subjetivos analisa-se, preliminarmente, quais as pessoas que podem submeter-se a arbitragem diante dos limites estabelecidos na Lei n. 9.307/96. De acordo com a primeira parte do artigo 1°, "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem" (BRASIL, 1996). Afirma-se, portanto, que a regra é a de que arbitragem pode ser utilizada por aqueles que tem capacidade civil para realizar negócios jurídicos válidos, corroborando com o regramento do artigo 104 do Código Civil ao se referir a agente capaz para realizar negócios jurídicos.

A análise da capacidade contratual perpassa pela confirmação da personalidade jurídica do indivíduo e da aptidão para ser titular de direitos e contrair deveres na ordem jurídica, ou seja, na prerrogativa necessária para que tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica sejam consideradas sujeito de direitos. A capacidade, por sua vez, é a característica do indivíduo que pode ser sujeito ativo ou passivo em uma dada relação jurídica (2007, p. 76). Conforme o Código Civil esta condição, para pessoas físicas, depende da possibilidade de conseguir exercer os atos da vida civil, conforme regramento nos artigos 1º ao 5º. No caso das pessoas jurídicas

exige inscrição do ato constitutivo no registro nos termos do artigo 45. A personalidade e posteriormente a aquisição da capacidade de exercício conferem à pessoa a capacidade para contratar (GUILHERME, 2007, p. 77).

Esta é a condição subjetiva para submeter-se à arbitragem, pois as partes deverão firmar cláusula compromissória ou um compromisso arbitral, escolher o árbitro e estabelecer limites para sua atuação nos termos de um acordo contratual entre as partes (MAROLLA, 2016, p. 59).

Diante da possibilidade da Administração Pública submeter-se ao juízo arbitral, no aspecto subjetivo, deve também observar as mesmas regras do Código Civil no que diz respeito à pessoa jurídica que é o Estado. As peculiaridades são: i) a pessoa jurídica estatal deve ser, necessariamente, criada por meio de lei, mas não precisa ser inscrita em órgão registral; ii) o agente público que firmará o negócio jurídico deve ter competência para tal, prevista em leis e regulamentos. Tal previsão está, por exemplo, na Lei n. 13.129/15, conforme artigo 1°, § 2°: "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".

Quanto aos limites objetivos para utilizar a arbitragem, estes referem-se ao objeto do negócio jurídico. A primeira regra a ser considerada é a do Código Civil, em seu artigo 104, II, de que o objeto dever ser "(...) lícito, possível, determinado ou determinável". Na seara pública deve-se acrescentar que além do objeto lícito deve, necessariamente, atender as atribuições estatais previstas no ordenamento jurídico e em defesa dos interesses públicos.

Neste recorte tem-se ainda que é condição da arbitragem, nos termos da Lei 9.307/96, em seu artigo 1º, que "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". A exigência de que o objeto seja direito patrimonial disponível também está prevista no §1º nos seguintes termos: "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Portanto, é preciso esclarecer o que vem a ser direitos patrimoniais disponíveis.

A fonte para indicar o que são direitos patrimoniais disponíveis é o Direito Civil. Sobre patrimonialidade Beviláqua (2011, p. 235) ensina que patrimônio é "o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiver valor econômico". Trata-se de uma universalidade de direitos que

possuem valoração pecuniária, ou seja, que podem ser quantificados em moeda e consequentemente possuem interesse econômico (MAROLLA, 2016, p. 59).

Tal qual os bens corpóreos, os bens incorpóreos também podem ser dotados de patrimonialidade e farão parte do conjunto de bens que formam o patrimônio da pessoa, seja ela jurídica ou natural (ROSENVALD, 2014, p. 461). Em razão dessa concepção, excluem do patrimônio os direitos relativos à pessoa, tais quais os individuais, de existência, de liberdade, imagem, de família e os direitos políticos. Por sua vez, fazem parte do patrimônio a posse, direitos reais, intelectuais, obrigacionais e as relações econômicas em geral (ROSENVALD, 2014, p. 238-239). Tanto na esfera pública quanto na esfera privada este é o sentido de patrimonialidade.

A lei da arbitragem exige que os direitos patrimoniais sejam disponíveis, ou seja, que o seu titular seja civilmente capaz e que tenha livre disposição permitindo que os bens possam ser transferidos sob qualquer forma admitida pelo Direito, entre elas, a alienação ou a garantia. Este aspecto da arbitragem diante dos negócios jurídicos públicos é motivo de debates pois tem-se a regra de que o patrimônio público é indisponível e existe para atender aos interesses públicos também indisponíveis. Neste sentido e em outros aspectos da arbitragem, tem-se os argumentos de Bandeira de Mello, quando não concorda com este caminho de solução de conflitos trazido pelo legislador na Lei de concessões e de parcerias público privadas (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 77).

Os argumentos sobre a (in)disponibilidade do patrimônio público no tema da arbitragem já foram utilizadas em decisões no Tribunal de Contas da União (TCU). No relatório de levantamento de auditoria n. 008.402/2005-4, em que o Congresso Nacional, interessado, solicitou fiscalização nos contratos firmados para realização de obras rodoviárias da BR-163/MS, sob a responsabilidade do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e a 19ª Unidade de Infraestrutura Terrestre (rodapé), o Plenário da Corte firmou decisão no sentido de que "é ilegal, com afronta a princípios de direito público, a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos" (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2006). No relatório do acórdão n. 1099/2006, afirmou o relator Augusto Narde:

O fundamento da referida determinação pauta-se pela necessidade de observância, pelo Poder Público, da indisponibilidade da relação jurídica contratual de natureza pública. Portanto, tornam-se nulas cláusulas editalícias e contratuais que estabeleçam procedimentos de arbitragem para solução de controvérsias, em contratos e demais ajustes públicos, por se tratarem de direitos patrimoniais indisponíveis, em violação ao disposto na Lei nº 9.307/96, diploma legal que instituiu a utilização da mediação e arbitragem no nosso país (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2006).

Outro grupo de doutrinadores discordam dos posicionamentos apresentados, afirmando que a indisponibilidade do interesse público está relacionada à busca pelo bem coletivo e ao cumprimento da legalidade. Nesse viés, seria cabível a utilização da arbitragem no caso de controvérsias envolvendo entes públicos, justamente porque "ser indisponível não implica, necessariamente, na indisponibilidade de todos os direitos tutelados pela Administração" (MAROLLA, 2016, p. 106).

Norteador desse posicionamento é Grau (2002, p. 147), ao escrever que "não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público". Para o autor, a disponibilidade está relacionada com o fato de o bem poder ser transferido a outrem. Dessa forma, em sendo o bem passível de transferência ele seria considerado disponível. É plenamente possível que a alienação de um bem seja mais vantajosa à coletividade do que a sua manutenção no patrimônio público, logo, na mesma toada, é plausível que no cumprimento do interesse público o Estado disponha de um bem (MAROLLA, 2016, p. 147-148). Conclui-se que a indisponibilidade do interesse público não possui, para Grau (2002, p.147), relação com a disposição de bens públicos, ainda que haja limitação legal para essa disposição, como se verá.

Neste mesmo trilho segue Dallari (DALLARI, 1995, p. 66) pois compreende que quando o poder público opta pela arbitragem ele não está dispondo do interesse público, mas na verdade escolhendo um mecanismo mais ágil, eficiente e técnico para a defesa desse. Salienta, inclusive, que na arbitragem se preservam os princípios constitucionais da imparcialidade do julgador e da ampla defesa, logo é instrumento de grande utilidade para se alcançar um resultado mais céleres e econômicos em benefício de toda coletividade.

Nas decisões mais recentes sobre o tema o Tribunal de Contas da União decidiu pela possibilidade da utilização da arbitragem nos contratos envolvendo parcerias público privadas. As motivações desta decisão são no sentido de que há autorização legislativa expressa para tanto (artigo 11,

III, Lei n. 11.709/11) e as questões versadas serem de cunho patrimonial disponível.

A partir dessas considerações segue o desafio desta pesquisa para indicar quais os critérios para considerar patrimônio público disponível para negócios jurídicos públicos, autorizando recorrer à arbitragem para solucionar eventual conflito.

Aponta-se o caminho a ser considerado: i) separar o que são atos administrativo de império daqueles que são atos administrativos de gestão a partir dos quais poderá haver autorização para firmar negócios jurídicos; ii) definir se o objeto do negócio jurídico é transacionável.

Quanto aos atos administrativos de império seriam aqueles: i) que decorrem da função administrativa típica no exercício do poder de polícia em sentido amplo onde está a competência para produzir regulamentos; e, ii) aqueles no exercício do poder de polícia em sentido estrito que criam direitos, constituem situações jurídicas, entre eles as licenças, nomeações. Estes atos não estão no rol de atos que autorizam a realização de negócio jurídicos públicos. Estes têm por fundamento os atos administrativos de gestão que são aqueles decorrentes do dever de desempenhar função administrativa para viabilizar a execução material das atribuições do Estado. Entre eles aqueles atos que autorizam, por exemplo, a realização de licitação para realizar negócios jurídicos, tais quais, de compra e venda, de locação, de concessão. Neste ato será possível avaliar a exigência de (in)disponibilidade do patrimônio envolvido. Esta classificação contribui para argumentar no sentido de que os negócios jurídicos advém dos atos de gestão e não dos atos de império. Aqueles dispõem sobre direitos disponíveis enquanto estes não. Aqueles podem culminar com a solução extrajudicial de conflitos diante de negócio jurídicos públicos enquanto os de império não.

Quanto ao critério do objeto do negócio jurídico público ser transacionável remete à disponibilidade sobre tal bem. A título de exemplo, em contrato de compra e venda de carteiras escolares, contratação de execução de uma escola ou de concessão de serviços públicos, a decisão sobre o bem objeto do negócio já foi definido no ato de gestão. E as limitações do objeto do futuro negócio jurídico devem ser consideradas neste momento. Ou seja, quais bens públicos podem ser considerados patrimônio disponível, transacionável, para ser objeto do negócio jurídico uma vez que, em regra, os bens públicos em sentido lato, são inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis.

Não é válido produzir ato de gestão que culmine em negócio jurídico que verse, por exemplo, sobre bens públicos de uso comum ou especial se ainda não desafetados. É neste sentido a regra do Código Civil em seu Art. 100, "os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar ". Diferente é o regime jurídico dos bens dominiais, conforme Art. 101, "os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei. Sendo assim, diante do descumprimento de deveres em negócio jurídico público, a arbitragem será possível sempre que o objeto já definido no ato de gestão for disponível e transacionável. Grau (2002, p. 147) arremata a discussão quando afirma:

Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados [...]. Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem.

Neste sentido e de acordo com a legislação, direitos patrimoniais disponíveis são aqueles que se inserem no âmbito da livre disposição das partes no negócio jurídico. Logo, são passíveis de arbitragem os conflitos que envolvam bens suscetíveis de livre transferência à terceiros (BINENBOJM, 2016, p. 208-209), inclusive, no âmbito da arbitragem aplicável aos negócios jurídicos públicos.

3. REGIME JURÍDICO DA ARBITRAGEM NA ESFERA PRIVADA

Analisadas as condições preliminares à arbitragem, seguem os estudos para definir o regime jurídico da arbitragem, ou seja, identificar o conjunto das normas de estrutura que determinam a validade do processo arbitral no âmbito privado. Tais regras são: i) livre autonomia da vontade das partes para firmar as regras que irão conduzir a arbitragem; ii) definitividade da decisão arbitral; iii) exclusão da jurisdição estatal diante da decisão arbitral; iv) quanto às exigências sobre o árbitro: conhecimento técnico e imparcialidade; e v) confidencialidade dos termos da arbitragem

A submissão à arbitragem deve ser voluntária e no âmbito da liberdade conferida aos sujeitos. Ninguém pode ser obrigado a levar suas demandas a um árbitro, por não ser possível exigir de outrem a negativa da tutela jurisdicional (CAHALI, 2014, p. 114). Nos termos Lei Geral de Arbitragem, em seu artigo 4º tem-se que "a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a

submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato". Tal autonomia se manifesta no momento do negócio jurídico em que se convenciona o uso da arbitragem. É imprescindível que os envolvidos optem pela legislação aplicável e por possíveis arranjos procedimentais que envolvam prazos, locais para práticas de atos e outros exigências conforme artigo 2°, §§ 1° e 2°, artigo 11, artigo 21, todos da Lei n. 9.307/96. Desde que estejam de comum acordo e não violem os princípios preconizados na lei, as partes podem alterar, a qualquer momento, tanto limitações quanto regras procedimentais (MUNIZ, 2006, p. 69).

Entre as limitações à autonomia da vontade prevê a lei da arbitragem que na escolha do procedimento as partes não poderão desrespeitar os princípios do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento do árbitro, princípios gerais do direito, boa-fé, usos e costumes e ainda seguir normas internacionais que disponham sobre esta forma de solução de conflito em que o Brasil seja signatário.

Quanto a decisão proferida pelo árbitro ela é definitiva e não cabe recurso nos termos Lei n. 9.307/96. Em seu artigo 18 dispõe que o "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (BRASIL, 1996) e nos termos do artigo 29 consta que "proferida a decisão arbitral, dá-se por finda a arbitragem" (BRASIL, 1996). A legislação admite apenas que haja correção de eventual erro material, esclarecimento de obscuridade, dúvida, contradição ou omissão na decisão.

Na regra da exclusão da jurisdição estatal tem-se que a existência de convenção de arbitragem previamente estabelecida ou o mero reconhecimento de árbitro acerca da sua competência para resolução de determinado conflito, gera a extinção do processo judicial sem resolução do mérito (artigo 485, VII, Lei 13.105/15, CPC). Há possibilidade de anular a decisão arbitral por parte do Poder Judiciário, nos casos expressamente previstos em lei (artigo 32 e 33, Lei n. 9.307/96), tais quais, entre outras hipóteses, for nula a convenção de arbitragem, ou proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva.

Quanto ao árbitro, de acordo com o artigo 13 da Lei n. 9.307/96, qualquer pessoa capaz e de confiança das partes pode ser escolhida. Apesar disso, a tendência é que as partes optem por alguém que possui conhecimento na matéria objeto da demanda para garantir maior eficácia à decisão (FLAUSINO, 2015, p. 66). Por essa razão, a escolha se pauta, costumeiramente, em critérios de "capacidade técnica, sabedoria, aptidão,

conhecimento específico, domínio teórico ou prático sobre o assunto, especialidade ou familiaridade com a matéria, experiência etc., tudo para se obterem decisões de primeiríssima qualidade" (CAHALI, 2014, p. 186). A experiência técnica é importante principalmente em razão da possibilidade das demandas versarem sobre situações de grande complexidade.

A imparcialidade do árbitro se coloca também como característica essencial do procedimento arbitral. Cabe a esse ocupar lugar equidistante dos envolvidos, de modo a proferir uma decisão justa e independente dos interesses pessoais das partes. Não se admite que elas exerçam qualquer tipo de controle ou tenham relacionamento pessoal com o árbitro, justamente em vistas de se afastar a parcialidade do julgador (SALLES, 2011, p. 50-51). Também não se admite que ele possua preconceitos ou restrições em relação a uma das partes, porque essa conjuntura pode gerar uma parcialidade inversa (SALLES, 2011, p. 184). O princípio da imparcialidade conjuga o critério ético e técnico: o primeiro em razão da diligência e probidade que é exigida e o segundo em razão da tutela jurídica justa que deve ser alcançada (MUNIZ, 2006, p. 80).

Em vistas de efetivar essa premissa, a Lei geral de Arbitragem estabeleceu critérios que impedem a atuação de determinadas pessoas como árbitras. Conforme norma do artigo 14, estão impedidos de atuar como árbitros os indivíduos que tenham relação com as partes ou com a própria demanda, por exemplo. A estas restrições devem ser acrescidas aquelas que indicam impedimento e suspeição estabelecidas para os juízes que atuam em processo judicial enumeradas nos artigos 144 e 145 (Lei 13.105/15, CPC). Caso exista qualquer situação que possa gerar dúvidas com relação à imparcialidade do árbitro, cabe a ele mesmo revelar a circunstância e não aceitar a função (artigo 14, § 1°, Lei 9.307/96).

Quanto a confidencialidade esta consiste na proibição de divulgar quaisquer informações obtidas e documentos produzidos durante o procedimento. Na análise da Lei n. 9.307/96, verifica-se que apenas no artigo 13, § 6°, o legislador dispôs acerca da necessidade de que os árbitros atuem com discrição. Esse comportamento é exigido apenas em relação ao julgador e pode ser considerado como a necessidade de sigilo com relação àquilo que ele tem acesso (MAROLLA, 2016, p. 153-154). Apesar de não haver previsão expressa na Lei de Arbitragem é possível que as partes assim convencionem. Mesmo não sendo obrigatória, trata-se de uma tendência em razão da proteção conferida às negociações, estratégias de mercado que possam ser abordadas e informações íntimas das partes (FLAUSINO, 2015, p. 119). "[...] Nas relações comerciais, o sigilo se mostra

oportuno pois, além de evitar disputas públicas que possam prejudicar a reputação e a imagem das partes no mercado, ele se presta a proteger segredos industriais e comerciais" (MAROLLA, 2016, p. 151).

4. REGIME JURÍDICO DA ARBITRAGEM NA ESFERA PÚBLICA

Considerando o regime jurídico da arbitragem para solução extrajudicial na esfera privada, nos aspectos já tratados no tópico anterior, segue a pesquisa para avaliar se este regime pode ser aplicável, integralmente, para arbitragem em negócios jurídicos públicos.

Quanto a regra da autonomia da vontade das partes, no âmbito público, não apresenta a mesma amplitude da esfera privada em razão do princípio da legalidade previsto no caput do artigo 37, CF/88. Enquanto que para os particulares deve-se respeitar a manifestação livre da vontade, cabe ao administrador público atuar nos estreitos limites da lei, mesmo diante da discricionariedade. Esta existe quando o gestor público tem competência para escolher entre mais de um caminho possível. Meirelles (2016, p. 123) explica que "se a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe confere essa faculdade". Assim havendo autorização legal poderá o administrador público firmar negócio jurídicos que prevejam cláusula compromissória arbitral.

Esta competência está expressa, por exemplo, no artigo 23-A da Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Segundo o dispositivo, "o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem" (BRASIL, 1995). No mesmo sentido, o artigo 11, inciso III da Lei n. 11.079/04, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, previu a faculdade da Administração Pública estabelecer ou não na minuta do contrato, constante no instrumento convocatório da licitação, o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem.

Por não haver previsão legal específica com relação ao(s) procedimento(s) que deve(m) ser pactuado(s), entende-se que devem ser aplicadas as regras gerais estabelecidas na Lei 9.307/96 desde que sejam compatíveis com o regime geral administrativo, entre eles: a impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade, motivação.

Quanto à decisão proferida pelo árbitro ser definitiva e ao afastamento da jurisdição estatal na arbitragem, nos termos Lei n. 9.307/96 acima analisados, há divergência quanto a estas regras serem aplicadas à arbitragem nos negócios públicos. Os argumentos que não reconhecem como válida a cláusula de afastabilidade de controles são no sentido de que estes são estruturas do regime jurídico público. Todo o agir público está submetido aos controles internos pelo próprio Executivo e ao controle externo pelo Legislativo (incluindo o Tribunal de Contas), Judiciário, Ministério Público e sociedade (controle social).

Com relação ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, por exemplo, a decisão arbitral pode ser avaliada quanto aos critérios de legalidade e economicidade. No âmbito do Judiciário, a Lei nº 9.307/95, estabelece em seus artigos 32 e 33 a possibilidade de que seja declarada nula a sentença arbitral com fundamento em várias situações que devem ser entendidas como rol exemplificativo. Quanto ao controle social das decisões arbitrais é possível por meio de denúncias de eventuais ilegalidades.

Outros argumentos defendem ser imprescindível observar a cláusula de afastabilidade do Judiciário e a decisão proferida pelo árbitro ser definitiva, em casos não previstos pela Lei 9.307/95. Os argumentos em favor de que a arbitragem se realize nos exatos termos do seu regime jurídico previsto em lei, estão os da segurança jurídica, previsibilidade contratual, celeridade processual, economicidade e eficiência. Resolver o conflito na esfera extrajudicial é da essência da arbitragem e somente em caso de comprovada ilegalidade é que tal regra poderia ser desconsiderada. Entende-se que essas regras se coadunam com a administração pública, especialmente, diante de uma proposta de administração gerencial.

Quanto às regras sobre o árbitro na arbitragem pública, é aplicável a exigência de especificidade, de qualidade técnica e da confiança. O fato do procedimento possuir um julgador com maior técnica permite que a decisão alcance a melhor resolução para preservar o interesse público. Para exemplificar, diante de concessão em que se define revisão tarifária por meio da arbitragem o árbitro precisa ser escolhido em razão do seu conhecimento para que a tarifa seja legal e justa. Além da qualidade técnica deve a imparcialidade ser observada na condução do procedimento, com tratamento isonômico e sem apontamentos pessoais em relação aos envolvidos (FLAUSINO, 2015, p. 70), ainda que se trate da própria Administração Pública.

A confidencialidade é regra atinente à arbitragem que não se compatibiliza com a presença da Administração Pública neste procedimento. Tal incompatibilidade foi reconhecido na Lei de Arbitragem, em seu artigo 1°, § 30 nos seguintes termos: "a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. Assim, ao exigir a publicidade, há conformidade com a regra da transparência que compõe a estrutura do regime geral da administração pública. A publicidade dos atos administrativos é medida que se impõe, mesmo diante do procedimento arbitral, tendo em vista que essa garante transparência dos atos públicos e possibilidade de responsabilização em situações ilegais e de desrespeito ao interesse público.

Na esfera administrativa só se admite sigilo quando for "imprescindível à segurança social e do Estado", conforme artigo 7°, § 1° da Lei n. 12.527/11, que regula o acesso a informações (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 117). Caso o objeto da demanda exija sigilo em razão da preservação da segurança social e do Estado, é fundamental que a cláusula de sigilo seja amplamente motivada, a fim de não gerar anulação posterior da convenção de arbitragem por parte do Judiciário. Há contratos celebrado com a Administração Pública que devem ter sua privacidade preservada. Marolla (2016, p. 157-158) muito bem explica essa situação quando afirma que:

[...] o dever da Administração de fornecer informações não exclui as demais hipóteses legais de sigilo, nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, por pessoa natural ou por entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público. Caso existam, na arbitragem, documentos que, de alguma forma, veiculem segredo industrial ou comercial, há, de outra parte, dever legal imposto à Administração Pública de manutenção do sigilo, não em razão da arbitragem, mas da Lei de Acesso à Informação.

Sendo assim, a confidencialidade, fundamento da regra que não permite a divulgação de informações, dados, sem autorização do seu titular, diante dos negócios públicos não poderá ser aplicada irrestritamente.

5. CONCLUSÃO

No Brasil, a reforma administrativa gerencial teve como marco legal a Emenda Constitucional n. 19/98, que introduziu o valor da eficiência dentre as premissas da administração pública. O regime jurídico administrativo gerencial não retirou controles tradicionais, mas sim acrescentou o dever de justificar as escolhas públicas por meio de outros valores de igual envergadura: economicidade, razoabilidade, responsabilização e eficiência. Dentre as mudanças promovidas com a reforma regencial, a pesquisa deu destaque para a possibilidade de que a Administração Pública se valha de meios privados de solução de conflitos para solucionar demandas em que faça parte.

Destacou-se que aqueles que firmam contratos com o poder público, pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito privado, podem se valer desses mecanismos, para solucionar demandas derivadas de contratos administrativos. Todas essas pessoas atendem ao critério subjetivo para utilização da arbitragem, ou seja, possuem capacidade contratual. Ainda que se trate da Administração Pública, a pesquisa demonstrou a possibilidade de que essa também opte pela resolução extrajudicial de conflitos, vez que, além de possuir capacidade contratual, já existe disposição expressa na Lei de Arbitragem assegurando essa possibilidade (artigo 1°, § 1°, Lei n. 9.307/96 alterado pela Lei n. 13.129/15).

Para que o conflito seja submetido ao juízo arbitral, faz-se necessário que o objeto seja patrimônio disponível, ou seja, que possa ser valorado economicamente e que os envolvidos tenham plena disposição. Quando presente na contenda a Administração Pública, será considerado patrimônio disponível o objeto que possa ser valorado economicamente, seja bem público dominical, sem afetação pública, ou, caso se trate de discussão atinente ao âmbito dos contratos administrativos, que a cláusula esteja dentre aquelas financeiras, que garantem a manutenção da equação econômica do contrato.

Dentre os valores centrais da arbitragem passíveis de avaliação destacou-se na pesquisa que o regime jurídico na esfera privada exige as características da preponderância da autonomia da vontade, exclusão da jurisdição estatal, especialidade e imparcialidade do árbitro, confidencialidade e definitividade da decisão arbitral. O estudo apontou que as características do processo são compatíveis com a presença da Administração Pública, entretanto merecem ajustes em razão do regime jurídico de direito público.

O regime jurídico na esfera pública exige que o procedimento arbitral sofra algumas adequações. A autonomia da vontade se submete ao princípio da legalidade e ao estabelecimento da pessoa jurídica competente para instituir a convenção de arbitragem. Essa, conforme mencionado, será aquela competente para a realização do contrato administrativo,

sendo admitida a delegação de competência. Na minuta do contrato, deve constar a preferência do uso da arbitragem, mas tal fato não afasta a possibilidade posterior de controle exercido pelo Tribunal de Contas, Ministério Público, Poder Judiciário e pela sociedade. A publicidade do processo deve ser regra, mas caso haja dados relativos ao desenvolvimento econômico da empresa e segredos mercadológicos, deve ser garantida a privacidade da pessoa jurídica de direito privado. Pactua-se a discussão acerca do uso da arbitragem no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais com as conclusões de que a possibilidade vai de encontro com os princípios da nova administração pública gerencial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 335-349.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. Campinas: Red livros, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coods.). Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 207-228.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 set. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976 [...]. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 mai. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 04 fev. 2021.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 32, n. 128, p. 63-67, out./dez. 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A arbitragem em contratos administrativos - repercussões da nova Lei n. 13.129, de 16.5.15. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.). Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 273-285.

______, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FLAUSINO, Vagner Fabricio Vieria. Arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada. Curitiba: Juruá, 2015.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de arbitragem*: doutrina, legislação, jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, v. 21, p. 141-148, mar. 2002.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. A arbitragem e os contratos da administração pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo de. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, jul./set. 1997.

MUNIZ, Tânia Lobo. Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96. Curitiba: Juruá, 2006.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. *Curso de direito civil*: parte geral. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SANTIAGO, Rafael da Silva. Arbitragem e regulação: uma análise da aplicação do juízo arbitral no setor das telecomunicações. *Revista de Direito*, *Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 177-230, jan./dez. 2014.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de levantamento n. 008.402/2005-4. Interessado: Congresso Nacional. Entidades: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT e 19ª Unidade de Infraestrutura Terrestre. Relator: Augusto Nardes. Brasília, 05 de setembro de 2006. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcess o?p1=8402&p2=2005&p3=4>. Acesso em: 02 abr. 2021.

RECEBIDO EM: 11/09/2019 APROVADO EM: 08/11/2019

SUB-ROGAÇÃO UTERINA: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE CONTRATUAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA PORTUGUESA

UTERINE SURROGACY: CONSTITUTIONALITY ANALYSIS OF THE CONTRACT FOLLOWING THE PORTUGUESE CONSTITUTIONAL COURT'S CASELAW

Margareth Vetis Zaganelli

Pós-Doutora em Direito pela Università degli Studi di Milano-Bicocca, pela Alma Mater Studiorum Università di Bologna e pela Università degli Studi Del Sannio (Itália). Doutora em Direito (UFMG). Mestra em Educação (UFES). Professora Titular de Direito Penal, Bioética e Direito Comparado (UFES). Professora Visitante da Università degli Studi di Milano-Bicocca, da Alma Mater Studiorum Università di Bologna e da Università degli Studi Del Sannio (Itália). Colaboradora do Projeto Erasmus+ Jean Monnet Module Emerging "Moral" Technologies and the Ethical-legal Challenges of New Subjectivities.

Lara Abreu Assef

Graduanda em Direito - Universidade Federal do Espirito Santo - UFES

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos Gerais E Historicidade Da Prática De Sub-Rogação Uterina; 2 Caracterização Do Tipo Legal Da Gestação De Substituição; 2.1 Hipóteses De Admissibilidade; 2.2 Cláusulas De Observância Obrigatória; 3 Ação Direta De Inconstitucionalidade; 3.1 Limites À Autonomia Das Partes; 3.2 Possibilidade De Livre Revogação; 3.3 Efeitos Da Nulidade Do Contrato; 4 Notas Conclusivas: Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por cerne tecer uma análise acerca da constitucionalidade das normas que disciplinam a celebração de contrato de gestação de substituição (GS), à luz da recente decisão do Tribunal Constitucional da República Portuguesa, em seu Acórdão n.º 225/2018. Com tal intento, o estudo doravante apresentado encarregase de expor falhas e contradições enredadas no negócio jurídico da GS, regulamentado anteriormente nas disposições legislativas n.º 32/2006 (Lei de Procriação Medicamente Assistida – PMA) e n.º 25/2016 do sistema jurídico português. Em um primeiro momento, colocam-se sob averiguação os aspectos gerais do procedimento e sua histórica incorporação ao ordenamento jurídico, elencando seus requisitos de validade. Em sequência, põe-se em xeque não apenas a nocividade das normas da Lei de PMA à autonomia das partes, mas também a necessidade assídua de adimplência contratual, em sua bilateralidade, no tangente à possibilidade de interrupção voluntária da gravidez ou revogação do acordo. Destarte, com vistas a realizar seus propósitos a contento, o trabalho faz uso de metodologia qualitativa, de cunho bibliográfico e documental, para fundamentar a tese defendida, a saber, a lesão configurada pela indeterminabilidade normativa da contratualização da sub-rogação aos direitos personalíssimos das partes contratantes.

PALAVRAS-CHAVE: Sub-rogação uterina. Maternidade de substituição. Revogabilidade contratual. Procriação Medicamente Assistida. Tribunal Constitucional da República Portuguesa.

ABSTRACT: The present article is intended to develop an analysis of the constitutionality of the legal statement that disciplines the celebration of contracts of gestational surrogacy, following the understanding of the recent decision of the Constitutional Court of the Portuguese Republic, in its Judgement n.° 225/2018. Thusly, the study henceforth presented aims to expose failures and contradictions included in the transaction of the surrogate motherhood, regulated previously by the legal provisions n.° 32/2006 (Law of Medically Assisted Pregnancy

– MAP) and n.° 25/2016 of Portugal. At first, it is mainly exposed a brief description of the general characteristics of the procedure and its historical incorporation in the juridical system, showing all of the validity requirements. Furthermore, it is discussed, besides the harmfulness of the Law of MAP to parties' autonomy, the need of assiduous compliance to the contract, in its both sides, regarding the possibility of voluntarily interrupting the pregnancy or the revoking the legal deal. Therefore, the work is guided by a qualitative methodology, using bibliographic and documental research, providing juridical basis to the defended thesis, namely, the injury caused by the indeterminability of surrogacy business to the personal rights of contracting parties.

KEYWORDS: Uterine surrogacy. Gestational surrogacy. Revocability of contract. Medically Assisted Pregnancy. Constitutional Court of the Portuguese Republic.

INTRODUÇÃO

Designada por um extenso rol de nomenclaturas alternativas, tais quais "barriga de aluguel", maternidade sub-rogada, gestação de substituição, dentre outros, a prática medicamente assistida da sub-rogação uterina tem se mostrado como uma tendência hodierna de mitigação da infertilidade de casais heterossexuais, bem como da impossibilidade natural da reprodução homoafetiva e das barreiras à constituição de famílias monoparentais.

Graças à sua efervescência na vida contemporânea, a prática empedernida no organismo social desde os tempos primevos da humanidade fora juridicizada em alguns ordenamentos jurídicos a fim de propiciar maior segurança às partes enredadas. A reprodução assistida sub-rogada foi incorporada a certos ordenamentos jurídicos, visto que se fez necessário garantir a observância integral do contrato firmado previamente ao procedimento reprodutivo, seja por parte dos beneficiários, seja por parte da gestante solidária. No entanto, há de se constatar a existência de países que vedaram expressamente em normatividade jurídica a possibilidade de realização da sub-rogação uterina, além dos que omitem posicionamento legal acerca da técnica da gestação de substituição (GS), relegando-a ao campo da informalidade.

Valendo-se, como premissa inicial, da pluralidade de acepções jurídicas da GS que notavelmente permeia o âmbito do Direito Internacional Privado, subsegue-se uma discussão direcionada estritamente à abordagem de tal método reprodutivo no ordenamento jurídico da República Federativa de Portugal. Ganha, pois, eminente relevância uma análise axiológica e teleológica das disposições legais que disciplinam a matéria, tendo por foco inquerir criteriosamente se há correspondência da legislação nacional em voga com os princípios fundamentais da liberdade e dignidade humana, bem como assegurar o cumprimento da tutela da infância e juventude pelo Estado, balizandose tanto pela Constituição Portuguesa quanto por diversos tratados internacionais dos quais foi signatária a Nação Lusitana.

No mesmo espectro, traz-se à pauta de apreciação o Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa, ao exortar o entendimento majoritário judicial de deferir a inconstitucionalidade parcial de normas seletas da Lei de Procriação Medicamente Assistida (PMA), cuja redação original fora alvo de reformulações. Dentre os artigos tidos por inconstitucionais, verificam-se alguns dos dispositivos que tratam fragmentariamente da GS, culminando na transformação do ato jurídico supracitado em um "invólucro vazio", espécie de cápsula desprovida de conteúdo (GUIMARÃES, 2018, p.197).

Sob a exposta ótica, colocam-se, em primeiro momento, sob averiguação os aspectos gerais do procedimento e sua histórica incorporação ao ordenamento jurídico, elencando seus requisitos de validade. Em sequência, põe-se em xeque a lesiva vagueza da Lei de PMA, reiteradamente frisada pelo supracitado Acórdão, dando-a por inconstitucional. Discute-se não apenas a nocividade das normas à autonomia das partes, mas também a necessidade assídua de adimplência contratual, em sua bilateralidade, no tangente à possibilidade de interrupção voluntária da gravidez ou revogação do acordo.

Com vistas à realização dos propósitos a contento, deu-se, no presente artigo, uma investigação de natureza mista: bibliográfica e documental. O estudo dimana, pois, de pesquisas analíticas de documentos jurídicos públicos que disciplinam a matéria e de bibliografia científica acerca das novas possibilidades médicas de reprodução, veiculadas em livros, revistas e artigos. Parte-se, não obstante, de metodologia qualitativa, tomando por sustentáculo primordial o aprofundamento sistemático e categorizado da prática da sub-rogação uterina em diferentes circunstâncias espaciais e temporais. Provê-se, assim, sustentação teórica e embasamento jurídico para a tese defendida, a saber, a lesão configurada pela indeterminabilidade normativa da contratualização da sub-rogação aos direitos personalíssimos das partes enredadas.

1. ASPECTOS GERAIS E HISTORICIDADE DA PRÁTICA DA SUB-RO-GAÇÃO UTERINA

Vulgarmente conhecida por "barriga de aluguel" — nada obstante suas alternativas nomeclaturas, tais quais gestação de substituição (GS), cessão temporária de útero, maternidade de empréstimo, gravidez subrogada *etc.* — a técnica reprodutiva da sub-rogação uterina define-se tecnicamente pela gestação suportada por terceira, cedente de útero, a requerimento de indivíduo ou casal beneficiário, mediante impedimento biológico de fertilidade (DANTAS, 2014).

Ainda no entendimento da autora, a maternidade sub-rogada é passível de subcategorização, configurando três distintas espécies admissíveis. A sub-rogação total ou gestacional seria aquela em que o recurso é feito exclusivamente ao espaço intrauterino da gestante solidária, o que implica constatar que o material genético utilizado na concepcão do embrião é proveniente dos requerentes, em totalidade. A partir da fertilização *in vitro*, espermatozoide e óvulo do casal são unidos e implantados no corpo de terceira. Por sua vez, a sub-rogação parcial permite a participação genética da mãe de substituição, visto que é apenas utilizado o gameta masculino dos beneficiários. Injeta-se este artificialmente na gestante substituta, cujo óvulo participa do processo da fecundação. Há, por fim, a possibilidade de haver recurso genético a material gamético completamente exterior, isto é, utilização de espermatozoides e óvulos advindos de doadores anônimos, alheios ao acordo gestacional.

Entende-se, portanto, tal procedimento, como um novo horizonte, aberto pelas hodiernas possibilidades da ciência biomédica desenvolvida, para a dirimência de inviabilidades reprodutivas. Ao contar com uma assitência integral dos profissionais da área, bem como com uma garantia jurídica de adimplemento das cláusulas negociais (em se tratando de países que admitem a contratualização da GS), os pais volitivos podem maximizar as chances de sucesso gestacional e ainda participarem geneticamente na concepção dos filhos.

Conforme Oliveira (1992), a sub-rogação de útero tem sua origem mais primeva no chamado adultério consentido, prática deveras antiga e, pois, tradicionalmente executada no seio social. Nessa lógica, esse acordo consiste no trato firmado entre a esposa infértil e seu marido, dandolhe autorização para relacionar-se com outra mulher, desde que sob o pressuposto de considerar filha do casal a criança nascida. Indícios há de que remonta à era pré-cristã, como relata a passagem bíblica da Sagrada Escritura, em seu primeiro Livro:

Sarai, mulher de Abrão, não lhe tinha dado filhos; mas, possuindo uma escrava egípcia chamada Agar, disse a Abrão: 'Eis que o Senhor me fez estéril; rogo-te que tomes minha escrava, para ver se, ao menos por ela, posso ter filhos.' Abrão [...] aproximou-se de Agar e ela concebeu [...]. (BÍBLIA..., 1998)

Nesse diapasão, verifica-se uma herança secular que faz perdurar no corpo social o intenso anseio de superação das barreiras à reprodução. Sob a ótica de Carneiro (2013), a condição infértil supera o mero *status* de doença, no que concerne a saúde pública. Diz respeito a aspectos socioeconômicos e psicológicos, produzindo efeitos a nível individual, bem como repercutindo na esfera familiar dos que almejam à paternidade. Destarte, infere-se a importância desse legado no fomento de pesquisas científicas na área.

Muito embora datem do século XVIII¹ as primeiras experimentações com fluidos seminais e óvulos, na tentativa de artificialização da procriação humana (VERDI e MEDEIROS, 2010), é com o advento da modernidade, mais precisamente após meados do século XX², que passa efetivamente ao domínio da medicina a execução de técnicas de PMA, v.g. a inseminação artificial, fertilização *in vitro* (FIV) e criopreservação embrionária (ANJOS, 2011). Em Portugal, objeto do presente artigo, deu-se em 1985, sob direção do Prof. Dr. Pereira Coelho, o primeiro ciclo de FIV, no Hospital de Santa Maria (CARNEIRO, 2013).

No entanto, ainda havia de se atenuar barreiras enfrentadas por solicitantes homossexuais, indivíduos solteiros e mulheres incapazes de suportar um processo gestacional por ausência de útero, patologia uterina de tratamento cirúrgico ou contraindicações médicas à gravidez por diabetes grave ou insuficiência renal (FERNANDES apud CABRAL; MOREIRA e ZAGANELLI), fazendo despontar a técnica propriamente médica da GS entre o público elencado.³

2. CARACTERIZAÇÃO DO TIPO LEGAL DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

¹ É no ano de 1779 que o monge Lazzaro Spallanzani demonstra a viabilidade da primeira bem-sucedida inseminação artificial, em animais caninos.

² O primeiro registro que se tem de uma fertilização in vitro exitosa é de 1978, enquanto data de 1983 a primeira gestação provinda de embriões criopreservados.

³ É possível extrair da passagem uma justificativa para o caráter subsidiário, em vez de alternativo, da GS, haja vista sua prescrição taxativa e restrita ao intuito de suprir insuficiências biológicas, vedando seu recurso por mera vaidade, v.g. por questões estéticas.

Em primeiro plano, destaca-se a necessidade de constante atualização dos dispositivos de lei em face das transformações incessantes que fervilham na sociedade hodierna, encarregando ao direito a missão de atenuar uma defasagem, quase que inevitável, em relação ao cenário político, econômico e científico que o rodeia. Em conformidade com Sá Júnior (2013), é característico de uma sociedade politicamente organizada a constância das mudanças de valores e de aspectos culturais, morais e sociais, ao passo do pensamento preponderante em determinada época. A força motriz, destarte, da ciência jurídica seria o desafio da adequação, sob pena de perder sua função primordial de regulamentação de condutas e tornar-se uma ciência inócua e abstrata.

Não seria, pois, diferente o entendimento acerca das hodiernas possibilidades reprodutivas. Nas palavras de Verdi e Medeiros (2010, p. 3130):

Com a possibilidade de novas formações familiares, estas passam a exigir legitimidade pelo Estado, o que nos leva à necessidade de verificação do aparato legal que serve de suporte para essas novas famílias, em especial as advindas com as técnicas de RHA [reprodução humana assistida].

Resta assim nítida a premência de incorporar ao sistema jurídico a devida regulamentação normativa das variadas espécies de reprodução assistida. Tal foi o entendimento do legislador português ao elaborar, em 26 de julho, a Lei de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006), que dispõe cláusulas de observância cogente no que tange a tais procedimentos. Ademais, destaca-se a criação do Conselho Nacional de PMA (CNPMA), nos termos do Capítulo IV, órgão de competência absoluta para supervisão dos aspectos éticos, sociais e legais.

No entanto, é expressamente defeso, em seu artigo 8°, o contrato de sub-rogação uterina, tornando "nulos os negócios jurídicos gratuitos ou onerosos, de *maternidade de substituição*" Nesse sentido, "a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer". Assim, perdura uma década o procedimento no campo da ilegalidade, até que, a partir da edição de sua redação original pela Lei n.º 25/2016, a Lei de PMA passa a balizar também a relação contratual da *gestação de substituição*. A técnica em voga foi descrita como qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar um processo gestacional por outrem, comprometendo-se a entregar a criança após o parto e, consequentemente, abdicando dos poderes e deveres próprios da maternidade.

O fenômeno exposto rompe o princípio até então intangível do mater semper certa est⁴, desafiando os tradicionais paradigmas jurídico-familiares com a definitiva cisão entre os conceitos de maternidade e gestação (MOINHOS, 2017). Nota-se que, ao substituir-se o primeiro termo pelo segundo, o ordenamento jurídico ultrapassa a noção consolidada no âmbito do direito de filiação português de que a maternidade se impõe ope legis, isto é, por força de lei⁵, mediante o critério determinante do parto e a despeito da vontade dos enredados (PEREIRA, 2018). Corrobora-se, assim, o entendimento exortado pelo Parecer n.º 63/2012 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) de que em Bioética, nenhuma escolha semântica é indiferente.

2.1. HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE

A fim de se enquadrarem no tipo legal do art. 8.º da Lei de PMA, os procedimentos de sub-rogação devem atender a certos requisitos de subsunção:

[...] casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez. [...] A admissão da celebração de negócios jurídicos nestas circunstâncias tem caráter excecional e serão sempre de natureza gratuita. Além do mais, a sua celebração carece de autorização prévia do CNPMA, a qual deverá ser precedida por uma solicitação de parecer à Ordem dos Médicos (PEREIRA, 2018).

Nota-se, não obstante estrita permissão às mulheres com impedimentos biológicos uterinos⁶, a invariável necessidade de a GS gozar de natureza gratuita. Vale, porém, a ressalva de que serão devidamente cobertas pelos beneficiários as despesas arcadas pela gestante, em decorrência do acompanhamento de saúde prestado, incluindo transporte – vide o n.º 5 da nova redação do artigo 8º.

A proibição de onerosidade contratual tem por intento erradicar hipóteses de mercado reprodutivo, verificado em países de legislação omissa ou permissiva de pagamento contraprestativo. Entende-se a sub-

⁴ Brocardo em latim que significa "A mãe é sempre certa" (tradução livre).

⁵ O Código Civil português de 1966 assegura sempre a filiação à gestante, vide o seu artigo 1796.

⁶ Mais tarde, porém, o Decreto Regulamentar n.º 6 de dezembro de 2016 dispõe em seu texto preambular o alargamento do âmbito de beneficiários "garantindo o acesso de todos os casais e todas as mulheres à PMA, independentemente do seu estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade", visando à garantia do "princípio da igualdade no acesso às técnicas de PMA". Sobre o tema, consultar Guimarães (2018).

rogação uterina remunerada como fonte de vício de consentimento da mulher geradora, assumindo, em virtude de fraqueza ambiciosa, prestação manifestamente desproporcional (OLIVEIRA, 1992). Estaria ainda sob risco de consubstanciação de uma rede sistemática de exploração econômica das mulheres de estrato social inferior (DANTAS, 2014). Pontua-se, assim, que contribui a tal propósito a defesa do ato da sub-rogação nos termos do n.º 6, art. 8º, quando comprovadamente existir relação de subordinação laboral ou de prestação de serviços entre contratantes.

Outra condição regida pela supracitada lei, é a participação genética dos pais volitivos, vide n.º 3 do art. 8º, impondo-se o recurso aos gametas de ao menos um dos requerentes, bem como a proibição da gestante à cessão de óvulos. Assim, uma vez vedada a sub-rogação dos tipos parcial e anônima, garante-se não só a extensão do laço parental entre criança e beneficiários para além do âmbito socioafetivo, mas também uma maior desconexão entre gestante e nascituro, contribuindo para dirimir eventuais conflitos de parentalidade.

É, por fim, imperativo que não sejam impostas à gestante quaisquer condições restritivas de comportamento, direitos e liberdade individual, ou atentem contra a dignidade humana, conforme disposto em n.º 11 do artigo 8º.

2.2. CLÁUSULAS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA

Com vistas ao alcance de plena validade e legitimidade, os negócios de GS devem também observar as prescrições de cunho processual, uniformizando efetivamente o tratamento legal dispensado aos procedimentos de sub-rogação.

Sob essa perspectiva, deve-se atentar ao número 4 do artigo 8°, que prevê a exigibilidade da avaliação jurídica das solicitações de GS pela Ordem dos Médicos e CNPMA, respectivamente. A imprescindibilidade do crivo do Conselho – cujas competências dita o art. 30. – tem primordialmente por finalidade fixar as condições sob as quais se ministrarão as técnicas de PMA nos centros autorizados, aprovar os documentos de disposição de consentimento das partes, garantir a rígida aplicação da lei e centralizar informações de registro dos enredados, a saber, os dadores, a gestante, os beneficiários e a criança nascida.

Por fim, ressalta-se a obrigatoriedade da escritura de consentimento das partes em documento formal, submetido à análise criteriosa das autoridades competentes. Nesse sentido, gozam de eficácia e legitimidade

os negócios jurídicos de GS que positivem as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações, doenças fetais ou interrupção voluntária da gravidez, além da prestação de informações à gestante de sua incontestável influência no desenvolvimento fetal⁷. São, assim, cominados com nulidade os contratos que desrespeitarem as prescrições da referida lei e punidos com sanções penais aqueles que se orientarem por conduta transgressora, v.g. concretizando ou promovendo negócios de PMA, fora dos padrões legais – conforme artigo 39.

3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Em cinco (05) de julho de 2018, veio o Tribunal Constitucional da República Portuguesa (TC) a publicar em Diário Oficial o Acórdão n.º 225/2018, acordando os Deputados à Assembleia da República em requerer a declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei n.º 32/2006 (Lei de PMA). Foram postas em xeque as epígrafes: (a) Confidencialidade, disciplinada pelos n.ºs 1 e 4, art. 15, n.ºs 1 e 2, art. 10, e n.º 1, art. 19; (b) Determinação da parentalidade, regulamentada pelo n.º 3, art. 20; (c) Gestação de substituição, balizada pelos n.ºs 1 a 12, art. 8° e, consequentemente, demais normas que rijam a técnica.

Muito embora seja de inegável relevância uma discussão totalizante acerca do Acórdão, o presente trabalho debruçar-se-á especificamente sobre a análise pormenorizada da constitucionalidade do procedimento de sub-rogação uterina. Nesse diapasão, merece pauta inicial o fato da gestação de substituição, por si só, não representar espécie alguma de violação ao princípio supremo da dignidade humana, salvaguardado tanto pelas prescrições constitucionais pátrias quanto pelos tratados internacionais ratificados pela República Portuguesa.

Na resolução consensual da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de novembro de 1950, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) positiva no art. 8.º o respeito absoluto pela vida privada familiar, vedando a ingerência de autoridade pública no assunto, salvo exigência legal. Nos numerosos casos em que fora convocado, o TEDH manifestou-se no sentido de salvaguardar os direitos dos envolvidos (beneficiários, gestante e, mormente, criança). Extrai-se

^{7 &}quot;A este respeito, refere ANTUNES VARELA: "...entre a mulher que amadurece no seu útero o ovócito fornecido por uma outra mulher e a criança que nasce do seu ventre há um elemento real de importância capital na relação de filiação, que é a vida intrauterina do embrião, a ligação intensa permanente entre o ser que se forma e o corpo humano que dentro das suas entranhas lhe dá vida'." (PORTUGAL, 2018, p. 6)

de sua jurisprudência que o não reconhecimento da filiação aos paisbeneficiários implica dano intolerável ao direito personalíssimo da criança, graças à impossibilidade de definir-se como sujeito identitário⁸.

Fundamenta-se a legitimidade do procedimento de PMA no princípio da subsidiariedade do processo, isto é, a permissão do recurso à sub-rogação exclusivamente mediante restrições biológicas ao processo gestacional. Dessa forma, são tutelados: os interesses de eventuais beneficiários, que tenham a GS como alternativa ímpar de concretização dos direitos personalíssimos de procriar e constituir família; as aspirações das gestantes, que desejem concretizar seu direito à autonomia e liberdade pessoais pelo ato solidário; e a dignidade das crianças nascidas, integradas nas famílias requerentes. Em parecer prestado em 2012, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) reitera:

[a] motivação, a intenção e o interesse de quem recorre às técnicas de PMA para gerar um novo ser é sempre uma motivação de benefício, de realização ou de satisfação pessoais e que se traduz na intenção de procriar, de gerar descendência, de assumir maternidade ou paternidade, de constituir família, [...] acompanhado da convicção [...] de que o projeto parental será igualmente bom para o novo ser (Parecer n.º 63/CNECV/2012).

Procedendo a análise dos tópicos expostos, deve-se, primeiramente, enunciar que é direito consagrado na Constituição da República de 1976, em seu artigo 36. n.º 1, ab ovo, a garantia da constituição de entidade familiar por todos, indiscriminadamente. Nesses termos, configura-se lesão aos aspectos pessoais do cidadão uma eventual proibição de seu direito reprodutivo, v.g. a vedação da maternidade sub-rogada, que porventura relegaria os biologicamente impossibilitados em condição alheia ao exercício do direito à família.

Em segundo plano, ressalta-se que, vide o artigo 27. da Lei Maior Portuguesa, ninguém pode ser privado de sua liberdade, integral nem parcialmente, salvo por consequência de sentença judicial condenatória. Por consequência, é nítido que a mulher idônea, cidadã adimplente e proba,

⁸ Em complementariedade, vale também a consulta ao artigo 12. do referido documento, o CEDH, que preconiza o direito de homens e mulheres, "a partir da idade núbil", de celebrar casamento e constituir uma família, "segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito". Assim, estaria perfeitamente acobertado por normas internacionais, jus cogens, a garantia estendida a todos os cidadãos de que possam organizar-se em núcleo familiar, recorrendo, se preciso, às técnicas de PMA.

tem pleno gozo de sua liberdade, inclusive, da liberdade de disposição do corpo para suportar uma gravidez para outrem, a título gratuito e solidário:

[...] o papel da mãe substituta [...] é de total entrega e altruísmo, todavia que enfrenta uma gravidez [...] em prol do amor, da compaixão e da caridade ao próximo, quando algumas vezes esse próximo nem [...] é de sua família (MACÊDO, 2015).

Caracteriza-se assim, uma relação de gestação de substituição aceitável no seio social e jurídico⁹, haja vista que reduz a ocorrência de negócios onerosos e abusivos que impliquem instrumentalização da mulher¹⁰. Por conseguinte, a GS figura não apenas como procedimento médico mantenedor da intangibilidade da dignidade humana, mas como exercício pleno deste atributo (GUIMARÃES, 2018).

No mesmo entendimento, é pontuado que, no domínio da bioética, a adequação da fórmula do objeto¹¹ para a densificação do princípio da dignidade humana suscita uma posição de reserva e afastamento de aplicação. Significa dizer que não caracteriza violação da dignidade a disposição do corpo ou qualquer autolimitação de liberdade individual quando há livre consentimento da pessoa a ser instrumentalizada. Defende-se ainda que só há lesão quando decisivamente se presencia elemento de coisificação ou humilhação, analisando o "significado social da acção" (NOVAIS *apud* CRORIE, in NETO, 2017).

Em última avaliação, vale ressaltar que, a despeito do referido Acórdão n.º 225/18 elencar a existência de estudos científicos que não só comprovam haver forte influência epigenética¹² entre gestante e feto, mas afirmam serem benéficos a manutenção e o aperfeiçoamento de tal vínculo, a síntese que se obtém é de que, além de não haver quaisquer certezas

⁹ Para Maria Raquel Guimarães (2018), estamos perante um acordo admissível no direito constitucional português, na medida em que as obrigações assumidas pela gestante não lhe conferem o direito de exigir contraprestações, mas, justamente assim, salvaguardam sua liberdade e dignidade.

São passíveis de imputação criminal os agentes que vierem a realizar procedimentos de sub-rogação fora dos moldes prescritos pela Lei de PMA, tais como aqueles que atribuam contraprestações pecuniárias à cessão de útero pela gestante, isto é, realizem-na a título oneroso – conforme o artigo 39. da referida Lei.

¹¹ Conceito de inspiração kantiana, solidificado pela doutrina de Günter Dürig, que culmina no entendimento de que um sujeito tem sua dignidade esfacelada quando é utilizado como instrumento, objecto ou simples meio (CRORIE in NETO, 2017).

¹² Nesse mesmo sentido, um estudo divulgado pela revista Development (VILELLA, 2015) mostra a ocorrência de alteração da expressão gênica e modificação do transcriptoma do embrião pelo "leite uterino" – uterine milk – que nutre o nascituro no período gestacional e é secretado pelo endométrio maternal.

científicas dos malefícios dessa ruptura, há uma inegável compensação da quebra da ligação, estritamente biológica, pelo amor e cuidado de que gozam as crianças inseridas nas famílias beneficiárias, depois de tanto sofrimento e anseio por constituir núcleo de afeto. Todavia, sob a ótica dos Deputados autores, a inexistência de incompatibilidade constitucional do modelo lusitano de gestação de substituição não exime alguns aspetos do regime jurídico de inconstitucionalidade. Desse modo, não se contesta a GS em si, mas tão somente as soluções adotadas na concretização legislativa, tais quais as pautas subsequentes.

3.1. LIMITES À AUTONOMIA DAS PARTES

O contrato firmado na celebração do negócio jurídico da GS, segundo a disposição do legislador em 2016, deve impreterivelmente conter cláusula específica que aborde as possíveis prossecuções de hipóteses de interrupção voluntária da gravidez, doença, ou malformação fetal; bem como assegurar que não se imponham restrições de liberdade, comportamento, direito ou dignidade à gestante de substituição. Não obstante, exige-se a forma escrita ao contrato, cuja aprovação é dependente do crivo do CNPMA (art. 8.º, n.ºs 4, 10 e 11).

Contudo, é notável a existência de nociva omissão legislativa no tangente a disposições materiais que venham a firmar as balizas da liberdade positiva — "as matérias a tratar obrigatoriamente no âmbito do contrato" — e negativa — "as restrições a excluir obrigatoriamente do mesmo" — das partes contratantes. Acresce-se o fato de que a referida lei não oferece "medida jurídica com densidade suficiente" para o exercício preciso e controlado das competências do CNPMA de supervisão e autorização (PORTUGAL, Acórdão n.º 225/2018, p. 63).

Muito embora seja próprio dos negócios jurídicos que em seu seio figure a autonomia da vontade como elemento essencial ao princípio da liberdade contratual¹³ (GUIMARÃES, in NETO, 2018), é inegável que a vagueza normativa do contrato de GS, graças a seu caráter *sui generis*¹⁴, é deveras nociva aos direitos fundamentais dos enredados, visto que deixa

¹³ Nada obstante assegure o art. 405. do Código Civil português (CC) que tal autonomia se restrinja aos limites da lei, ou seja, garanta que o exercício da liberdade contratual seja sempre tutelado pelos limites do ordenamento jurídico pátrio de Portugal.

¹⁴ Caracteriza-se, conforme a citada autora, um contrato bilateral imperfeito, em que não há sinalagma, ou nexo de correspectividade entre as obrigações contraídas pelas partes: enquanto a gestante presta-se a suportar uma gravidez, um facere, e a posteriormente entregar a criança, um dare, os beneficiários têm de arcar com o mero encobrimento de despesas médicas. Ademais, o negócio contratual em voga disciplina uma relação

a mercê do CNPMA, no exercício discricionário de competências, fixar balizas à autonomia das partes.

Conquanto o referido Conselho tenha disponibilizado em 2017, em sítio eletrônico, um modelo de contrato-tipo a ser adotado nas ocasiões de sub-rogação contratualizada, ainda restam indefinições materiais que violam o princípio de determinabilidade das leis, consagrados pelo texto da Constituição da República em seu artigo 2.º, corolário do Estado de direito democrático. Justifica-se, pois, a inconstitucionalidade dos números citados, em nome da preservação da segurança jurídica nos domínios da vida privada.

Dessa forma, a abrangência normativa exacerbada, além de tornar imprevisíveis aos olhos da lei os critérios adotados pelo órgão para concessão da aprovação prévia dos contratos, inviabiliza o controle da legitimidade da remissão a atos infralegislativos das condições de acesso dos cidadãos aos negócios lícitos de GS, ressaltando ainda a falta de previsibilidade de conduta dos agentes, quanto a restrições e garantias de seus direitos.

3.2. POSSIBILIDADE DE LIVRE REVOGAÇÃO

No âmbito dos direitos personalíssimos, consta disciplinado pelo art. 81. do Código Civil (CC) português a anulabilidade de toda limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade, sendo sempre revogável. Delimita-se, por conseguinte, um hiato descompassado entre o regime civilista, ao disciplinar uma eventual disposição do próprio corpo para fins de GS, e a prescrição da Lei de PMA, no n.º 4 do art. 14., que apenas assegura a revogabilidade contratual até o início dos procedimentos terapêuticos de reprodução (GUIMARÃES, 2018).

É, pois, inquirida pelo TC a eficácia dessa norma em salvaguardar integralmente a dignidade humana. Vinculando-se a admissibilidade jurídica das prestações assumidas (submissão à técnica de PMA, gravidez, parto e entrega ulterior do bebê) ao livre e esclarecido consentimento da mulher, há de se garantir que este transpareça até o perfazimento da obrigação em totalidade.

Sendo característica própria do processo gestacional a imprevisibilidade oriunda das vicissitudes do envolvimento hormonal e

jurídica que têm por objeto a viabilização da vida humana, repercutindo na esfera personalíssima da criança nascida do regime de GS.

afetivo entre grávida e embrião, não é legítimo, sequer viável, assegurar a manutenção da vontade expressa *a priori* pela gestante até a consumação da obrigação. Assim, quando não se pode livremente revogar o consentimento antes do momento dilemático da entrega da criança aos requerentes, ocorre degradação da mulher em simples instrumento, à revelia da realização de projeto alheio: espécie de *incubadora viva*, ferindo incontestavelmente o preceito de dignidade humana (SILVA, 2018).

Nesse sentido, já foi admitida, por via da elaboração do contratotipo pelo CNPMA, a resolução unilateral do contrato por interrupção voluntária de gravidez, mediante o abrigo do n.º 1 do artigo 142. do Código Penal. Porém, o exercício desse direito, embora protegido por instrumento legal geral, nem sempre isenta o titular da responsabilidade pelos danos causados a terceiros enredados, quer aos pais contratantes, quer à criança (RAPOSO in NETO, 2018).

Estaria, então, a gestante em uma situação configurada por iminente risco de afetação não consentida de sua personalidade, mediante a execução forçada do contrato ou penalização pecuniária pelo inadimplemento do mesmo, seja pela impossibilidade de existir esclarecimento, em sua completude, *ex ante* a realização total de todas as fases do contrato de sub-rogação; seja pela eventual mudança de projeto parental ou mero arrependimento da gestante.¹⁵

Sob esse prisma, os Deputados consensualmente concluem, *ipsus literis*:

Confrontando o peso das expectativas dos beneficiários protegidas pela irrevogabilidade do consentimento da gestante, com o sacrifício [...] do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade desta última determinado por tal irrevogabilidade, [...] a desproporção é manifesta. Os inconvenientes e frustrações dos primeiros não justificam a instrumentalização da segunda em ordem a evitá-los (PORTUGAL, 2018).

Em síntese, prioriza-se o pleno exercício das liberdades fundamentais da gestante, em detrimento da quebra da expectativa legítima dos pais volitivos de ter filhos biológicos, justificando a declaração de

¹⁵ Corrobora-se tal argumento com a doutrina do ramo civilista, ao dizer que a revogação consiste na voluntária destruição de uma relação contratual na hipótese de declaração do contraente oposta à primitiva que lhe deu vida (COSTA apud GOMIDE, 2009). Significa, ainda, um poder discricionário de que goza a parte, sem haver necessidade de justificativa ou fundamentação (GOMIDE, 2009).

inconstitucionalidade das normas do n.º 8, art. 8.º e n.º 5, art. 14., em nome do desenvolvimento integral da personalidade da mulher. Sob mesma razão, anula-se o n.º 7 do artigo 8.º, uma vez que, ao conceber invariavelmente a criança como filha dos beneficiários, é aniquilado o direito da gestante de constituir família.

3.3. EFEITOS DA NULIDADE DO CONTRATO

São cominados com a nulidade os regimes contratuais de GS, gratuitos ou onerosos, que não observam as disposições do art. 8º da Lei de PMA, *vide* seu n.º 12. Via de regra, tal consequência jurídica é aplicável a todo tempo¹⁶ e pode ser invocada em juízo por qualquer interessado, gozando de eficácia *ex tunc* ou retroativa. Significa dizer que se restituirá tudo aquilo que foi prestado ou, na hipótese de inviabilidade da restituição em espécie, haverá fixação de *quantum* indenizatório – conforme arts. 286 e 289 do CC).

O problema eminente assenta-se na constatação de que um dos resultados do negócio jurídico da sub-rogação uterina tem, impreterivelmente, sua realização no plano fático: o nascimento da criança. Dessa forma, verifica-se a impossibilidade incontornável de completa aniquilação dos efeitos jurídicos do contrato, culminando um quadro de indefinição normativa e insegurança jurídica.

Na ótica de Pereira (2017), a atribuição de nulidade ao contrato firmado acarreta a não produção dos efeitos jurídicos pretendidos, inclusive a disposição legal do n.º 7, art. 8º da Lei de PMA: a criança é sempre havida como filha dos requerentes. Em decorrência, constar-se-ia em registo de nascimento da criança o nome da gestante como legítima mãe. Resulta, ainda, um entendimento legislativo que imputa à *gestação de substituição* a conotação de licitude, na medida em que pressupõe contrato de entrega lícita do bebê; enquanto relega ao conceito de *maternidade* uma configuração de ilícito ou desinência criminal, haja vista o inadimplemento ou inobservância de determinada(s) cláusula(s).

Já aos olhos de Guimarães (2018), a ineficácia do negócio de GS deixa completamente lacunosa a atribuição da maternidade à criança nascida de acordo informal, método clandestino ou de contrato remunerado. Isso se deve ao fato de que o regime primevo, na redação original, prescrevia nulo

¹⁶ Vale destacar que a invocabilidade da nulidade a qualquer tempo se mostra incompatível com a disciplina legal portuguesa dos prazos prescricionais, causando antinomias no ordenamento jurídico interno.

qualquer tipo contratual de GS, implicando a imputação da maternidade àquela que deu à luz. No entanto, na alteração dada pela Lei n.º 25/2016, resta dúvida se foi contradita a anterior previsão legal, tomando sempre os beneficiários por pais, ou se subsiste a original solução quando se acomete o contrato pela nulidade.

Como assinalado pelo CNECV, inadmite-se, sob o prisma ético, que se obtenha de um contrato ilícito e, pois, nulo, a eficácia mesma de um contrato válido. Seria solução propiciadora da exploração feminina e da regularização da ilicitude. Nesse sentido, na hipótese de indeterminabilidade legal da filiação, incumbe aos tribunais a dirimência das complicações e a salvaguarda do melhor interesse da criança, como recomenda o TEDH (PEREIRA, 2018).

4. NOTAS CONCLUSIVAS

A prática medicamente assistida da sub-rogação uterina tem derivação história da mitigação da infertilidade de casais heterossexuais e, adaptando-se às transformações sociais, estende-se à superação da impossibilidade natural de reprodução homoafetiva e de barreiras à constituição de famílias monoparentais. Abre-se, portanto, com as hodiernas possibilidades da ciência biomédica desenvolvida, um novo horizonte na dirimência de inviabilidades reprodutivas. Contando com assitência integral de profissionais da área, bem como com a garantia jurídica no ordenamento pátrio lusitano de adimplemento das cláusulas negociais, os pais volitivos maximizam as chances de sucesso gestacional e ainda, eventualmente, participarem geneticamente da concepção de seus filhos.

Todavia, foram constatadas falhas e contradições na disciplina jurídica contratual da sub-rogação uternina, haja vista a indeterminabilidade da Lei de PMA alterada por subsequentes redações. Ademais, impõemse limitações à autonomia e a liberdade da gestante, bem como provoca insegurança jurídica o regime de nulidade contratual dos negócios de GS alheios às prescrições legais.

Resulta, pois, da fundamentação exposta, a edição do Acórdão n.º 225/2018 pelo TC, a título de requerimento da inconstitucionalidade parcial da Lei de PMA que atentam contra princípios consolidados sob égide da Constituição da República. Foi objeto do presente artigo, a análise dos aspectos lesivos intrínsecos à contratualização do procedimento da gestação de substituição, a saber: (i) os n.ºs 4, 10 e 11 do art. 8º e, consequentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, por infringirem o princípio

da determinabilidade das leis e reserva de lei parlamentar; (ii) o n.º 8 do art. 8.º e o n.º 5 do art. 14, por violarem o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, (iii) o n.º 7 do art. 8.º, por mera consequência do anteriormente disposto.

Em suma, conclui-se deste trabalho a configuração de um invólucro vazio em torno da realização de novos contratos lícitos de GS, a partir de então impassíveis de atribuição de licitude, haja vista que encontram-se embargados, em totalidade, até que o legislador português adeque às exortações do TC a regulamentação contratual da sub-rogação uterina.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Ideylson dos. Tecnologia x Bioética? Questões históricocientíficoteológicas da reprodução humana. *Revista de Cultura Teológica*, [S.l.], n. 76, p. 99-117, maio 2013. ISSN 2317-4307. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/culturateo/article/view/14995/11192. Acesso em: 14 jun. 2019.

BÍBLIA, Gênese 16, 1-4. *Bíblia Sagrada*, A.T. Português. Tradução pelo Centro Bíblico Católico. São Paulo: Editora AVE-MARIA, 1998. p.61.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; MOREIRA, Raquel Veggi; ZAGANELLI, Margareth Vetis. A possibilidade de contrato na relação "útero de substituição". *Derecho y Cambio Social*, jul. 2016.

CARNEIRO, Raquel Patrício e Borges. A realidade da Procriação Medicamente Assistida: - Técnicas Laboratoriais - Criopreservação de ovócitos: Que futuro nos centros?. (Relatório de estágio de mestrado em Biologia Celular e Molecular). Faculdade de Ciências da Universidade do Porto. Porto, 2013.

DANTAS, Ana Carolina Lessa. Sub-rogação de útero: entre a esperança e a exploração. ENGELMANN, W.; CARDIN, V. S. G; MEDEIROS, R. A.. (Org.). Biodireito II: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 23, p. 172-197.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Direito de arrependimento nos contratos* – Tese de Mestrado, Ciências Jurídicas. Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. 2009

GUIMARÃES, Maria Raquel. As particularidades do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional

n.º 225/2018. Revista de Bioética y Derecho: Perspectivas bioéticas, 2018, 44, pp.179-200.

JÚNIOR, Geraldo Zimar de Sá. Maternidade de substituição e o direito de filiação à luz do ordenamento jurídico pátrio. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13892. Acesso em maio 2019.

MACÊDO, Márcia Andréa Durão de. A maternidade de substituição como solução e como problema. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 149, jun. 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17397&revista_caderno=6. Acesso em: 31 mai. 2019.

MEDEIROS, Luciana Soares de; VERDI, Marta Inez Machado. Direito de acesso ao serviço de reprodução humana assistida: discussões bioéticas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v.15 supl. 2, out. 2010.

MOINHOS, Deyse dos Santos. Maternidade de Substituição: a contratação de um "útero" versus a dignidade do nascituro. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (coord.). *Livros do CONIBDH: Direitos Humanos Fundamentais II* [recurso eletrônico on-line]. Vitória: FDV Publicações, 2016.

NETO, Luísa et al. *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Publicação correspondente a Actas do Seminário Internacional "Debatendo a Procriação Medicamente Assistida". Porto e FDUP, 16 e 17 mar. 2017.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Mãe há só [uma] duas: o contrato de gestação. Portugal: Coimbra Editora, 1992.

PEREIRA, Dr. André Gonçalo Dias. Gestação de substituição e acesso de todas as mulheres à Procriação Medicamente Assistida em Portugal: as Leis de 2016 e as profundas transformações no direito da filiação. *Actualidad Juridica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, num. 8, fev. 2018.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição.* JULGAR Online, jan. 2017. Disponível em: http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/01/20170127-ARTIGO-JULGAR-Lei-da-Gestação-de-Substituição-Maria-Margarida-Silva-Pereira.pdf

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Lisboa, 2 de abril de 1976.

Decreto-Lei n.º 47.344/1966. <i>Código Civil Português</i> . Ministério da
Justiça. Lisboa, 25 de novembro de 1966.
Decreto-Lei n.º 48/1995. <i>Código Penal Português</i> . Ministério da Justiça. Lisboa, 15 de março de 1995.
Lei n.º 32/2006. <i>Procriação Medicamente Assistida</i> . Assembleia da República. Lisboa, 26 de julho de 2006.
Acórdão n.º 101/2009. <i>Tribunal Constitucional. Lisboa</i> , 1 de abril de 2009.
Parecer n.º 63/CNECV/2012. Parecer do CNECV sobre procriação medicamente assistida e gestação de substituição. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Lisboa, 26 de março de 2012.
Lei n.º 17/2016. Assembleia da República. Lisboa, 20 de junho de 2016.
Lei n.º 25/2016. Assembleia da República. Lisboa, 22 de agosto de 2016.
Acórdão n.º 225/2018. <i>Tribunal Constitucional</i> . Lisboa, 5 de julho de

PORTUGAL: The Constitutional Court has identified unconstitutional norms in law of surrogacy. One of us, jusjornal number 27, 6 mai. 2018. Disponível em: https://oneofus.eu/2018/12/the-constitutional-court-has-identified-unconstitutional-norms-in-the-law-on-surrogacy/. Acesso em: 04 jun. 2019.

SILVA, Jorge Pereira da. Barrigas de aluguer: o *Constitucional está de volta!*. Público, 6 mai. 2018. Disponível em: https://www.publico.pt/2018/05/06/sociedade/opiniao/barrigas-de-aluguer-o-constitucional-esta-de-volta-1827235>. Acesso em: 24 jun. 2019.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Conselho da Europa, Roma, 4 nov. 1950.

VILELLA, F. et al. Hsa-miR-30d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome. *Development* 142, 3210-3221 doi:10.1242/dev.124289, 2015.

RECEBIDO EM: 29/07/2020 APROVADO EM: 25/11/2020

TARIFAS TRUMP SOBRE O AÇO E ALUMÍNIO BRASILEIROS: ANÁLISE À LUZ DAS NORMAS MULTILATERAIS DE COMÉRCIO

TRUMP'S TARIFFS ON BRAZILIAN STEEL AND ALUMINUM: ANALYSIS IN THE LIGHT OF TRADE'S MULTILATERAL RULES

Mateus Levi Fontes Santos

Especialista em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários e em direito constitucional aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus. Advogado da União

Henrique Ribeiro Cardoso

Doutor em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio), com Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos (IGC - Universidade de Coimbra) e Pós-doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ/UFPB); Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio); Professor do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS) e do Programa de Pós-graduação da Universidade Tiradentes (PPGD/UNIT); Promotor de Justiça Titular da Fazenda Pública em Sergipe (MPSE)

SUMÁRIO: Introdução; 1 As tarifas sobre aço e alumínio; 2 As medidas aplicadas sobre exportações brasileiras e as normas multilaterais de comércio; 2.1 Medidas à luz do GATT-1994; 2.2 Medidas à luz do ASG; 3 As medidas adotadas pelos EUA se enquadram na exceção do art. XXI do GATT-1994?; 4 Como o Brasil pode reagir às ofensas de normas do GATT-1994 e ASG?; 5 Conclusão; 6 Referências.

RESUMO: O vertente artigo examina se as medidas impostas pelo governo norte-americano sobre as exportações brasileiras de artigos de aço e de alumínio (tarifas adicionais e restrições quantitativas), conhecidas como "tarifas Trump", ainda em vigor, violam regras multilaterais de comércio internacional, particularmente do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT-1994) e do Acordo de Salvaguardas (ASG). Também cuida de analisar se tais medidas se enquadram em alguma das exceções de segurança previstas no GATT-1994. Por fim, o artigo sugere quais contramedidas poderiam ser adotadas pelo Brasil ou por outro país prejudicado pelas imposições ao amparo dos referidos tratados internacionais de comércio, caso reste configurada sua violação.

PALAVRAS-CHAVE: Tarifas Trump. Aço. Alumínio. Normas multilaterais da OMC. Salvaguardas. Exceções de Segurança.

ABSTRACT: The present article exams wheter the measures imposed by the north american government on brazilian exports of articles of steel and aluminum (aditional tariffs and quantitative restrictions), known as "Trump's tarrifs", still in vigor, offend multilateral rules of international trade, particularly of the General Agreement on Trade and Tariffs (GATT-1994) and of the Agreement on Safeguards (ASG). In a second moment, the writing analyses if that measures match on any of the security exceptions of GATT-1994. Finally, the article suggests which contrameasures Brazil could adopt based on the mentioned agreements of international trade, in case of their violation.

KEYWORDS: Trump's tariffs. Steel. Aluminum. WTO multilateral rules. Safeguards. Security exceptions.

INTRODUÇÃO

A partir de 2018 o governo dos Estados Unidos da América (EUA) impôs uma série de medidas sobre produtos importados (painéis solares, máquinas de lavar, alumínio, aço, etc.) que ficaram conhecidas como "Trump's Tariffs". As medidas, em vigor até hoje, atingiram origens diversas, desde membros do NAFTA (Canadá e México) até parceiros comerciais ao redor do globo, como China, União Europeia, Austrália, Índia, Turquia e Brasil.

Seja por sua amplitude, seja em função de suposta quebra das normas multilaterais de comércio, as medidas causaram alarde na comunidade internacional e provocaram reações e opiniões as mais variadas. Alguns países retaliaram *incontinenti* (WOLFE, 2018). Outros procederam a consultas perante a Organização Mundial de Comércio (OMC). Houve, ainda, os que aderiram a negociações bilaterais, no intuito de se verem livres das sobretarifas.

As medidas foram aplaudidas por fabricantes norte-americanos dos bens atingidos. Muitos, porém, tacharam as imposições de protecionistas. Os próprios economistas americanos se dividem, havendo fortes vozes no sentido de que elas poderão resultar mais ônus do que bônus, em virtude do aumento de custos de produção em inúmeros segmentos (automotivo, aeroespacial, bens de capital, construção, etc.), das perdas de empregos e das retaliações determinadas por gigantes comerciais (THE ECONOMIST, 2018). Aliás, guerra comercial parece ser a tônica do momento (EMILY, 2018). A própria OMC, em mais de uma oportunidade, externou preocupação com os rumos do comércio internacional e de seu respectivo sistema multilateral.

Entre as *tariffs* impostas, duas afetaram direta e significativamente os setores produtivo e exportador do Brasil: as sobre aço e alumínio. Em que pesem os esforços do governo brasileiro na tentativa inicial de demover os EUA da ideia de manter a medidas, fato é que, em maior ou menor grau, elas estão em vigor desde junho de 2018.

Neste contexto, tendo em mira a atualidade da questão e a afetação direta da indústria nacional, o vertente artigo propõe-se a examinar e responder duas questões: (i) estas medidas violam acordos multilaterais de comércio internacional? (ii) caso violem, que poderia fazer o Brasil ou algum dos outros países prejudicados, à luz dos referidos acordos?

A análise a ser realizada não adentrará questões meritórias ou políticas, mas será essencialmente normativa, tomando por base o "General Agreement on Trade and Tarriffs" (GATT-1994) e o "Agreement on Safeguards" (ASG), internalizados mediante o Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que promulgou a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT (BRASIL, 1994).

1. AS TARIFAS SOBRE AÇO E ALUMÍNIO

Mediante a "Proclamation 9705 on Adjusting Imports of Steel into the United States" (UNITED STATES, 2018a), de 08 de março de 2018, o Poder Executivo norte-americano estabeleceu uma tarifa adicional de 25% (vinte e cinco por cento) ad valorem sobre importações de "artigos de aço", provenientes de qualquer origem, à exceção de Canadá e México. E por intermédio da "Proclamation 9704 on Adjusting Imports of Aluminum into the United States" (UNITED STATES, 2018b), de 08 de março de 2018, fixou tarifa adicional de 10% (dez por cento) ad valorem sobre importações de "artigos de alumínio", provenientes de qualquer origem, à exceção de Canadá e México.

Em tais proclamações, o Presidente Trump registrou que "Any country with which we have a security relationship is welcome to discuss with the United States alternative ways to address the threatened". Assim, alguns países — entre os quais, o Brasil — buscaram dialogar com os EUA na tentativa de que as medidas não fossem aplicadas a suas exportações. Em vista disso, por meio das "Proclamations 9710, 9711, 9739 e 9740" (UNITED STATES, 2018cdef), tais medidas restaram suspensas para o Brasil até 31 de maio de 2018.

No entanto, o processo negocial foi abruptamente encerrado (AÇO BRASIL, 2018) e os EUA impuseram, respectivamente, mediante as "Proclamation 9758" e "Proclamation 9759" (UNITED STATES, 2018gh), ambas de 31 de maio de 2018, tarifa adicional de 10% sobre as exportações brasileiras de alumínio e restrições quantitativas sobre as exportações brasileiras de aço.

Ambas as medidas restritivas foram implementadas a partir de investigações conduzidas pelo Secretário de Comércio norte-americano, ao amparo da seção 232 do "*Trade Expansion Act of 1962*" (UNITED STATES, 2018ij). Em síntese, esta seção autoriza o Presidente da República a ajustar as importações de quaisquer produtos que ameacem prejudicar a segurança nacional, conforme recomendações do Secretário de Comércio.

No caso, o Presidente Trump endossou a conclusão do *US Departament of Commerce* (DoC), segundo a qual os artigos de aço e alumínio estavam sendo importados em quantidades e circunstâncias tais que ameaçavam a segurança nacional.

A Nota nº 12/2018 da Diretoria de Estudos e Relações Econômicas e Políticas Internacionais do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (BRASIL, 2018, pp. 5-12) destaca, no que se refere à medida sobre aço, que seu argumento central é que os problemas da indústria de aço limitam a capacidade de resposta da indústria nacional em caso de emergência, isto é, o país precisaria garantir uma mínima capacidade produtiva própria de aço para não ficar dependente de outros países em momentos críticos.

Para tanto, os produtores norte-americanos de aço deveriam operar com pelo menos 80% de seu potencial, com base na capacidade instalada em 2017, o que implicaria reduzir as importações em 37% em relação a 2017, mediante a implementação de uma das seguintes medidas: (i) cota global de importação equivalente a 63% do que foi importado em 2017; (ii) tarifa global de 24%; (iii) tarifa de 53% sobre um subconjunto de países. Consoante mencionado, o governo americano optou pela segunda medida, arrendondando-a para 25%.

Por sua vez, quanto à tarifa do alumínio, o IPEA (BRASIL, 2018) listou as principais conclusões do respectivo relatório do DoC: (i) o alumínio é essencial à segurança nacional; (ii) o governo americano não mantém reservas estratégicas de bauxita, alumina, lingotes de alumínio e produtos semiacabados de alumínio; (iii) o nível atual de importações impacta adversamente o bem-estar econômico do setor de alumínio dos EUA; (iv) o desempenho da indústria norte-americana vem sendo especialmente negativo na produção de alumínio primário, com forte queda de utilização da capacidade produtiva e rápido aumento das importações. Neste produto, cerca de 90% do consumo doméstico é provido por importações; (v) o excesso global de capacidade produtiva de alumínio contribui para o enfraquecimento da indústria e da economia americana; (vi) o país possui apenas cinco laminadoras de alumínio em operação, e apenas dois operando a plena capacidade; (vii) os EUA não podem depender totalmente dos fornecedores estrangeiros, especialmente em alumínio primário de alta pureza que é essencial para importantes sistemas militares e comerciais.

Destarte, o relatório estabeleceu como meta reduzir as importações em aproximadamente 13%, o que poderia ser alcançado mediante um das seguintes alternativas: (i) cota global de importação equivalente a 86,7% do que foi importado em 2017; (ii) imposição de tarifa global de 7,7%; (iii) tarifa de 23,6% sobre China, Hong Kong, Rússia, Venezuela e Vietnã. O Presidente Trump optou por uma tarifa global, porém no patamar de 10%.

A propósito, em nota oficial (BRASIL, 2018), os Ministros de Estado das Relações Exteriores e de Indústria, Comércio Exterior e Serviços afirmaram que tais "medidas são de responsabilidade exclusiva do Governo dos Estados Unidos e serão por ele administradas" e que "o Governo brasileiro considera que a aplicação das restrições sobre as exportações brasileiras não se justifica e segue aberto a construir soluções que melhor atendam às expectativas e necessidades de ambos os setores de aço e alumínio no Brasil e nos Estados Unidos, reservando seus direitos no âmbito bilateral e multilateral".

Vale dizer, o governo brasileiro deixou claro que as medidas anunciadas não eram fruto de negociação bilateral; antes, tratava-se de imposições injustificáveis, tomadas ao puro arbítrio dos EUA.

Em 29 de agosto de 2018, o Presidente Donald Trump Expediu nova "Proclamation" (UNITED STATES, 2018k), que, em síntese, flexibilizou as restrições quantitativas impostas às exportações brasileiras de aço para situações específicas (solicitação direta de parte afetada localizada nos EUA; artigo de aço não produzido nos EUA em quantidade e/ou qualidade satisfatórios; destinada ao consumo das próprias partes; o respectivo contrato tenha sido firmado antes de 8 de março de 2018, etc.). Neste caso, as importações também ficam livres da tarifa *ad valorem* de 25%.

Em dezembro de 2019, o Presidente Trump, sob o argumento de que o Brasil vinha realizando uma desvalorização massiva de sua moeda, anunciou, em sua conta no Twittter, que reaplicaria imediatamente as tarifas sobre aço e alumínio (SWANSON, 2019). No entanto, no dia 20 de dezembro de 2019, o Presidente Bolsonaro informou que, após tratativas com Donald Trump, o governo norte-americano havia desistido de sobretaxar as exportações brasileiras de aço e alumínio (MATOSO; MAZUI, 2019).

Por fim, em 24 de janeiro de 2020, o Presidente emitiu uma "Proclamation" (UNITED STATES, 2020), que ajustou as tarifas outrora impostas com o intuito de as estender sobre certos artigos derivados de alumínio (Anexo I - tarifa de 10%) e aço (Anexo II - tarifa de 25%).

Argentina, Austrália, Canadá e México foram isentos da primeira e Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, México e Coréia do Sul foram isentos desta última.

Dito isso, importa saber se referidas ações do governo norteamericano violam normas multilaterais de comércio.

2. AS MEDIDAS APLICADAS SOBRE EXPORTAÇÕES BRASILEIRAS E AS NORMAS MULTILATERAIS DE COMÉRCIO

Consoante abordado no tópico anterior, as medidas aplicadas pelo Presidente Trump são de duas espécies:

- (i) alumínio exação ad valorem de 10%. Trata-se de encargo aduaneiro adicional;
- (ii) aço cotas de exportação, calculadas pelo volume médio de exportações realizadas no período de 2015 a 2017 para os produtos acabados e semiacabados. Ademais, para os produtos acabados, impôsse um redutor de 30% sobre o referido volume médio. Trata-se, pois, de uma restrição quantitativa (hard quotes). Findas as cotas, que seguem a lógica do "first come, first served" ("quem chegar primeiro, leva"), ficam proibidas novas exportações do produto, ressalvadas as hipóteses de flexibilização supracitadas.

Doravante, passa-se a examiná-las sob as perspectivas do GATT-1994 e do ASG. Num primeiro momento, serão abordadas as possíveis normas violadas e, na sequência, analisar-se-á se tais medidas se enquadram em alguma das hipóteses excepcionais dos acordos.

2.1. Medidas à luz do GATT-1994

De início, as medidas adotadas pelo governo norte-americano ofendem uma das pedras de toque do sistema multilateral de comércio, que é o princípio da não discriminação, na sua vertente "tratamento da nação mais favorecida" (Most Favored Nation Treatment – MFN), previsto no artigo I:1 do GATT-1947 e incorporado pelo GATT 1994. Isto porque os EUA aplicaram as medidas seletivamente, a depender da origem das importações. Por exemplo, num primeiro momento, a Austrália foi excepcionada das tarifas adicionais; a Coréia do Sul, Argentina e ao próprio Brasil foram admitidas medidas alternativas às tarifas excepcionais, etc.

Assim, independentemente da correção da medida, fica claro que os países Membros não foram tratados uniformemente. De fato, os EUA concederam vantagem, favor ou privilégio a alguns países, mas não a todas as partes contratantes.

Empregando o "teste de consistência de quatro passos" (BOSSCHE e ZDOUC, 2017, pp. 311-321), conclui-se que as "Trump's Tarrifs" malferem o dever oriundo da cláusula MFN, visto que: (i) as medidas traduzem direitos aduaneiros ou encargos que gravam as importações; (ii) a dispensa do pagamento da tarifa adicional, das restrições quantitativas e a estipulação de formas alternativas de cumprimento da medida decerto importam vantagem; (iii) as medidas referem-se aos mesmos produtos (artigos de aço e alumínio); (iv) a vantagem concedida a determinadas partes não foi estendida imediata e incondicionalmente às demais e não há qualquer expectativa neste sentido.

Pelas mesmas razões, dada a aplicação discriminatória, não uniforme e parcial de direitos aduaneiros e restrições quantitativas entre as Partes contratantes, as medidas também ofendem os arts. II.1, (a) e art. X, 3., (a), do GATT-1994 (BRASIL, 1994):

LISTAS DE CONCESSÕES

1. (a) Cada Parte Contratante concederá às outras Partes Contratantes, em matéria comercial, tratamento não menos favorável do que o previsto na parte apropriada da lista correspondente, anexa ao presente Acordo.

 $[\ldots]$

3. (a) Cada Parte Contratante manterá ou aplicará de maneira uniforme, imparcial e equitativa todos os regulamentos, leis, decisões judiciárias e administrativas da categoria visada no parágrafo 1 de presente artigo. (grifo do autor)

As medidas também são inconsistentes com o art. II.1, (b), e XIX:1(a) e 2 do GATT-1994, seja porque as concessões tarifárias norte-americanas não foram respeitadas, seja porque os requisitos para sua alteração ou suspensão não foram observados (BRASIL, 1994):

(b) Os produtos das Partes Contratantes, ao entrarem no território de outra Parte Contratante, ficarão isentos dos direitos aduaneiros ordinários que ultrapassarem os direitos fixados na Parte I da lista das concessões feitas por esta Parte Contratante, observados os termos, condições ou requisitos constantes da mesma lista. Esses produtos também ficarão isentos dos direitos ou encargos de qualquer natureza, exigidos por ocasião da importação ou que com a mesma se relacionem, e que ultrapassem os direitos ou encargos em vigor na data do presente Acordo ou os que, como conseqüência direta e obrigatória da legislação vigente no país importador, na referida data, tenham de ser aplicados ulteriormente.

ARTIGO XIX

MEDIDAS DE EMERGÊNCIA PARA OS CASOS DE IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS ESPECIAIS

1. (a) Se, em conseqüência da evolução imprevista das circunstâncias e por efeito dos compromissos que uma Parte Contratante tenha contraído em virtude do presente Acordo, compreendidas as concessões tarifárias, um produto for importado no território da referida Parte Contratante em quantidade por tal forma acrescida e em tais condições que traga ou ameace trazer um prejuízo sério aos produtores nacionais de produtos similares ou diretamente concorrentes, será facultado a essa Parte Contratante, na medida e durante o tempo que forem necessários para prevenir ou reparar esse prejuízo, suspender, no todo ou em parte, o compromisso assumido em relação a esse produto, ou retirar ou modificar a concessão.

$[\ldots]$

2. Antes que uma Parte Contratante tome as medidas previstas para a aplicação das disposições do § 1º do presente artigo, avisará por escrito às Partes Contratantes com a maior antecedência possível. Proporcionará às Partes Contratantes, assim como a todas as outras Partes Contratantes que tenham interesse substancial como exportadoras do produto em questão, oportunidade de examinar, com ela, as medidas que se propõe tomar. Quando esse aviso prévio for dado a propósito de uma concessão relativa a uma preferência será mencionada a Parte Contratante que tiver requerido essa medida. Em circunstâncias críticas, em que qualquer prazo acarrete um prejuízo difícil de reparar, as medidas previstas no § 1º do presente artigo

poderão ser tomadas a título provisório, sem consulta prévia, com a condição de que essa consulta tenha lugar imediatamente após a sua aplicação. (grifo do autor)

Esclareça-se que a imposição de tributos aduaneiros é de todo legítima à luz do GATT-1994. No entanto, uma vez que o país tenha assumido o compromisso de praticar determinado nível tarifário ("tariff concession"), constante das chamadas "schedules of concessions", não poderá elevá-lo ao arrepio dos procedimentos e requisitos estabelecidos no GATT-1994. Com efeito:

[...] under WTO law custom duties are not prohibited. It was envisaged, however, that customs duties would be "bound" and then progressively reduced through rounds. WTO rules on customs duties relate primarily to the protection of tariff concessions agreed to in the context of tariff negotiations. [...] The basic rules are set out in Article II:1 of the GATT 1994. [...]

Article II:1(a) provides that all Members shall accord to the commerce of other Members, treatment no less favourable than that provided for in the Schedule. Article II:1(b), first sentence, provides that products described in Part I of the Schedule of any Member shall, on importation, be exempt from ordinary customs duties in excess of those set out in the Schedule. This means that products may not be subjected to customs duties above the tariff concessions or bindings. (BOSSCHE e ZDOUC, 2017).

Por fim, eis que se tratam de medidas outras, que não direitos alfandegários, impostos e taxas, as restrições quantitativas impostas pelos EUA ofendem, à evidência, o art. XI:1 do GATT-1994 (BRASIL, 1994), a ver:

[...]

1. Nenhuma Parte Contratante instituirá ou manterá, para a importação de um produto originário do território de outra Parte Contratante, ou para a exportação ou venda para exportação de um produto destinado ao território de outra Parte Contratante, proibições ou restrições a não ser direitos alfandegários, impostos ou outras taxas, quer a sua aplicação seja feita por meio de contingentes, de licenças de importação ou exportação, quer por outro qualquer processo. (grifo do autor)

Deveras, a vedação de outras restrições e proibições a importação/exportação é bastante ampla e cobre toda medida (limitação, condição, regulação, etc.), de fato ou direito, que tenha um efeito limitador sobre a quantidade e volume do produto a ser exportado¹.

2.2. Medidas à luz do ASG

Medidas de salvaguarda são aquelas adotadas pelos países importadores em relação às mercadorias ingressadas em seu território quando o crescimento desse fluxo cause grave prejuízo ou, ao menos, represente séria ameaça aos produtores nacionais de determinado setor (CAPARROZ, 2012, p. 444). Dessarte, não constituem defesa contra um ilícito, mas instrumento para resolver desequilíbrios transitórios de competitividade, na forma de exceção aos compromissos de não aumentar tributo sobre a importação celebrados no âmbito da OMC, com caráter protetivo e temporário (MEIRA, 2012, p. 260).

Considerando as razões eminentemente econômicas invocadas pelo governo norte-americano (dificuldades estruturais de sua indústria, crescimento exponencial de importações, queda de empregos no setor, etc.), bem como o fato de que as medidas não se voltam a elidir unfair competition (MASSERLIN; FRIDH, 2006, p. 714), mas a responder a fairly traded imports (JACKSON ET AL, 2002, p. 604), sob o enfoque das regras multilaterais de comércio, as tarifas e restrições quantitativas implementadas pelo Presidente Trump traduzem, na essência e substância, medidas de salvaguarda.

O ponto é que, assumida tal premissa, a fixação de tarifas adicionais e cotas de importação ofendeu uma série de normas do ASG. Em primeiro, o art. 2.1, porque as medidas de salvaguardas foram aplicadas sem determinação prévia de que as respectivas importações aumentaram em quantidades e condições tais, que causavam ou ameaçavam causar prejuízo grave ao setor nacional produto de bens similares ou diretamente concorrentes, nos termos do ASG (BRASIL, 1994):

[...] 1. Um Membro só poderá aplicar uma medida de salvaguarda a um produto após haver determinado, de conformidade com as disposições enunciadas abaixo, que as importações daquele produto em seu território

Os seguintes julgados, entre outros, no âmbito do contencioso da OMC, endereçam esta questão: Panel Report, India – Quantitative Restrictions, para. 5.129; Panel Report, Argentina – Hides and Leather, para. 11.17; Appellate Body Reports, China – Raw Materials, paras. 319–320; Panel Report, Turkey – Textiles and Clothing, para. 9.63. (WORLD TRADE ORGANIZATION)

tenham aumentado em quantidades tais, seja em termos absolutos, seja em proporção à produção nacional, e ocorram em condições tais que causam ou ameaçam causar prejuízo grave ao setor nacional que produz bens similares ou diretamente concorrentes.

Em segundo, o art. 2.2, visto que as medidas de salvaguarda não foram aplicadas aos produtos importados independentemente de sua procedência (BRASIL, 1994). Em terceiro, o art. 3.1, pois o governo norte-americano não conduziu uma investigação adequada (com publicação de aviso destinado a informar razoavelmente todas as partes interessadas; realização de audiências públicas ou outros meios idôneos pelos quais os importadores, exportadores e outras partes interessadas pudessem apresentar provas e expor suas razões de fato e direito, etc.):

[...] 1. Um Membro só poderá aplicar uma medida de salvaguarda após investigação conduzida por suas autoridades competentes de conformidade com procedimentos previamente estabelecidos e tornados públicos nos termos do Artigo X do GATT 1994. Tal investigação compreenderá a publicação de um aviso destinado a informar razoavelmente todas as partes interessadas, assim como audiências públicas ou outros meios idôneos pelos quais os importadores os exportadores e outras partes interessadas possam apresentar provas e expor suas razões, e ter ainda a oportunidade de responder a argumentação das outras partes e apresentar suas opiniões, inclusive, entre outras coisas, sobre se a aplicação da medida de salvaguarda seria ou não do interesse público.

Em quarto, o art. 4.1 (BRASIL, 1994), porquanto os EUA não determinaram, adequadamente, que há um sério prejuízo ou ameaça à indústria doméstica:

1.Para fins deste Acordo:

- (a) entender-se-á por 'prejuízo grave' a deterioração geral significativa da situação de uma indústria nacional.
- (b) entender-se-á por 'ameaça de prejuízo grave' o prejuízo grave que seja claramente iminente, de acordo com as disposições do parágrafo segundo. A determinação de existência de uma ameaça de prejuízo grave será baseada em fatos e não simplesmente em alegações, conjecturas ou possibilidades remotas; e

- (c) para fins de determinação da existência de prejuízo ou de ameaça de prejuízo entender-se-á por 'indústria nacional' o conjunto dos produtores dos bens similares ou diretamente concorrentes que operem dentro do território de um Membro ou aqueles cuja produção conjunta de bens similares ou diretamente concorrentes constitua uma proporção substancial da produção nacional de tais bens.
- 2. (a) No curso da investigação destinada a determinar se o aumento das importações tem causado ou ameaçam causar prejuízo grave a uma indústria nacional, nos termos do presente Acordo, as autoridades competentes avaliarão todos os fatores relevantes de caráter objetivo e quantificável que tenham relação com a situação daquela indústria, especialmente o ritmo de crescimento das importações do produto considerado, bem como seu crescimento em volume, em termos absolutos e relativos, a parcela do mercado interno absorvida pelas importações em acréscimo, as alterações no nível de vendas, a produção, a produtividade, a utilização da capacidade, os lucros e perdas e o emprego.
- (b) Não se procederá à determinação a que se refere o subparágrafo (a), a menos que a investigação demonstre, com base em provas objetivas, a existência de um nexo de causalidade entre o aumento das importações do produto em questão e o prejuízo grave ou a ameaça de prejuízo grave. Quando outros fatores que não o aumento das importações estiverem simultaneamente causando prejuízo à indústria nacional, tal prejuízo não poderá ser atribuído ao aumento das importações.
- (c) As autoridades competentes providenciarão com presteza, de conformidade com as disposições do Artigo 3, a publicação de uma análise pormenorizada do caso que está sendo objeto de investigação, bem como uma demonstração da relevância dos fatores examinados.

Em quinto, o art. 5.1 (BRASIL, 1994), pois ainda que houvesse dano ou ameaça enunciados, as medidas foram aplicadas além do necessário para preveni-los ou remediá-los:

[...] 1. As medidas de salvaguarda só serão aplicadas na proporção necessária para prevenir ou remediar prejuízo grave e facilitar o ajustamento. Se é utilizada restrição quantitativa, tal medida não reduzirá a quantidade das importações abaixo do nível de um período recente, que corresponderá à média das importações efetuadas nos três últimos anos representativos para os quais se disponha de estatísticas, a

menos que se demonstre claramente a necessidade de se estabelecer um nível diferente para prevenir ou remediar o prejuízo grave. Os Membros deverão escolher as medidas que mais convenham à consecução daqueles objetivos.

Em sexto, o art. 7.1, uma vez que os EUA aplicaram a medida por período indeterminado, desconsiderando, portanto, o prazo máximo de quatro anos.

Em sétimo, o art. 11.1(a), pois os EUA adotaram medidas de urgência sem observar o disposto no art. XIX do GATT-1994 (BRASIL, 1994):

[...] 1. (a) Nenhum Membro adotará nem procurara adorar medidas de emergência, tais como definidas no Artigo XIX do GATT 1994, com relação a produtos particulares, a menos que tais medidas estejam em conformidade com as disposições do referido Artigo e sejam aplicadas em consonância com as disposições do presente Acordo.

Por último, os arts. 12.1, 12.2 e 12.3 (BRASIL, 1994), porque os EUA não procederam às notificações e consultas obrigatórias:

1. Todo Membro fará imediatamente uma notificação ao Comitê de Salvaguardas sempre que: a) iniciar um processo de investigação relativo a prejuízo grave ou ameaça de prejuízo grave e razões do mesmo; b) constatar que existe prejuízo grave ou ameaça de prejuízo grave em decorrência do aumento das importações; e c) adotar a decisão de aplicar ou prorrogar uma medida de salvaguarda.

[...]

2. Ao fazer as notificações a que se referem os parágrafos 1 (b) e 1 (c), o Membro que se proponha aplicar ou prorrogar uma medida de salvaguarda proporcionará ao Comitê de salvaguardas todas as informações pertinentes, as quais incluirão provas do prejuízo grave ou da ameaça de prejuízo grave causado pelo aumento das importações, a descrição precisa do produto em pauta e da medida cogitada, a data proposta para a introdução da medida, sua duração prevista e o calendário estabelecido para sua liberalização progressiva. Em caso de prorrogação de uma medida, serão igualmente fornecidas provas de que a indústria afetada está em processo de ajustamento. O Conselho para o Comércio de Bens ou o Comitê de Salvaguardas poderá solicitar, ao Membro que cogita de aplicar ou de prorrogar a medida, informações adicionais que considere necessárias.

[...]

3.O Membro que se proponha aplicar ou prorrogar uma medida de salvaguarda dará oportunidades adequadas para que se realizem consultas prévias com os Membros que tenham um interesse substancial como exportadores do produto em questão com vistas a, entre outras coisas, examinar a informação fornecida em conformidade com o parágrafo segundo, intercambiar opiniões sobre a medida e chegar a um entendimento sobre as formas de alcançar o objetivo descrito no parágrafo primeiro do Artigo 8. (grifo do autor)

3. AS MEDIDAS ADOTADAS PELOS EUA SE ENQUADRAM NA EXCEÇÃO DO ART. XXI DO GATT-1994?

Consoante abordado, a seção 232 do "Trade Expansion Act of 1962" autoriza que o Presidente da República ajuste as importações de quaisquer produtos que ameacem prejudicar a segurança nacional. É consabido, porém, que um país não pode invocar suas normas internas para se escusar ao cumprimento das obrigações assumidas internacionalmente, a teor do art. XVI:4 do GATT-1994 (BRASIL, 1994) e do art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, internalizada ao Brasil mediante o Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 (BRASIL, 2009).

4. Todo membro deverá assegurar a conformidade de suas leis, regulamentos e procedimentos administrativos com as obrigações constantes dos Acordos anexos.

Artigo 27

Direito Interno e Observância de Tratados

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Desse modo, para confirmar se as medidas implementadas pelos EUA são compatíveis com os acordos da OMC, resta saber se elas se enquadram em alguma exceção das respectivas normas multilaterais.

Em se tratando de medidas a pretexto de "segurança nacional", a exceção pertinente é a de que trata o art. XXI do GATT-1994 (BRASIL, 1994):

ARTIGO XXI

EXCEÇÕES RELATIVAS À SEGURANÇA

Nenhuma disposição do presente Acordo será interpretada:

- (a) como impondo a uma Parte Contratante a obrigação de fornecer informações cuja divulgação seja, a seu critério, contrária aos interesses essenciais de sua segurança;
- (b) ou como impedindo uma Parte Contratante de tomar todas as medidas que achar necessárias à proteção dos interesses essenciais de sua segurança:
- (i) relacionando-se às matérias desintegráveis ou às matérias primas que servem à sua fabricação;
- (ii) relacionando-se ao tráfico de armas, munições e material de guerra e a todo o comércio de outros artigos e materiais destinados direta ou indiretamente a assegurar o aprovisionamento das forças armadas;
- (iii) aplicadas em tempo de guerra ou em caso de grave tensão internacional;
- (c) ou como impedindo uma Parte Contratante de tomar medidas destinadas ao cumprimento de suas obrigações em virtude da Carta das Nações Unidas, a fim de manter a paz e a segurança internacionais.

A propósito, tal cláusula jamais foi invocada em qualquer caso perante Painéis e Órgão de Apelação da OMC (BOSSCHE e ZDOUC, 2017, p. 622), o que indica que a discussão a respeito de seu conteúdo jurídico ainda está em aberto.

Ao cotejar as medidas empregadas pelos EUA com o disposto nas alíneas "a" e "c", nota-se que elas são de pronto descartadas, visto que as medidas não dizem respeito a fornecimento de dados, tampouco à manutenção da paz e segurança internacionais.

Bossche e Zdouc (2017, p. 620) reconhecem que o art. XXI(b) confere ao Membro uma ampla margem de discricionariedade no sentido de tomar medidas que considere necessárias ("achar necessárias") à proteção de interesses essenciais de segurança. No entanto, afirmam ser imperativa

a manutenção de certo grau de controle; do contrário, a previsão serviria de pretexto a abusos irremediáveis.

A alínea "b" refere-se à "proteção dos interesses essenciais de sua segurança", porém os itens "i", "ii" e "iii" especificam as situações a que esta tutela se relaciona: respectivamente, materiais desintegráveis (fissionáveis) ou matérias-primas para sua produção; tráfico de armas e afins, bem como artigos e materiais destinados direta ou indiretamente a assegurar o suprimento das forças armadas; e tempo de guerra ou grave tensão internacional.

O caso em foco também não se enquadra nos itens "i" e "iii", a um, porquanto alumínio e aço não são materiais fissionáveis² e não constituem matérias-primas para sua fabricação; a dois, porque os EUA não aplicaram a medida no contexto de uma guerra ou grave tensão internacional.

Decerto, o item "ii" é o mais abrangente, pois se refere a materiais que "direta ou indiretamente" se prestem a suprir as forças armadas. Sem embargo deste amplo escopo, não se pode perder de vista o elemento cronológico. Isto é, o risco de carência de provisão às forças armadas deve ser atual ou iminente, e não futuro, hipotético e eventual, como se afigura no caso. Do contrário, o interesse a ser protegido deixa de ser "essencial" e se dá ensejo a que qualquer suposição ou conjectura viabilize o descumprimento de obrigações internacionais de comércio, sob tal argumento.

No limite, isto poderia ocasionar o colapso do sistema multilateral de comércio e, como advertiu Stuart Malawer, a desintegração da OMC (MALAWER, 2018).

Portanto, em que pese a abertura semântica do dispositivo, entendese que as medidas aplicadas pelos EUA sobre as importações de aço e alumínio não se amoldam à previsão do art. XXI do GATT-1994.

4. COMO O BRASIL PODE REAGIR ÀS OFENSAS DE NORMAS DO GATT-1994 E DO ASG?

Uma vez constatadas prováveis ofensas às referidas normas do GATT-1994 e ASG, os membros que se sentirem prejudicados, inclusive o

² De acordo com o Glossário de Termos Usados em Energia Nuclear, da Comissão Nacional de Energia Nuclear (BRASIL, 2020), materiais fissionáveis são "Qualquer material que, sob determinadas condições, pode se tornar físsil por ação de nêutrons térmicos. Os três materiais físseis principais são o urânio-233, o urânio-235 e o plutônio-239".

Brasil, poderão adotar duas providências: (i) questionar a medida perante a OMC; (ii) retaliar na forma de suspensão de concessões tarifárias equivalentes.

Registra-se que, mutatis mutandis, China (DS544), Índia (DS547), União Europeia (DS548), Canadá (DS550), México (DS551), Noruega (DS552), Rússia (DS554) e Suíça (DS556) valeram-se dos argumentos acima elencados para questionar as medidas norte-americanas perante a OMC, conforme se pode conferir em seu "index of disputes issues" (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2018).

A decisão de instaurar o contencioso no âmbito da Organização é discricionária. Sua base é justamente a reivindicação de que um membro, por ação ou omissão, falhou em adimplir obrigações de algum tratado da OMC, seja por intermédio de leis, regulamentos, instruções administrativas, políticas, etc. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2017, pp. 39-47).

Frise-se que as resoluções de conflito perante a OMC podem assumir duas formas: (i) consensual, notadamente na fase de consultas; (ii) por adjudicação, na forma dos relatórios do Painel ou do Órgão de Apelação, que são vinculantes para as partes, uma vez adotado pelo Órgão de Resolução de Disputas. Por sua vez, há três estágios principais no processo de resolução de disputas: (i) consultas entre as partes, (ii) adjudicação pelos Painéis e, se houver recurso, pelo Órgão de Apelação; (iii) a implementação das recomendações e ordens ou a implemento de compensação ou contramedidas, caso não sejam atendidas (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2017, p. 49).

Em média, a resolução de conflito na OMC dura um ano, quando não há apelação, e um ano e três meses, de acordo com o seguinte fluxo (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2018):

- (i) fase de consultas sessenta dias;
- (ii) estabelecimento do Painel e designação dos painelistas quarente e cinco dias;
- (iii) envio do relatório final do Painel às partes seis meses;
- (iv) envio do relatório final do Painel aos membros da OMC três semanas;

- (v.1) Órgão de Resolução de Disputas adota o relatório do Painel sessenta dias (total de 1 ano);
- (v.2) relatório do Órgão de Apelação sessenta a noventa dias;
- (vi) Órgão de Resolução de Disputas adota o relatório do Órgão de Apelação trinta dias (total de 1 ano de 3 meses).

Outrossim, como se disse, uma vez que o governo norte-americano não observara as regras dos art. 8.1 c/c art. 12.3 do ASG, o Brasil poderia retaliar os EUA, com fulcro no art. 8.2 do ASG, mediante a suspensão de concessões tarifárias equivalentes:

[...] 2. Se, nas consultas que se realizem ao amparo do parágrafo 3 do Artigo 12 não se alcançar acordo dentro de um prazo de 30 dias, os Membros exportadores afetados poderão, o mais tardar 90 dias após a data a partir da qual a medida seja aplicada, suspender, ao expirar um prazo de 30 dias contado a partir da data em que o Conselho para o Comércio de Bens tenha recebido aviso por escrito de tal suspensão, a aplicação, ao comércio do Membro que aplique a medida de salvaguarda, de concessões ou outras obrigações substancialmente equivalentes resultantes do GATT 1994, desde que tal suspensão não seja desaprovada pelo Conselho para o Comércio de Bens. (grifo do autor)

5. CONCLUSÃO

As "Trump Tariffs" ofendem normas multilaterais de comércio, nomeadamente os arts. I.1, II.1(a) e (b), X.3(a), XI:1, XIX:1(a) e 2 do GATT-1994 e os arts. 2.1, 2.2, 3.1, 4.1, 5.1, 7, 11.1(a), 12.1, 12.2 e 12.3 do ASG. Ademais, malgrado ainda se trata de uma discussão em aberto, as medidas tomadas pelo governo norte-americano não se enquadram nas exceções de segurança do GATT-1994 (art. XXI).

Dessa sorte, abrem-se duas alternativas para o Brasil e outros membros da OMC prejudicados pelas medidas: (i) questioná-las perante a OMC, na esteira do que fizeram grandes potências econômicas mundiais; (ii) suspender concessões tarifárias equivalentes.

Naturalmente, a adoção de uma ou outra medida envolve considerações de ordens política e diplomática. A duração do contencioso; o fato de outros países já terem impugnado as medidas; o provável descumprimento por parte dos EUA das recomendações do Órgão de

Resolução de Disputas, em caso de decisão desfavorável; a paralisação do órgão de apelação da OMC, em virtude da oposição norte-americana à nomeação de novos árbitros; a ameaça de os EUA deixarem a OMC; o risco de os EUA adotarem medidas mais severas em relação às exportações brasileiras, uma vez provocada a OMC são algumas das questões a serem avaliadas.

No momento, tudo indica que o melhor encaminhamento é prosseguir em negociação com os EUA e eventualmente buscar uma isenção permanente por meio de concessões recíprocas, conforme sugeriu o IPEA (BRASIL, 2018, pp. 23-24). A par disso, há quem defenda que os próprios importadores e/ou exportadores poderiam arguir perante cortes norte-americanas ofensa a Constituição e leis federais dos EUA, ao argumento de extrapolação dos limites da delegação que foi outorgada ao Executivo para impor restrições comerciais (MALAWER, 2018). O exame de tais indagações, porém, fica para outra oportunidade.

6 REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Lucía. Guerra comercial de Trump pode afetar 19% das exportações dos EUA, alerta Bruxelas. *El país*, Julho de 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/07/02/economia/1530525431_133238. html. Acesso em: 29 de ago. de 2018.

BOSSCHE, Peter Van den; ZDOUC, Werner. *The law and policy of the World Trade Organization*: text, cases and materials. 4^a ed. New York: Cambridge University Press, 2017.

BRASIL. Comissão Nacional de Energia Nuclear. *Glossário de Termos Usados em Energia Nuclear*. Rio de Janeiro, Comissão Nacional de Energia Nuclear. Disponível em: http://appasp.cnen.gov.br/seguranca/normas/pdf/glossario.pdf. Acesso em 05 de agosto de 2020.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Diretoria de Estudos e Relações Econômicas e Políticas Internacionais. *Nota nº 12/2018*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&vie w=article&id=32773%3Ao-aumento-das-tarifas-norte-americanas-de-importacoes-de-aco-e-aluminio-e-seus-impactos-sobre-o-brasil-e-o-mundo&catid=187%3Adinte&directory=1&Itemid=1. Acesso em: 24 de jul. de 2020.

BRASIL. Decreto nº 1.355, de 10 de dezembro de 1994. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13755.htm. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e Ministério das Relações Exteriores. Nota à imprensa dos ministros da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e das Relações Exteriores - restrições americanas às exportações de aço e alumínio. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/index.php/ultimas-noticias/3256-nota-a-imprensa-dos-ministros-da-industria-comercio-exterior-e-servicos-e-das-relacoes-exteriores-restricoes-americanas-as-exportações-de-aco-e-aluminio. Acesso em: 24 de jul. de 2020.

CAPARROZ, Roberto. Comércio internacional esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2012.

INSTITUTO AÇO BRASIL. *Aço Brasil Informa*. 40ª ed. Disponível em: http://www.acobrasil.org.br/siderurgiaemfoco/Aco_Brasil_Informa_Abr_18. pdf . Acesso em: 23 de ago. de 2018.

JACKSON, John H.; DAVEY, William J.; SKYES JUNIOR, Alan O. Legal problems of International Economics Relations: cases, materials and text. 4^a ed. St. Paul: West Academic, 2002.

MALAWER, Stuart. Trump, trade and national security. New York Law Journal. March 23, 2018. Disponível: https://www.law.com/newyorklawjournal/2018/03/23/trump-trade-and-national-security/. Acesso em: 30 de ago. de 2018.

MATOSO, Felipe; MAZUI, Guilherme. Bolsonaro diz que, após conversa com Trump, EUA desistiram de sobretaxar aço brasileiro. *G1 Política*. 20 de dezembro de 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/12/20/bolsonaro-diz-que-apos-conversa-com-trump-eua-desistiram-de-sobretaxar-aco-brasileiro.ghtml. Acesso em: 30 de ago. de 2018.

MEIRA, Liziane Angelotti. Tributos sobre o comércio exterior. São Paulo: Saraiva, 2012.

MESSERLIN, Patrick A.; FRIDH, Hilda. The Agreement on Safeguards: Proposals for Change in the Light of the EC Steel Safeguards. Jornal of World Trade 40(4): 713-751. Nethelard: Kluver Law School, 2006.

PRESIDENT Donald Trump wants tariffs on steel and aluminium. *The Economist*. 9 de março de 2018. *Disponível em:* https://www.economist.com/finance-and-economics/2018/03/02/president-donald-trump-wants-tariffs-on-steel-. Acesso em: 30 de jul. de 2020.

RAUHALA, Emily. China fires back at Trump with the threat of tariffs on 106 U.S. products, including soybeans. Washington Post. 4 de abril de 2018. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/world/china-fires-back-at-us-tariffs-vows-to-defend-its-core-interests/2018/07/06/f42fc812-8091-11e8-a63fb5d2aba7ac5_story. html?noredirect=on&utm_term=.d99492333b62. Acesso em: 30 de jul. de 2020.

SWANSON, Ana. Trump Says U.S. Will Impose Metal Tariffs on Brazil and Argentina. *New York Times.* 2 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.nytimes.com/2019/12/02/business/economy/trump-tariffs-brazil-argentina-metal.html. Acesso em: 20 de dez. de 2019.

SRIVASTAVA, Spriha. Trump's protectionism may hit emerging markets but not China. CNBC. 24 de março de 2017. Disponível em: https://www.cnbc.com/2017/01/24/trumps-protectionism-may-hit-emerging-markets-but-not-china.html>. Acesso em: 30 de jul. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Federal Register, vol. 83, n°. 51, pp. 11625-11630, March 15, 2018a. Disponível em: https://www.federalregister.gov/. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Federal Register, vol. 83, nº 51, pp. 11619-11624, March 15, 2018b. Disponível em: https://www.federalregister.gov/. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Federal Register, vol. 83, n° 60, pp. 13355-13359, March 28, 2018c. Disponível em: https://www.federalregister.gov. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. *Federal Register*, vol. 83, nº 60, pp. 13361-13365, March 28, 2018d. Disponível em: https://www.federalregister.gov/. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. *Federal Register*, vol. 83, n° 88, pp. 20677-20682, May 7, 2018e. Disponível em: https://www.federalregister.gov. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Federal Register, vol. 83, n° 88, pp. 20683-20705, May 7, 2018f. Disponível em: https://www.federalregister.gov/. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Federal Register, vol. 83, n° 108, pp. 25849-25855, June 5, 2018g. Disponível em: https://www.federalregister.gov/. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Federal Register, vol. 83, nº 108, pp. 25857-25877, June 5, 2018h. Disponível em: https://www.federalregister.gov/. Acesso em: 29 de jul. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Commerce. The Effect of Imports of Steel On the National Security, An Investigation Conducted Under Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, as Amended (19 U.S.C. 1862). Bureau of Industry and Security, Office of Technology Evaluation, Janeiro de 2018i. Disponível em: https://www.commerce.gov/file/effect-imports-steel-national-security-investigation-conducted-under-section-232-trade. Acesso em: 23 de jul. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Commerce. The Effect of Imports of Aluminum On the National Security, An Investigation Conducted Under Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, as Amended. Bureau of Industry and Security, Office of Technology Evaluation, Janeiro de 2018j. Disponível em: https://www.commerce.gov/files/effect-imports-aluminum-national-security-investigation-conducted-under-section-232-trade. Acesso em: 24 de jul. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. White House. *Presidential Proclamation Adjusting Imports of Steel into the United States*, 2018k. Disponível em: https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-steel-united-states-6/. Acesso em: 30 de jul. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. White House. *Proclamation on Adjusting Imports of Derivative Aluminum Articles and Derivative Steel Articles into the United States.* Disponível em: https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/proclamation-adjusting-imports-derivative-aluminum-articles-derivative-steel-articles-united-states/. Acesso em: 24 de jul. de 2020.

WOLFE, Daniel. The full list of 229 US products targeted by Canada's retaliatory tariffs, Quartz, June 29, 2018. Disponível em: https://qz.com/1318475/the-full-list-of-229-us-products-targeted-by-canadas-retaliatory-tariffs/. Acesso em: 25 de jul. de 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. A handbook on the WTO Dispute Settlement System. 2^a ed. New York: Cambridge University Press, 2017.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Index of disputes issues*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_subjects_index_e. htm?id=G232. Acesso em: 30 de jul. de 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. The process — Stages in a typical WTO dispute settlement case. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c6s1p1_e.htm. Acesso em: 30 de jul. de 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Follow disputes and create alerts. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/find_dispu_cases_e.htm. Acesso em: 30 de jul. de 2020.

RECEBIDO EM: 12/04/2020 APROVADO EM: 25/11/2020

PROCESSOS ESTRUTURAIS COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

STRUCTURAL PROCESSES AS AN INSTRUMENT FOR EFFECTIVENESS OF RIGHTS

Pablo Francesco Rodrigues da Silva Mestrando em Ciências Jurídicas — Universidade Autónoma de Lisboa. Pósgraduação em Direito Público, Universidade Estácio de Sá/Espaço Jurídico. Procurador Federal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contexto histórico do surgimento dos processos estruturais; 2 Características (ou requisitos gerais) para a existência de processos estruturais com o escopo de efetivação de direitos; 3 Processos estruturais como instrumento de efetivação de direitos; 3.1 Processos estruturais no ordenamento brasileiro; Conclusão; Referências

RESUMO: Muito se defende que umas das principais finalidades do Direito é trazer segurança jurídica mediante a previsibilidade das regras e até na forma de decidir. Diante de tal fato, os sujeitos interessados já saberiam como se comportar e qual o resultado esperar. No entanto, há de se ter em mente que o Direito, além de ser um resultado do fato (ou acontecimento social) que o precede, precisa ser apto a dar respostas para fatos ou direitos que estão à sua frente ou a direitos que receberam a proteção aquém do necessário. Entre a omissão do passado, na espera que determinado Poder (Legislativo e Executivo) apresente a resposta e a busca por encontrar no ordenamento instrumentos que possibilitem que determinado direito seja efetivado, observa-se que cada vez mais o Poder Judiciário e demais sujeitos (políticos ou processuais) vêm optando pela segunda opção. É neste cenário que surgem os processos estruturais como uma via alternativa ao modelo estático clássico bipolar da litigiosidade para a efetivação de direitos. Para a construção dessa ideia, será feito um corte histórico e doutrinário sobre os processos estruturais, sendo possível demonstrar que essa nova modalidade foge dos traços típicos da litigiosidade clássica, apresentando, como traço característico, a multifuncionalidade e a adaptabilidade ao objeto litigioso.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela jurídica de direitos e interesses. Meios de tutela na resolução de conflitos. Processo estrutural. Separação dos Poderes.

ABSTRACT: It is widely argued that one of the main purposes of law is to bring legal certainty through the predictability of rules and even in the way of deciding. Faced with this fact, the interested subjects would already know how to behave and what the result to expect. However, it must be kept in mind that the Law, in addition to being a result of the fact (or social event) that precedes it, needs to be able to give answers to facts or rights that are in front of it or to the rights that received the less than necessary protection. Among the omission of the past, in the expectation that a given Power (Legislative and Executive) will provide the answer and the search for finding in the ordering mechanisms that allow a certain right to be realized, it is observed that the Judiciary Power and other subjects (politicians) procedural) have opted for the second option. It is in this scenario that structural processes appear as an alternative to the classic bipolar static model of litigation for the realization of rights. For the construction of this idea, a historical and doctrinal cut will be made on the structural processes, being possible to demonstrate that this new modality escapes the typical features of classic litigation, presenting, as a characteristic feature, the multifunctionality and adaptability to the disputed object.

KEYWORDS: Legal protection of rights and interests. Means of protection in conflict resolution. Structural process. Separation of Powers.

INTRODUÇÃO

Pretende-se com este artigo realizar uma investigação teórica de como determinada modalidade de processo, construído na década de 50 - conquanto o interesse da doutrina brasileira só tenha sido despertado nos últimos anos - pode funcionar como verdadeiro instrumento para a efetivação de direitos.

O interesse da presente análise parte da premissa da mutabilidade das relações sociais, as quais exigem novos caminhos para a efetivação de direitos, que, por sua vez, exigem novas formas de proteção, ante a inflexibilidade das regras criadas em determinado momento.

O caminho por meio do qual os direitos podem ser efetivados passa por um novo — e ao mesmo tempo velho no que se refere a sua existência — tipo de processo. Trata-se dos processos estruturais que, em sua grande maioria, não possuem normativos específicos disciplinados pelo legislador, mas encontram no ordenamento de cada país regras que possibilitam a sua identificação e, por consequência, a sua aplicação para efetivação de direitos.

Para o desenvolvimento do texto, será traçado um corte histórico do surgimento dos processos estruturais. Em seguida, utilizando como metodologia de investigação a doutrina, procederemos com uma abordagem sobre os requisitos (gerais) para a existência de processos estruturais com o escopo de efetivação de direitos.

No desenvolvimento central do texto, será demonstrado como os processos estruturais podem funcionar como um modelo pelo qual os direitos, sejam públicos ou privados, podem ser efetivos, identificandose, ainda, no ordenamento brasileiro, ferramentas por meio das quais os processos estruturais podem se manifestar para efetivarem direitos, sobretudo no Código de Processo Civil e na Constituição brasileira de 1988.

Como resultado, será possível apontar que os processos estruturais possuem características que fogem dos traços típicos da litigiosidade clássica bipolar do processo individual e até mesmo coletivo, trazendo em seu bojo a multifuncionalidade e adaptabilidade para consubstanciar o direito subjacente à demanda deduzida em juízo.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Nas últimas décadas, relata Matheus Souza Galdino (2019, p. 675), que diversos países sofreram mudanças estruturais em suas políticas promovidas pela forte atuação do Poder Judiciário. Aponta o jurista que os Estados Unidos, por exemplo, vivenciaram um verdadeiro cenário de transformação social, pela intervenção judicial, na luta contra a segregação racial escolar.

Ao exemplo dos Estados Unidos, essas mudanças, identificadas como estruturais, espalharam-se pelo mundo, sendo encontrados exemplos na Colômbia, Argentina, Canadá, Índia, África do Sul entre outros (GALDINO, 2019, p. 676).

Em que pese a discussão em torno do momento a partir de qual os processos estruturais foram criados, há consenso de que o marco divisor partiu do julgamento proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos casos *Brown v. Board of Education of Topeka e Brown II* (GALDINO, 2019, p. 677-678).¹

Pelo pioneirismo, a partir de então novos processos estruturais foram construídos pelo Judiciário americano, existindo processos estruturais em áreas de segurança pública, relacionadas a hospitais de saúde mental, abrigos sociais etc., de modo que o Judiciário americano impôs uma série de reformas na estrutura burocrática do governo americano (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 341).

Diante desse contexto, é possível tentar avançar na conceituação do que seja um processo estrutural como:

[...] aquela que busca implantar uma reforma estrutural (structural reform) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam

¹ Na mesma linha de Matheus Souza, Fredie Didier Jr, Hermes Zanetti e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam que o pontapé inicial do processo estrutural ocorreu em 1954, com o caso Brown vs. Board Of Education of Topeka, declarando a Suprema Corte Americana a inconstitucionalidade de medidas de segregação racial para a matrícula de alunos negros em escolas públicas. (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 340)

para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 341).²

Com efeito, o grande marco para a construção da teoria dos processos estruturais demandou uma atuação conjunta de todos os atores políticos e processuais. Nessa linha, citando Fiss, tomando como contexto a decisão *Brown vs. Board Of Education of Topeka*, Henrique Alves Pinto afirma que:

[...] tal transformação exigia novos procedimentos para a escola de alunos; 'novos critérios para a construção de escolas; a substituição dos corpos docentes; a revisão do sistema de transportes para acomodar novas rotas e novas distâncias; nova alocação de recursos entre as escolas e atividades; o aumento de verbas; e muito mais.' Naquele tempo percebeu-se que o fim daquela prática segregacionista era um enorme processo de transformação pelo qual o Judiciário estaria encarregado de reconstruir o sistema educacional até então existente (FISS *apud* PINTO, 2018, p. 65).

2. CARACTERÍSTICAS (OU REQUISITOS GERAIS) PARA A EXISTÊNCIA DE PROCESSOS ESTRUTURAIS COM O ESCOPO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

A implementação de um processo estrutural depende de maturidade do sistema jurídico e ressignificação dos conceitos tradicionais, sobretudo em relação a própria separação dos poderes (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 347). Sérgio Arenhart, por exemplo, assevera que se faz necessário a existência de um ordenamento com sistema jurídico suficientemente maduro para entender a transformação pela qual passou a ideia da separação tripartite dos poderes, "[...] percebendo que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público" (ARENHART, 2013, p. 397). Com isso, seria possível ao Poder Judiciário imiscuir-se na análise do mérito administrativo, complementando a vontade do administrador que até então restava omissa ou deficiente (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 347).

² Conquanto o marco teórico e prático ensejado pelo julgamento de Brown v. Board of Education, tem se observando que a atuação do Judiciário americano vem diminuindo em razão dos impactos políticos que um ativismo provoca na comunidade política. Os atores propriamente políticos, congressistas e agentes do Poder Executivo, de certo modo, sentem-se desconfortáveis ao se verem diante de uma mudança estrutural provocada pelo Judiciário, partindo-se de premissa que o desenvolvimento de políticas públicas tem as discussões apropriados mediante a atuação do Legislativo com os cidadãos. (PINTO, 2018, p. 70-71.

Ademais, com o processo estrutural, a visão tradicional do processo, segundo o qual o magistrado estaria vinculado ao que foi pedido pela parte autora, sob pena de decisão extra ou ultra petita, seria revista, tornando a cognição mais ampla e flexível.

Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexandre de Oliveira apontam que nessa modalidade de processo é imprescindível que o magistrado receba a devida liberdade das regras rígidas do processo clássico, conhecido comumente pela adstrição ao pedido das partes, já que a lógica por trás do processo estrutural "[...] não é a mesma que inspira os litígios individuais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulação" (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 347-348).

Para a compreensão do tema, Matheus Souza Galdino aponta três tipos de modelos de processos que carregam em seu âmago a natureza estrutural.

O primeiro é identificado como *Public Law Litigation*, desenvolvido pelo jurista americano Abram Chayes. Em sua doutrina, o *Public Law Litigation* altera muitas das características do modelo tradicional do processo, apresentando-se:

- a) uma estrutura de partes que não é rigidamente bilateral, mas expansiva e sem forma predeterminada, e cujo conflito é resolvido na base do vencedor leva tudo, sendo possível proteger ao menos parcialmente o interesse de ambos as partes e talvez de ainda outros interesses:
- b) uma instrução que não é histórica nem serve para preparar a adjudicação, mas é prospectiva e legislativa, sendo o juiz chamado não para identificar os fatos do passado, mas para avaliar as consequências de programas alternativos que possam corrigir uma política pública;
- c) uma tutela que não é concebida como compensação por uma atividade que ocorreu no passado; pelo contrário, olha para frente, é projetada para o caso, de forma ampla e flexível e não é imposta, mas negociada, sobretudo porque o objeto da ação não é uma disputa entre particulares, mas uma reivindicação sobre o funcionamento de políticas públicas;
- d) os efeitos da tutela provocam, geralmente, importantes consequências para muitas pessoas, incluindo para aqueles que não

foram parte do processo; além disso, a decisão judicial não exaure a função judicial no caso, exigindo uma participação contínua do tribunal para além decisão;

e) o objeto do processo é moldado também pelo tribunal e não apenas pelas partes. O juiz não tem papel passivo, sua função vai além da declaração do direito aplicável, sendo ativo na instrução para investigação e determinação dos fatos, bem como na organização do processo para assegurar um resultado justo e viável (GALDINO, 2019, p. 679-680).

O segundo atine ao *Structural reform*, o qual afirma que compete ao Poder Judiciário «dar significado aos valores públicos» (GALDINO, 2019, p. 679-680).

Nesse modelo, Matheus Souza Galdino aponta as seguintes características:

- a) o foco do processo é uma condição social de vida social e o papel que grandes organizações desempenham na determinação destas condições;
- b) na parte autora da ação, verifica-se como vítima um grupo, o que exige um representante, alguém que não necessariamente seja membro do grupo. Ademais, o beneficiário, em que pese também seja do grupo, não necessariamente coincidirá em todos os termos com o grupo-vítima, podendo, por exemplo, ampliar-se;
- c) na parte ré, o autor do ato ilícito, o representante do réu e a pessoa que deve cumprir a medida em regra são pessoas distintas. Ademais, a figura do autor do ato ilícito praticamente desaparece, eis que o foco do processo não é o ato ilícito cometido, mas a dinâmica da burocracia estatal que o produziu;
- d) o juiz possui um papel mais ativo no processo, devendo assumir uma responsabilidade afirmativa para assegurar uma representação adequada;
- e) a fase de execução é certa, não é eventual. Tem um começo, talvez um meio, e quase não tem fim. Envolve uma longa e contínua relação entre o juiz e a instituição para eliminação da condição que ameaça os valores constitucionais:

f) a medida judicial é considerada em termos instrumentais, tendo em vista o valor constitucional ameaçado, não sendo decorrência óbvia deste; é escolhida entre as várias formas de atingir este propósito, fundamentando-se, em boa medida, em considerações de justiça e estratégia (GALDINO, 2019, p. 682).

O último modelo característico é a *Policentria*, possuindo suporte na doutrina de Lon L. Fuller.

Para explicar esta última característica, Fuller delimita a jurisdição como uma ordenação social, ao ponto de que as relações entre os sujeitos são «governadas e reguladas». Neste caso, a jurisdição estaria situada ao lado de mais duas formas de "ordenação": "[...] organização por objetivos comuns, que tem a eleição como formalização mais familiar; e a organização por reciprocidade, que tem o contrato como sua expressão formal explícita" (FULLER apud GALDINO, 2019, p. 683).

Como nota característica dos processos estruturais, valendo-se dos ensinamentos de Mariela Puga, Matheus Souza Galdino afirma que os processos estruturais têm como distinção o nexo causal que acaba por contemplar fatos que são fontes de violação de direitos, "[...] guiados não por objetivos sancionatórios, mas sim por objetivos de identificação e correção da violação" (GALDINO, 2019, p. 686).

Tentando mostrar a forma pela qual o processo estrutural se desenvolve, Francisco de Barros e Silva Neto vaticina:

À semelhança do que ocorre nas obras de engenharia — e se cuida de uma simples metáfora, antes que os colegas ultragarantistas tomem esta expressão como defesa de uma "engenharia social" a ser praticada pelos juízes — no processo estrutural demanda-se um projeto base e um ou mais projetos executivos. No primeiro, fixam-se as características conceituais da obra e o desempenho que se almeja para o produto final. No(a) outro(s), descrevem-se os elementos técnicos, executivos e operacionais, que guiarão as intervenções humanas necessárias ao atingimento daquele fim. Obviamente não há uma fronteira rígida entre as duas atividades, sendo os seus limites fixados casuisticamente, a partir das possibilidades do caso concreto, sem prejuízo de uma área intermediária, onde características de ambos os projetos podem coexistir (NETO, 2019, p. 328).

No processo estrutural, a decisão judicial teria como característica a fixação de conteúdos gerais, assumindo a decisão a natureza de uma

"norma princípio", como uma meta a ser alcançada e não apenas uma regra, com silogismo jurídico para se observar o preceito legal (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 356).

Três problemas principais estão no cerne dos processos estruturais como meio de efetivação de direitos: "a) a definição do objeto do processo; b) a estabilização do julgamento; e c) o desempenho concomitante de atividades de cognição e de execução" (NETO, 2019, p. 329).

A complexidade intrínseca é característica dos processos estruturais, restando impossibilitado pensar o processo de forma "holística"³, com previsibilidade de todos os comportamentos. Nessa situação, não seria razoável impor ao autor, de forma delimitada e específica, o comportamento que não sabe esperar do demandado (NETO, 2019, p. 329).

A abertura processual que possibilitaria essa mudança de paradigma no ordenamento brasileiro seria o Código de Processo Civil de 2015, no artigo 324, § 1º, segundo o qual prevê a dedução de pedido genérico quando não for possível determinar, desde logo, do ato ou do fato ou quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu⁴.

No entanto, há de se imaginar a situação de que, sem se valer da possibilidade do artigo 324, § 1º do Código de Processo Civil de 2015, o autor acabe restringindo o seu pedido para além daquilo que seria recomendado, descaracterizando a sua demanda inicialmente estrutural. Nessa situação, pela regra geral, o juiz deveria se ater ao que restou especificado nos pedidos, sob pena de se conceder algo além da pretensão inicial, em clara decisão extra petita. Todavia, por possuir uma cognição aberta, o magistrado poderia flexibilizar o princípio da congruência externa (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 398), desprezando os excessos de especificações para receber a petição inicial de forma "mais fluída e aberta" (NETO, 2019, p. 329–330).

Essa concepção evitaria a proliferação de processos individuais, já que cada particular, ao invés de procurar o título que respaldaria a sua

³ Expressão utilizada pelo professor da Universidade Federal de Pernambuco e juiz federal, Dr. Francisco de Barros e Silva Neto. (NETO, 2019, p. 329)

⁴ Art. 324. O pedido deve ser determinado. § 1º É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados; II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

pretensão, teria no processo estrutural a modelagem de como a situação é enxergada. Evitar-se-ia, numa visão individualista do direito, que existissem diversas decisões de forma conflitante, violando o próprio acesso à justiça (NETO, 2019, p. 331).

Diante da situação, poder-se-ia imaginar certo conflito, já que é o particular a dar o contorno que lhe interesse em sua lide e não poderia ser forçado, ou até mesmo surpreendido, com a transformação de sua pretensão em demanda estrutural. Nesses casos, pondera Francisco de Barros e Silva Neto que "[...] não se nega ao titular do direito a possibilidade de demandá-lo isoladamente, mesmo quando o problema ultrapassa os limites do seu caso concreto" (NETO, 2019, p. 331). O sistema é posto em verdadeiro conflito aparente entre aquilo que o titular do direito almeja e aquilo que a visão macro do sistema processual pode oferecer⁵. E em caso de impossibilidade de a demanda estrutural ser individualizada, cumpre ao julgador provocar o autor a adequar a sua pretensão ao modelo estrutural, sob pena de impossibilidade de se avançar na análise meritória da pretensão (NETO, 2019, p. 332).

Característica outra a ser investigada no processo estrutural como efetivação de direitos atine ao tipo de estabilidade a ser conferida no processo, ou seja, o tipo de trânsito em julgado do processo estrutural se assemelharia ou não aos processos tradicionais (NETO, 2019, p. 332).

Como regra geral, Francisco de Barros e Silva Neto aponta que pela necessidade do processo se chegar a um fim, não seria possível ficar se rediscutindo as etapas anteriores, atraindo a regra da preclusão das questões fáticas analisadas. A exceção ficaria por conta «de mudanças no contexto fático ou jurídico», na presença da cláusula rebus sic stantibus (NETO, 2019, p. 332-333).

Todavia, como toda regra comporta exceção, o processo estrutural teria a capacidade de, em momentos oportunos, ir além da sua função precípua e da própria lógica. Ou seja, o processo estrutural, desbordando do que inicialmente foi posto, poderia regulamentar comportamentos futuros (NETO, 2019, p. 332-333).

⁵ O professor Francisco de Barros e Silva Neto usa como exemplo a judicialização da saúde no ordenamento brasileiro. "Um exemplo cotidiano desse fenômeno se dá na judicialização da saúde, facultando-se ao portador de determinada doença demandar individualmente os entes públicos, a fim de obter o respectivo tratamento, sem prejuízo da possibilidade, admitida pelo sistema, de se buscar judicialmente a reestruturação dessa política (o que, reitere-se, traria resultados mais adequados do ponto de vista social e organizacional). (NETO, 2019, p. 331)

Entretanto, a fluidez e amplitude dessa modalidade processual carrega consigo determinada insegurança, haja vista a falta de previsão legal desse modelo, além de estar baseada num juízo de adequação e conveniência do julgador diante do caso concreto. Além de outras considerações, a crítica principal talvez repouse na abertura e estímulo do ativismo judicial, pedra de toque de um modelo já bastante contestado pela doutrina. Para sanar esses óbices iniciais, Francisco de Barros e Silva Neto, de forma resumida, propõe algumas diretrizes.

A primeira atine ao peso que a argumentação deve apresentar, sendo maior do que a própria pretensão deduzida em juízo. Em segundo, as transformações com o processo estrutural devem proporcionar idêntica ou maior eficácia dos bens jurídicos almejados. Por fim, flexibilização na fase executiva para a implementação do direito, com participação das partes (NETO, 2019, p. 334-335).

Como arremate dos pontos característicos dos processos estruturais está a possibilidade da existência de "decisões em cascata". Tal característica enseja uma maior interferência na realidade processual, com cognição e execução concomitante em várias instâncias, possibilitando que o direito almejado receba a sua real efetividade (NETO, 2019, p. 335).

3. PROCESSOS ESTRUTURAIS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Com a remodelagem do Estado, deixando o regime absolutista para ingresso numa nova fase de liberalismo, duas grandes ideias restaram cristalizadas nessa nova fase: a teoria da separação dos poderes, encontrando em Montesquieu o seu expoente mais célebre na era moderna; e o comportamento de que o Estado não poderia intervir na relações privadas dos cidadãos (PINTO, 2018, p. 11-13).

Nessa fase, até pela ideia que vinha se desenvolvendo em relação aos poderes estatais, o Judiciário foi tolhido na sua atividade jurisdicional, recolhendo-se a mera função de pronunciar a lei (PINTO, 2018, p. 12).

No entanto, as transformações sociais são intensas na modernidade. A ideia pretérita de individualidade - sustentada na propriedade privada como

^{6 &}quot;Não se trata de novidade para o Direito Processual: o deferimento de tutela provisória ou o julgamento parcial do mérito podem nos conduzir, em uma mesma fase do processo, a atividades concomitantes de cognição e de execução. A interposição de recursos, ao seu turno, desloca verticalmente parte dessas atividades, dispersando-as por mais de uma instância." (NETO, 2019, p. 335).

garantia de normalidade e satisfação - não recebe mais a mesma entonação. Ante a complexidade social, os indivíduos perceberam a necessidade de associação para enfrentarem os grandes problemas do cotidiano.

Nesse movimento, o Direito, embora de forma tardia para alguns, igualmente vem acompanhando as transformações. Dentro desse espectro, como guinada de mudança pelo mundo jurídico, percebeu-se que a tradicionalidade das regras construídas para tratar o processo de forma individual é carente de regras para atender a demanda macro que é apresentada.

Como não poderia ser diferente, a Constituição é o "domicílio" adequado para o tratamento de matérias como tipo e forma de governo e quais os direitos o Estado se comprometeu a cumprir. A Constituição também é o ambiente adequado para a construção de normas abertas e polissêmicas, conferindo ao intérprete a possibilidade de encontrar o melhor caminho para satisfazer o que restou pactuado constitucionalmente, sobretudo no que concerne a concretização de direitos (PINTO, 2018, p. 46).

Em relação a Constituição brasileira de 1988, há uma linguagem aberta e ambígua, o que acaba por se transferir "[...] ao intérprete parte do papel de criação do Direito à luz do caso em concreto, pelo qual poderá ele lhe dar um significado específico [...]" (PINTO, 2018, p. 46).

Nesse prisma, o processo estrutural é o canal por meio do qual os direitos mínimos fundamentais, domiciliados na Constituição, podem ser consubstanciados, mediante verdadeira simbiose de ações entre todos os sujeitos políticos (ou atores processuais), já que o escopo do processo não será tão somente declarar um vencedor ou condenar o perdedor, mas sim buscar medidas para que o direito violado alcance a sua máxima efetividade.

Por isso ao se falar em processo estrutural há a utilização de todas as técnicas que o Direito dispõe, tais como conciliação, negócio jurídico processual, cláusulas gerais, cláusulas abertas e meios atípicos de execução das obrigações. Além disso, argumentos tão conhecidos, como a reserva do possível, são de pronto afastados na efetivação de direitos (ditos fundamentais), quando da utilização de processos estruturais (LIRA, 2019, p. 51). Ou seja, procura-se evitar, ao máximo, que o processo, ao final, se torne um resultado de soma zero.

Como forma de sistematização dos processos estruturais na busca da efetivação de direitos, Marco Félix Jobim apresenta o seguinte quadro: "Concretização dos Direitos Fundamentais + Decisões Estruturais + Legitimidade Democrática + Complexidade = Litígio Estrutural" (JOBIM, 2019, p. 648).

Do que exposto, tomando como exemplo o ordenamento alemão, Ingo Wolgang Sarlet apresenta um panorama interessante da atuação do Judiciário em relação ao legislador, como forma de consubstanciação de direitos, mediante o exercício do "judicial self restraint" (SARLET, 2019, p. 487).

Em clara atuação estruturante, o Tribunal alemão não declarou a nulidade dos dispositivos do parlamento ofensivos ao mínimo existencial, no entanto, assinalou prazo ao Legislativo para que o parlamento, por sua própria atuação – "dentro do processo político e democrático" – promovesse as mudanças necessárias consignadas anteriormente pelo Tribunal (SARLET, 2019, p. 488).

Na linha do que aduzido, e tomando como ponto de partida o próprio julgamento realizado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão de 09.02.2010 (Hartz IV), o Supremo Tribunal Federal brasileiro propugnou a declaração gradual de inconstitucionalidade do parágrafo terceiro do art. 20 da Lei nº 8.742/93. No caso, embora a declaração de inconstitucionalidade, o STF não anulou de imediato o dispositivo da Lei, todavia, manteve a regra por determinado período para que as mudanças necessárias fossem realizadas, tanto pelo Legislativo como pelo Executivo no âmbito da política de assistência social (SARLET, 2019, p. 488-489). Observa-se, portanto, que houve uma atuação estrutural - propositiva por parte de um Tribunal (Corte) constitucional - para efetivar um direito fundamental.

Nessa esteira, assevera Ingo Wolfgang Sarlet que o Tribunal Constitucional alemão voltou a proferir novo julgamento nos moldes do que relatado anteriormente envolvendo a não atualização do valor do benefício assistencial. Contudo, diferentemente do que havia sido feito, o Tribunal Constitucional alemão foi além, com a elaboração de regra de transição enquanto não promovida a alteração legal necessária pelo parlamento (SARLET, 2019, p. 489).

Sobre o ponto, Ingo Wolgand Sarlet assevera que:

Tudo isso somado, já nos aproxima do tema das assim chamadas decisões ou medidas de caráter estruturante, na esfera das quais os Tribunais – em se tratando de direitos sociais a prestações – geralmente

não deferem pedidos na condição de direitos subjetivos individuais (ou mesmo coletivamente) de modo direto, mas de modo mais ou menos enfático e detalhado apontam determinados caminhos e medidas que devem ser levadas a efeito pelos atores estatais, seja na esfera legislativa, seja na esfera de atuação do Poder Executivo e do Poder Judiciário (SARLET, 2019, p. 491).

Cabe, neste momento, uma observação extremamente importante feita por Ingo Wolgand Sarlet no sentido de que não existe uma moldura do que deva ou não ser um processo estrutural, sendo a flexibilidade da sua construção característica peculiar adequada ao tipo de demanda que lhe é apresentada (SARLET, 2019, p. 491).

Deveras, para a efetivação de direitos o modelo estrutural se mostra adequado, porquanto a adaptabilidade do processo estrutural se ajusta justamente a atuação ímpar do Poder Judiciário – e até mesmo dos demais atores do cenário político – na implementação de direitos, sobretudo quando envolve políticas públicas, ao possibilitar uma atuação coordenada com os verdadeiros legitimados para a construção de tais direitos, Legislativo e Executivo (JÚNIOR, 2018, p. 76).

A premissa acima se faz necessária porquanto o pressuposto do modelo tradicional do processo coletivo nada mais reflete a litigiosidade bipolar dos processos individuais, com partes em lados opostos e o magistrado aplicando o direito posto. E a solução estaria no tipo de modelo de processo coletivo ou em um processo multifuncional.

Nesse mesmo diapasão, trazendo uma nova classificação para o processo, de acordo com a tipologia de litígio subsistente, Edilson Vitorelli (2019) apresenta três novas categorias de processos para a efetivação de direitos: a) litígios globais (2019, p. 467); b) litígios locais (2019, p. 541); e c) litígios irradiados. Os processos estruturais pertencem a este último grupo por possibilitar uma formatação diferenciada no procedimento para concretização de direitos (2019, p. 536-537).

Evidentemente que a aplicabilidade desse raciocínio parte da premissa de que o processo estrutural só será usado na medida do necessário, sob pena da perda da eficácia e simplificação do modelo. Como aponta Leonardo Medeiros Júnior "Defende-se a adoção de um modelo de processo estrutural quando ocorrer a existência da recalcitrância ou prolongada inércia do Poder Público na implementação de direitos" (JÚNIOR, 2018, p. 85).

Conquanto a particularidade relatada, no sentido de que o processo estrutural possui como ambiente adequado as relações macros e de cunho publicistas para a efetivação de direitos, os processos estruturais não estão excluídos das relações privadas em absoluto.

Como exemplo dessa última hipótese, é possível visualizar a aplicação do novo modelo processual na esfera privada. Isso ocorre, por exemplo, nos processos falimentares (Lei 11.101/2015, artigo 99), nos quais o juiz sentenciante determina "diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas" (inciso VII) (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 344–345).

Em síntese, há de se ter a premissa de que o que importa é a situação fática subsistente e o direito almejado que precisa ser efetivado, embora o legislador ou operador ainda não tenha atribuído nomen iuris ao instituto.

3.1. Processos Estruturais no Ordenamento Brasileiro

No Brasil, a implementação de direitos mediante os processos estruturais parte de releitura do ordenamento jurídico e, sobretudo, da extensão de determinados institutos jurídicos até então pensados para certa finalidade.

Nessa toada, afirma Henrique Alves Pinto que deve o processo civil atual se modernizar as novas técnicas jurídicas que permitam uma melhor adequação dos direitos materiais (PINTO, 2018, p. 85).

Essa questão perpassa, necessariamente, pela forma a partir da qual o magistrado poderá ir além das formas típicas executivas para fazer valer o direito subjacente à demanda, algo que é comumente conhecido pela doutrina como princípio da atipicidade da atividade executiva (PINTO, 2018, p. 87).

No atual Código de Processo Civil brasileiro, o legislador criou uma cláusula geral no inciso IV do art. 139, permitindo ao magistrado do feito determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Há, como se pode observar, verdadeiras técnicas criadas para a efetivação de direitos mediante os processos estruturais, existindo, na opinião de Henrique Alves Pinto, um microssistema dentro do CPC

brasileiro de 2015, produzindo técnicas ou meios «hábeis de superação dos mais variados entraves à efetivação de direitos» (PINTO, 2018, p. 103). Dentre essas técnicas, existe o "[...] princípio da solução consensual, da primazia do mérito, da boa-fé processual objetiva e da cooperação" (PINTO, 2018, p. 104), além de verdadeira transformação da natureza executiva do processo (PINTO, 2018, p. 107).

Essa nova realidade, ou técnica de implementação do novo processo adequado a realidade conflitual apresentada, perpassa, como aponta Henrique Alves Pinto, pela aproximação desenvolvida e estimulada pelo legislador no processo. Se antes o processo era o palco de contendores processuais agora é o ambiente de cooperação e negociação, sendo os negócios processuais verdadeiros mecanismos com capacidade de legitimidade normativa à efetivação de direitos (PINTO, 2018, p. 107).

Por ser um ambiente em potencial para a realização de ações estruturais dentro do processo, o negócio processual é ambiente fértil, por exemplo, para a implementação de uma política pública ou a realização de um desejo que os sujeitos do processo visualizaram durante o trâmite processual (PINTO, 2018, p. 110-111).

Outro caminho por qual o processo estrutural se manifesta está relacionado ao princípio da demanda ou da adstrição. No CPC brasileiro o princípio é consolidado no art. 141, combinado com o art. 492. Nele, pela ideia da doutrina clássica, o magistrado, ao julgar a pretensão, decidirá de acordo com o limite estabelecido pelos sujeitos do processo, não sendo omisso ou não ficando aquém ou indo além.

Todavia, com o passar do tempo, haja vista a complexidade que as relações (processuais) sociais envolvem, exigiu-se do operador medidas para efetivação do comando determinado pelo julgador. A partir daí, construíram-se exceções ao que antes era tido como uma cláusula rígida do processo civil. Nesse prisma, o ambiente propício para a excepcionalidade do princípio da adstrição está na tutela das prestações de fazer, não fazer e da entrega de coisa, disciplinadas nos artigos 497, 498 e 536 do CPC/15 e no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (PINTO, 2018, p. 118).

No caso brasileiro, é possível identificar algumas situações que, para serem dirimidas, passaram pela nova modalidade processual apresentada.

Pelo seu passado histórico, é cediço que o Brasil possui diversas políticas públicas voltadas para as causas indígenas. Uma das que mais

chamou atenção nos últimos tempos foi a demarcação da Terra indígena "Raposa Serra do Sol, localizada no extremo norte do país, no Estado da Roraima. O Supremo Tribunal Federal, mediante a Ação Popular nº 3.388/RR, embora possibilitando a demarcação da Terra Indígena, estabeleceu uma série de condicionantes aos próprios indígenas na utilização da terra demarcada.

Para Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexandre de Oliveira o caso da Raposa "é emblemático" por revelar, na opinião dos autores, "um apanágio das decisões estruturais", com a criação de um regime de transição entre a situação então presente para a que foi construída (2019, p. 346).

Outro exemplo que pode ser apontado como processo estrutural no ordenamento brasileiro está relacionado ao exercício do direito de greves por parte dos servidores públicos civis. Na ação judicial, Mandado de Injunção n.º 708/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora do legislativo e - suprindo a omissão a partir do julgamento - possibilitou a aplicação da Lei Federal n.º 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada (JÚNIOR; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 346).

Por fim, ainda é possível visualizar a existência de processo estrutural no próprio processo de impeachment, uma vez que o Supremo Tribunal Federal esboça o rito que deve ser seguido pelas Casas do Congresso para o processo de impedimento do Presidente da República (JÚNIOR; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 346-347).

CONCLUSÃO

A efetivação de direitos demanda uma atuação estática ou exige que os atores estatais (ou processuais) busquem no ordenamento instrumentos para a sua efetivação?

Os fatos da vida, do cotidiano sempre estarão à frente de qualquer previsibilidade do direito, tendo em vista que o direito nada mais é o reflexo da sociedade, nascido de um fato que o precede e exige a sua regulamentação para pacificar um conflito ou consubstanciar um direito.

Diante dessa imprevisibilidade dos direitos impende que o ordenamento jurídico seja munido de instrumentos para oferecer uma resposta.

Como via alternativa existem os processos estruturais, desconhecidos de alguns e reconhecidos como um forte aliado para a efetivação de direitos por outros.

Essa nova modalidade processual, embora na maior parte das vezes sem sistematização legal, vem ganhando significativo espaço ao redor do mundo, a exemplo do que já vem sendo feito pela Alemanha, Colômbia, Brasil, Espanha, EUA.

Em seu bojo, observa-se, indubitavelmente, características de certa forma uniformes, tais como ressignificação da teoria da separação dos poderes, novos contornos ao ativismo judicial, flexibilização das regras rígidas do processo clássico individual e até mesmo coletivo, além de uma maior aproximação de todos que de alguma forma tenham a pretensão de dirimir o conflito posto, mediante institutos, que por vezes, já estão previstos no ordenamento jurídico de determinado país, mas que são usados de maneira estática.

Em síntese, deparando-se com essa nova realidade, os processos estruturais funcionam como um novo instrumento a partir do qual os direitos, sobretudo os domiciliados na Constituição, poderão ser efetivados.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo. RT, São Paulo, v.225, ano 38, p. 397, 2013.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de grave violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019. p. 250.

GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 675-725.

JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: base de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 637-654.

JÚNIOR, Leonardo Medeiros. *Processo Estrutural Consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 204.

JÚNIOR, Fredie Didier. *Ensaios sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 192.

JÚNIOR, Fredie Didier; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 339-354.

LIRA, Adriana Costa. O Processo Coletivo Estrutural: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de (Org). *Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise.* Belo Horizonte: D'Placido, 2019. p. 106.

NETO, Francisco de Barros e Silva. Breves considerações sobre os processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 325-338.

NETO, Rogério Rudiniki. *Processo Coletivo Passivo: uma proposta de sistematização e operacionalização.* São Paulo: Almedina, 2018. p. 237.

PINTO, Henrique Alves. O Enquadramento das Decisões Estruturais no Código de Processo Civil de 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 264.

PORFIRO, Camila Almeida. Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 200.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 469-499.

VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Org). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 656.

RECEBIDO EM: 30/09/2020 APROVADO EM: 02/03/2021

CONFEDERAÇÃO SUÍÇA: ASPECTOS ELEMENTARES DE UM FEDERALISMO AUTÊNTICO

SWISS CONFEDERATION: ELEMENTARY ASPECTS OF AUTHENTIC FEDERALISM

Paulo Roberto Barbosa Ramos

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Granada – Espanha. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifica Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Tamara Luíza Dall Agnol Pinto

Doutoranda em Direito Civil pela Universidad de Buenos Aires (UBA). Mestre em Direito peça Universidade federal do Maranhão. Especialista em Direito Civil pela UNIDERP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Traços gerais do federalismo; 2 Características principais do federalismo suíço; 3 Descentralização e liberdade como alternativas aos desafios enfrentados pelo federalismo: breve análise do caso suíço; 3.1 Tradição

federal suíça e descentralização do poder; 3.2 Suíça hoje: conquistas e desafios; Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo objetiva descrever com clareza as características elementares do federalismo suíço, tendo em vista o conhecimento prévio de aspectos básicos deste Estado, mormente seu alto índice de desenvolvimento humano e sua posição de sociedade industrial avançada. Destacam-se aspectos históricos imprescindíveis para a visualização do contexto atual, os porquês da descentralização adotada, assim como a reforma constitucional de 1999, responsável - juntamente à lealdade do povo suíço - pela configuração desta autêntica federação. Para isso, metodologicamente, utiliza-se da revisão de literatura consagrada pela comunidade científica no âmbito dos estudos sobre o federalismo no mundo, inclusive o comparado, e, oportunamente, dados e rankings para a compreensão do contexto atual e dos desafios do Estado Suíço.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo. Suíça. Direito. Descentralização. Liberdade.

ABSTRACT: This article aims to clearly describe the elementary characteristics of swiss federalism, in view of the prior knowledge of basic aspects of this State, especially its high human development index and its position as an advanced industrial society. Important historical aspects stand out in order to visualize the current context, the reasons for the adopted decentralization, as well as the constitutional reform of 1999, responsible - together with the loyalty of the swiss people - for the configuration of this authentic federation. For this, methodologically, it uses the literature review consecrated by the scientific community in the scope of studies on federalism in the world, including the comparative one, and, in due course, data and rankings to understand the current context and the challenges of the Swiss State.

KEYWORDS: Federalism. Switzerland. Law. Decentralization. Freedom.

INTRODUÇÃO

Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo (MADISON, 2003, p. 318).

Em tempos marcados pelas constantes mudanças, pela dinamicidade das relações, pela sociedade da informação¹ e pelos graves problemas sociais enfrentados por várias nações, é natural que os juristas voltem suas atenções aos Estados que, até então, têm logrado um maior êxito na condução da organização político-federal, sem interferir com perigosos excessos na liberdade dos indivíduos, sustentando um grau desejável de qualidade de vida dos seus cidadãos. Neste contexto, está inserida a Suíça.

Como parte das sociedades industriais desenvolvidas, o país possui aproximadamente 8,5 milhões de habitantes, conforme a Federal Chancellery (2020, p. 08), e 26 unidades constituintes chamadas de cantões, das quais seis são semicantões, além de regiões não-administrativas com base na geografia física, na cultura, na história e na língua. É uma nação com grande diversidade religiosa e linguística, uma vez adotados o italiano, o alemão, o francês e o romanche como línguas nacionais, sendo que de 1291 a 1848 contou com diversas formações. Após o fracasso na guerra civil de 1847 entre liberais e católicos conservadores, sua nova Constituição, datada de 1848, lhe deu o status de federação. Atualmente a Confederação Suíça é regida pela nova versão da Constituição Federal, reformada e promulgada em 18 de abril de 1999 e desde 1º de janeiro de 2000 em vigor.

Ao perpassar a bibliografia escolhida, percebe-se um federalismo de alto grau de descentralização, marcado pelo multipartidarismo (doze partidos políticos), pelo uso recorrente dos referendos — obrigatórios ou facultativos — e outras possibilidades de participação mais direta da população na democracia, com poucas reformas levadas a cabo desde a sua origem. Muito embora as instituições federais possuam separação dos poderes, como na maioria das federações, depreendem-se algumas particularidades no caso suíço, como o fato de o executivo federal (Conselho Federal) compreender um órgão colegiado eleito pelo legislativo federal (Assembleia Federal) pelo período de quatro anos, com o chanceler rotativo

¹ A sociedade da informação "muda e dita comportamentos, regendo as formas de comunicação, os relacionamentos interpessoais, o consumo, e a própria vida em sociedade" (MARTINS, 2014, p. 4).

anualmente, o que é feito com o fim de garantir a estabilidade do sistema. Estes e outros pontos serão detalhados no desenvolvimento do presente estudo, sempre evidenciando as conexões entre os elementos do federalismo da Suíça e seu êxito enquanto nação com característica responsabilidade pelas contas públicas e que aplica um terço da sua receita em bem-estar social (Federal Chancellery, 2020, p. 9).

No que diz respeito à metodologia, importa destacar que se utiliza da revisão de literatura, da análise da Constituição Suíça e de dados divulgados por órgãos oficiais. Portanto, parte predominante da pesquisa reveste-se do caráter descritivo dos elementos principais do federalismo suíço, sendo também adotada a análise crítica em alguns momentos, mormente quando da nítida preferência da Confederação pelo liberalismo econômico, pensamento que ocupa quase metade das cadeiras na Assembleia Federal, o que revela um patamar curiosamente expressivo.

1. TRAÇOS GERAIS DO FEDERALISMO

O termo federalismo se inspira "no latim de *foedus*, remontando à sua raiz *bheid*, exprime tratado de aliança, pacto, convenção" (ROCHA, 1996, p. 196). Já nas tribos israelitas, há aproximadamente 3.200 anos, se tem relato do primeiro sistema federal documentado. Porém o primeiro ensaio federalista teria se dado em 1291, na Confederação Helvética, precursora da Suíça. Depois disso, no contexto da Reforma Protestante, na *Politica Methodice Digesta de Althusio*, já se viam escritos sobre a teoria federal (WATTS, 2006, p. 91).

Ao contrário do que se acredita, o federalismo começou a ser delineado bem antes da publicação dos oitenta e cinco artigos dos federalistas Hamilton, John Jay e Madison no *Independent Journal* de Nova York, e posteriormente em outros jornais americanos, acontecimento que, juntamente com outros, culminaram na aceitação dos argumentos prófederação levantados e, consequentemente, na Constituição Americana de 1787. Conforme Rocha (1996, p. 199), "a experiência norte-americana, de propagação célere e influência profunda, fez escola e lançou as bases de novas práticas constitucionais em todo o mundo".

O federalista Hamilton (2003, p. 54) comenta, inclusive, sobre os avanços da ciência política da época, como a "distribuição e divisão dos poderes, a introdução dos contrapesos e freios legislativos – a instituição dos tribunais compostos de juízes inamovíveis –, a representação do povo na legislatura por meio de deputados a sua escolha". Todas essas

"ferramentas", asseverou ele, um dos pais fundadores dos Estados Unidos da América, "são instituições novas ou aperfeiçoadas aos nossos tempos".

Ramos (2000, p. 23) conceitua federalismo como "fenômeno-político-social, vale dizer humano, não sujeito a certezas matemáticas ou a delimitações puramente racionais e previsíveis". O mesmo autor discorre sobre as diferentes origens do federalismo, que pode se dar por agregação, como no caso norte-americano e suíço, ou por desagregação, como aconteceu no Brasil (RAMOS, 2000, p. 47). Evidencia, ainda, que países como Canadá, Bélgica, Espanha, Reino Unido, Malásia e Nigéria se acomodam por questões étnicas, a Índia e a Iugoslávia por razões problemáticas linguísticas, os Estados Unidos para preservar a liberdade individual e o pluralismo grupal e a Suíça, por seu turno, que mais interessa nesta oportunidade, se acomodou para a preservação da liberdade local (RAMOS, 2000, p. 2).

O poder constituinte é que prevê a forma de estado, bem como a maneira de institucionalizar a federação no sistema político. A ministra do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Carmem Lúcia, é assertiva ao elencar o traço marcante do federalismo e o seu objetivo, realçando que

O elemento informador do princípio federativo é a pluralidade consorciada e coordenada de mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território estatal, posta cada qual no âmbito de competências previamente definidas, a submeter um povo [...] O objetivo da federação é alcançar a eficácia do exercício do poder no plano interno de um estado, resguardando-se a sua integridade pela garantia de atendimento das condições autônomas dos diferentes grupos que compõem o seu povo e assegurando-se, assim, a legitimidade do poder e a eficiência de sua ação (ROCHA, 1996, p. 171).

Mencionado princípio é composto pela soberania nacional e autonomias locais, pela repartição das competências das entidades componentes do todo, e, por fim, da participação de todas na formação da vontade nacional (ROCHA, 1996, p. 173). Na federação prevalece o direito interno, a União é detentora da soberania, sendo que os entes estaduais, por decorrência lógica, não a possuem, mas sim autonomia, carecendo de direito de secessão, possuindo competência restritas e definidas constitucionalmente (ROCHA, 1996, p. 176).

A autora, assim como outros autores como Ronald Watts, se refere a uma crise do federalismo, afirmando que não basta este estar escrito formalmente na Constituição para realizar-se, embora tenha o caráter de imutabilidade absoluta pelo poder constituinte reformador. Destaca a importância de efetivamente ser praticado, fazendo alusão à separação dos poderes, ao Judiciário fortalecido - evidenciando a Corte Constitucional - para que o princípio em voga seja resguardado, "o coração da Federação" (ROCHA, 1996, p. 180).

Dando continuidade à enumeração das características estruturais mais comuns das federações, elencam-se quais seriam elas segundo Watts (2006, p. 106):

- Duas ordens de governo atuam diretamente sobre seus cidadãos.
- Uma repartição constitucional formal dos poderes legislativo e executivo e a distribuição de fontes de financiamento entre as duas ordens de governo, o que garante algumas áreas de plena autonomia para cada instância. A provisão de um foro de representação para as diferentes opiniões regionais dentro das instituições políticas federais, comumente articulado sob a particular forma de uma segunda câmara. Uma Constituição escrita dotada de supremacia, não reformável unilateralmente senão requerendo o consentimento de uma proporção significativa das unidades constituintes. Um árbitro (em forma de tribunais ou mediante a organização de referendos) que regule as disputas entre governos. Procedimentos e instituições para facilitar a colaboração intergovernamental naquelas áreas onde as competências sejam compartilhadas ou se superponham inevitavelmente.

Isto é, o federalismo constitui uma organização estatal dificultadora dos excessos da natureza humana, descentralizando o poder e as funções do Estado (autoridade central), e destinando aos estados membros da federação uma quase soberania, sem que as competências estratégicas fiquem a cargo daquele (MADISON, 2003, p. 318). Assim, pode-se dizer que a ideia dos freios e contrapesos está presente desde o início da tratativa moderna do federalismo. Isso fica claro com os pais fundadores da América, visto que com a Constituição Americana logrou-se a colocação do Poder Judiciário no mesmo patamar do Poder Executivo e do Poder Legislativo, de modo que passassem a ser poderes harmônicos entre si, com base nas ideias de Montesquieu. Realça-se também a notoriedade dada ao Judiciário devido a sua prerrogativa de controle de constitucionalidade com o fim de, entre outros, manifestar-se sobre a constitucionalidade de atos advindos dos demais poderes.

Em relação aos demais traços relevantes do federalismo, pode-se mencionar o controle do orçamento oriundo das receitas. A competência

tributária, nesse diapasão, precisa ser condizente à repartição de competências executivas, já que os entes federais possuem autogoverno, auto-organização, autoadministração, e, inclusive, poder constituinte decorrente, mesmo condicionado material e formalmente pelo constituinte originário (ROCHA, 1996, p. 188).

Mesmo havendo determinados aspectos particulares da categorização de um Estado Federal, existem peculiaridades entre as nações que importarão em ajustes condizentes com suas realidades no que diz respeito à homogeneidade ou heterogeneidade linguística, cultural, étnica, histórica, econômica, antropológica, etc. Ademais, como as federações estão em constante modificação, hajam vistas as dinâmicas da vida social e, por consequência, do direito, não há que se falar, pois, em federalismo, mas sim em múltiplos modelos federais.

2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS DO FEDERALISMO SUÍÇO

Considerada uma federação autêntica, sólida e, inclusive, a mais antiga da Europa, já que após o fracasso na guerra civil de 1847, sua nova Constituição de 1848 lhe deu o status de federação, a Confederação Suíça/Helvética possui a segunda Constituição mais antiga do mundo, sucedendo apenas a americana (DARDANELLI, 2017, p. 231). Segundo Fiuza (1992, p. 505),

Há 700 anos atrás, tendo como cenário de fundo os picos nevados dos Alpes Centrais, refletidos nas águas azuis do *Vierwaldstattensee*, o Lago dos Quatro Cantões, os homens do Vale de Uri, a gente do Vale de Schwyz e a comunidade do vale inferior de *Unterwalden* firmavam, 'em nome de Nosso Senhor', um pacto perpétuo de defesa mútua e não-agressão. Assim, no início do mês de agosto de 1291, em dia que, posteriormente, convencionou-se ser o dia 1º, nascia a *Confédération Suisse*.

Isto é, nesse momento, tais comunidades "de jure sometidas al emperador alemán pero de facto notablemente autónomas, se juraron ayuda y defensa mutua con el fin de reafirmar su deseo de libertad ante la invasión imperial" (DARDANELLI, 2017, p. 231-232). Após esse fato, outros membros foram, aos poucos, se unindo em formato confederal, com múltiplas alianças e regido por tratados. Até hoje, oficialmente, a Suíça é nominada uma

^{2 &}quot;de direito submetidas ao imperador alemão, mas de fato notavelmente autônomas, juraram ajuda entre si e defesa mútua com o fim de reafirmar seu desejo de liberdade ante a invasão imperial" (tradução nossa).

Confederação³, mesmo não sendo adotado o sistema confederal⁴, mas sim o federal. Segundo Zimmer (2003: 19, p. 47-49 apud DARDANELLI, 2017, p. 232-233), "la idea de la identidad suiza surgió en el siglo XV con los escritos de los cronistas humanistas y, ya durante el siglo XVIII, comenzó a adquirir un carácter nacional y a avivar un movimiento nacionalista"⁵ que logo foi interrompido pela invasão francesa, só voltando a aflorar em 1815, com o Tratado Federal posterior à derrocada de Napoleão. Em seguida,

A principios de la década de los años 1830, un amplio movimiento reformista cobró fuerza. Se hacía llamar Regeneración y tenía dos objetivos: a nivel cantonal, el cambio constitucional basado en las ideas liberales; a nivel nacional, la transición de una confederación a una federación. El movimiento fue especialmente destacado en los cantones protestantes con gran auge económico y se enfrentó a una profunda resistencia en los católicos, de carácter más tradicional⁵ (Bonjour et al., 1952: p. 249-58 apud DARDANELLI, 2017, p. 233-234).

Esse foi o contexto para a guerra civil inicialmente mencionada, que veio a culminar na Constituição Federal de 1848. Hoje, a Suíça consubstancia uma república⁷ exemplo de sucesso organizacional, social e político, servindo de modelo de federação e democracia. Essa marca se deve, principalmente, ao notar-se um território diversificado no que tange à religião, língua e cultura, não obstante esteja tal heterogeneidade inserida

- 3 Segundo Favre (1970 apud FIUZA, 1992, p. 506) a manutenção da nomenclatura se deu "par les habitudes du langage, et aussi par le souci de respecter une tradition et de manifester à l'etranger la continuité de la vie juridique du pays".
- 4 Na Confederação, os Estados permanecem com sua soberania, de modo que o centro perde poder (ROCHA, 1996, p. 175) e rege-se pelo tratado firmado, destacando-se o direito internacional. Ademais, possuem os confederados direito de secessão, etc.
- 5 "a ideia da identidade suíça surgiu no século XV com os escritos dos cronistas humanistas e, já durante o século XVIII, começou a adquirir um caráter nacional e a avivar um movimento nacionalista" (tradução nossa).
- 6 "No começo da década de 1830, um amplo movimento reformista ganhou força. Se chamava Regeneração e tinha dois objetivos: em nível cantonal, a mudança constitucional baseada nas ideias liberais; em nível nacional, a transição de uma confederação para uma federação. O movimento foi especialmente destacado nos cantões protestantes com grande auge econômico e enfrentou uma profunda resistência nos católicos, de caráter mais tradicional" (tradução nossa).
- 7 Conforme Rocha (1996, p. 30), a república é forma de governo, tendo em vista a "institucionalização do poder para o efeito precípuo de definição da forma de seu exercício". Muito embora mencionada forma não faça muita diferença, considerando os ensinamentos de Ruy Barbosa: "aprendi a não ter preferências em matéria de formas de governo, a ver que as Monarquias nominais podem ser de fato as melhores Repúblicas e que, na realidade, as Repúblicas aparentes são muitas vezes as piores tiranias [...] Das idolatrias conhecidas na história da cegueira popular, nenhuma é menos sensata que a das formas de governo. Acima destas está a felicidade da pátria (BARBOSA, 1932, p. 51 apud ROCHA, 1996, p. 29).

em uma pequena circunscrição, equivalente, por aproximação, ao território do estado brasileiro do Espírito Santo, por exemplo, mas que posiciona-se em 2º no ranking segundo o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Relatório do Desenvolvimento Humano (PNUD, 2019, p. 298).

Quanto à forma de origem da federalização, a Suíça classifica-se como federalismo agregativo, súbito, nunca tendo passado por processo de refederalização. Conta, assim como a maioria das federações, com três níveis de governo, o central ou federal, o regional ou cantonal, e o local ou municipal/comunal.

Como não poderia ser diferente em uma federação modelo, a Suíça revela dinâmica de centralização moderada, na medida em que é composta por cantões detentores de bastante autonomia. Percebe-se como característica a ideia de centralizar alguns assuntos ao âmbito federal, mas descentralizar competências relevantes, a exemplo da fiscal. São vinte e seis cantões, seis semi cantões e dois mil, duzentos e doze comunas (2019). Tendo em vista o alto grau de descentralização, a Constituição faz com que o governo federal seja bastante dependente desses quanto à execução de boa parte da legislação (WATTS, 2006, p. 119).

Uma característica particular é a necessidade de referendo para a ratificação das reformas constitucionais (WATTS, 2006, p. 223), sendo visto que "la adopción de una nueva Carta Magna no ha detenido la constante oleada de cambios: hasta julio de 2016 la nueva Constitución ya se ha modificado 27 veces" (DARDANELLI, 2017, p. 236).

A respeito dessa participação direta da população, elucida-se a conclusão de Rocha (1996, p. 115) quanto à impossibilidade de dissociar república de cidadania. A combinação de ambos deve levar à democracia, até porque esta inexiste quando a participação política, social e econômica não estão asseguradas Isto é, evidencia os "instrumentos de atuação direta, ao lado de mecanismos de representação", até mesmo porque entende que "a República é mais pública quando os cidadãos são partícipes mais diretos do poder nela institucionalizado" (ROCHA, 1996, p. 138).

O executivo federal (Conselho Federal) consubstancia outro aspecto de relevância no federalismo suíço, adota-se um sistema misto, uma vez que consiste em um órgão colegiado composto por sete membros eleitos

^{8 &}quot;a adoção de uma nova Carta Magna não parou a constante onda de mudanças: até julho de 2016 a nova Constituição já [havia se modificado] 27 vezes" (tradução nossa).

pelo legislativo federal, com fulcro no art. 168 da Constituição Suíça, para mandatos de quatro anos (art. 145), mais o presidente/chanceler que é alterado anualmente. Ou seja, não há chefe de governo, mas sim um conselheiro presidente, enquanto todos os demais sete membrosconselheiros ocupam a representação de superministérios como chefes dos departamentos do executivo (art. 177). Watts (2006, p. 129) afirma que este formato de governo traz estabilidade ao sistema.

Ressalta-se que, conforme Fiuza (1992, p. 511)

Em se tratando do Conselho Federal (o órgão executivo colegiado já referido), vale a pena mencionar, o interessante sistema adotado informalmente em sua composição, a fim de que a democracia se torne ainda mais evidente. Desde 1959, ali se consagra a 'fórmula mágica', que consiste em distribuir suas sete cadeiras pelos quatro partidos políticos mais importantes no cenário nacional: duas para os radicais democratas, duas para os democratas cristãos, duas para os socialistas e uma para os democratas do centro. Conforme alerta DIETER FAHRNI, em sua História da Suíça, tal sistema permite que 80% dos eleitores estejam representados no governo. Ainda informalmente, procura-se distribuir as cadeiras por representantes das quatro línguas nacionais e evita-se que um mesmo cantão tenha mais de um conselheiro.

Frisa-se que a supracitada fórmula é um sistema de distribuição do qual se valem informalmente, o que demonstra o apreço pelo costume e pela democracia, por estarem contemplados vários partidos políticos. Acrescenta-se que por todas as prerrogativas de escolha do parlamento suíço, realçado o poder de compor o governo, se mostra inquestionável sua importância.

Quanto às características desta Assembleia Federal, é ela bicameral, tal qual modelou a tradição federalista, composta pelo Conselho Nacional (*Nationalrat*), com número fixo e igualitário de representantes dentre as unidades da federação e que são pagos, inclusive, pelos próprios cantões a fim de reafirmar a representatividade desses e, por outro lado, pelo Conselho dos Estados (*Staenderat*), formado por representantes em número proporcional à população dos cantões, com representantes pagos pela União (FIUZA, 1992, p. 508). Ainda é possível que o membro do Conselho dos Estado seja também membro do Conselho Nacional.

Como fora salientado, a Constituição originária da Suíça é datada de 1848, porém, em 1999, sofreu uma reforma total modernizadora aprovada via referendo por pouco mais de cinquenta por cento da população e dos cantões. Apenas nessa oportunidade adveio a consolidação dos direitos fundamentais, bem como os objetivos sociais da federação (WATTS, 2006, p. 120).

Quanto à composição do Tribunal Federal, autoridade jurídica suprema da Suíça (art. 188), diferentemente do Brasil, assim como os membros do Conselho Nacional, do Conselho Federal e o chanceler da Confederação, as juízas e os juízes possuem mandatos para os quais são eleitos pela Assembleia Federal, porém, por seis anos, observado o disposto no art. 145 da Constituição. Mais uma clara amostra da força de participação direta dos cidadãos suíços é o fato de que "o Tribunal pode julgar a validade das leis dos cantões, mas não das leis federais. A validade das leis federais se determina, diferentemente, por meio do mecanismo de referendo legislativo" (WATTS, 2006, p. 223).

No que concerne à relação estabelecida entre Suíça e União Europeia, os suíços decidiram não fazer parte deste bloco e, por isso, não são obrigados a adotar o euro como moeda. Diversamente, adotam como tal o franco suíço, sendo que a política financeira e monetária compreende assunto exclusivo da Confederação, nos ditames do art. 99 da Constituição. Por não compor a União Europeia, a posição atual da Suíça é de adaptar de forma autônoma suas leis e códigos às leis da referida União. Além de que, nos moldes do art. 44, "os cantões participam na preparação das decisões relativas à política externa que se referem a sua competência ou tangem seus interesses essenciais", e também, observando os limites postos pela Confederação e os seus próprios limites de competência, os cantões podem concluir acordos com o estrangeiro (art. 56).

Já fora explicitada a existência dos três níveis federais na Suíça. A fim de entender melhor a descentralização das instituições político-administrativas, realça-se que cada cantão detém sua própria constituição (art. 51 da Constituição), duas cadeiras no Conselho dos Estados, já os semicantões detêm apenas uma cadeira cada nessa Câmara equivalente ao Senado, e meio voto em casos onde a aprovação da maioria dos cantões seja exigida para ocorrer mudanças constitucionais.

A relação entre Confederação e cantões guia-se pelo princípio da cooperação, assistência mútua, negociação, mediação, como se depreende do art. 44 da Constituição Suíça, sendo encontrado o termo cooperação em vários momentos do seu texto. Nesse contexto de patente prevenção de conflito, os cantões aprovam suas próprias leis tributárias e dirigem

seus próprios sistemas educacional, de serviços sociais e policial. Esta liberdade é relevante na medida em que os "recursos facilitam ou limitam o exercício por parte dos governos das responsabilidades legislativas e executivas" e porque "as competências fiscais e de gasto são instrumentos que incidem e contribuem a regular a economia" (WATTS, 2006, p. 145). O autor ainda destaca a prática de transferência de nivelação pela Suíça, mecanismo utilizado exatamente para buscar um bom índice de simetria entre os cantões.

Por seu turno, os governos cantonais também são formados por membros eleitos pelo povo, assim como ocorre nos municípios/comunas, possuindo cada cantão sua respectiva câmara legislativa. Estes entes possuem considerável autonomia, até mesmo devido a heterogeneidade presente na federação, podendo decidir sobre questões como educação, saúde, transporte e segurança pública. Ademais, a depender da comuna, o cidadão é dotado de graus diversos de liberdade para diretamente votar questões de interesse próprio. As decisões são compartilhadas com os parlamentos e com os conselhos municipais/comunais.

Isto é, o centro é garantidor de diversidade de ordens jurídicas parciais obedientes à matriz constitucional da ordem nacional, tornando possível a coexistência de autoridade e liberdade (ROCHA, 1996, p. 172), o que caracteriza a descentralização, com maior participação política. A ideia é que o cidadão esteja próximo do centro de decisão, de modo a dar mais legitimidade ao poder.

Por conseguinte, ao averiguar-se sobre dissensões, nota-se que a Suíça não possui um histórico de intrigas envolvendo determinados cantões e/ou reivindicações por secessão. Recorda-se que "antes de constituirse como Estado federal en 1848, fue una confederación de estados durante varios siglos, por lo que el país ha ejercido un gobierno con/federal desde hace mucho tempo" (DARDANELLI, 2017, p. 231), o que reafirma sua tradição federalista.

Como aduz Ramos (2000, p. 25), para uma federação prosperar é patente a necessidade do consentimento entre os cidadãos para que um estado maior seja fundado via união de associados, corpos políticos. Já Hamilton (2003, p. 18) assentou as raízes comuns dos habitantes da então Confederação Americana, unidos pela língua, mesmos descendentes,

^{9 &}quot;antes de se constituir como Estado federal em 1848, foi uma confederação de estados durante vários séculos, por isso o país exerceu um governo con/federal desde muito tempo atrás" (tradução nossa).

mesma religião, hábitos, costumes, etc. Ou seja, evidenciou que todos eles "compraram a preço de sangue a liberdade comum".

Quanto a isso, importa ressaltar que a maior uniformidade da Suíça em relação a outras federações no que diz respeito a temas como igualdade social, qualidade de vida, mínimo existencial, não propicia uma menor utilização de práticas atinentes ao federalismo de cooperação para alcançar a igualdade financeira. Ao contrário,

La cooperación horizontal se ha incrementado principalmente porque se considera que contribuye a la unificación de políticas públicas al tiempo que evita que se produzca la trasferencia al gobierno federal de las hasta entonces competencias cantonales. Dicha cooperación se produce a través de tratados intercantonales, conocidos como concordatos. Los concordatos son negociados y suscritos por los ejecutivos cantonales pero están sujetos a la 'aceptación' de los parlamentos cantonales y, en la mayoría de ellos, a un referendum obligatorio u opcional¹⁰ (DARDANELLI, 2017, p. 238).

O que se pretende destacar é que talvez as pequenas dimensões territoriais, o número populacional, a tradição federal e de atendimento às liberdades individuais contribuíram e contribuem para uma maior harmonia entre os poderes e para o modelo de êxito em termos de desenvolvimento econômico e humano. Para Hoppe, como será aprofundado no tópico seguinte, "quanto menor o número de estados concorrentes — isto é, quanto maior o território do estado fica — menores são as oportunidades de se votar com os próprios pés, ou seja, migrar" (2013, p. 16), já que ao ter mais possibilidades de escolha, os indivíduos serão atraídos para os lugares em que se mostrarão maiores e melhores oportunidades, criando a hipótese de que nações menores e mais livres tendem a ter maiores chances de prosperar.

Seguindo a tratativa da simetria, bastante abordada nos estudos sobre federalismo, conceitua-se a mesma como "uniformidade entre os Estados-Membros dos padrões destes relacionamentos dentro do sistema federal" (RAMOS, 2000, p. 62). Assim, como visto, a Suíça logrou manter razoável grau de simetria entre os Cantões, sendo esta uma contribuição

[&]quot;A cooperação horizontal se incrementou principalmente porque se considera que contribui à unificação de políticas públicas, ao mesmo tempo que evita que se produza a transferência ao governo federal das até então competências cantonais. Dita cooperação se produz através de tratados inter cantonais, conhecidos como concordatas. As concordatas são negociadas e subscritas pelos executivos cantonais, mas estão sujeitas à 'aceitação' dos parlamentos cantonais e, na maioria deles, a um referendo obrigatório ou opcional" (tradução nossa).

para seu sucesso, visto que assimetrias acentuadas, disfuncionais e rupturas conflitivas tendem a trazer instabilidade regional. Reforça essa crença a assertiva de que "a causa que mais comumente tem dado lugar ao nascimento das facções tem sempre sido a desigual distribuição das propriedades. Os interesses dos proprietários têm sempre sido diferentes interesses daqueles que não o são" (HAMILTON, 2003, p. 61). Nesse interim, Ramos (2000, p. 77) evidencia que

se não houver o equilíbrio, a compensação, ainda que seja tão somente solução que diminua as desigualdades e em casos específicos poderá ser a devolução material ou financeira - poderá resultar um efeito contrário ao pretendido. Senão, fatores de desagregação poderão levar à morte do federalismo.

Essa tipologia de atritos que pode resultar em desintegração, conflitos internos, fragmentação social, etc., é nomeada por Watts de patologias das federações. Este estudioso do federalismo comparado sustenta, no entanto, que

a função das federações não é eliminar as diferenças internas, mas sim preservar as identidades regionais dentro de um marco de unidade. Sua função, assim, não é a de eliminar o conflito, senão a de gerir de tal modo que se alcance a acomodação das diferenças regionais. Mas o bem que se faça depende na prática da forma particular das instituições que se criou na federação (WATTS, 2006, p. 237).

Ideia esta convergente com as liberdades individuais que devem ser prezadas no sistema federal. A agregação também foi tema dos artigos federalistas, vez que Hamilton (2003, p. 37), ao discorrer sobre as dissensões entre os Estados - as facções e as convulsões interiores - recorda que as causas de hostilidades perpassam características humanas como inveja, ambição, paixões em geral, e até mesmo questões comerciais. O federalista reconhece a importância de certa homogeneidade de opiniões, paixões e interesses entre os cidadãos ao mesmo tempo em que é cético em relação à sua praticabilidade (2003, p. 60-61).

Ainda assim, não se pode olvidar que o país em apreço possui variedade linguística, religiosa e cultural. E que, conforme Ramos (2000, p. 106), têm crescido a disparidade econômica entre cantões, que variam também em tamanho e condições naturais, além de que alguns são mais predominantes que outros em vários aspectos, como Berna e Zurique.

Ramos analisa detidamente o caso suíço, levantando questões como tentativa de igualar, o uso de subvenções, intervenções nas ordens fiscais e financeiras dos cantões, de modo a encontrar alguns perigos em práticas bem-intencionadas. Lembra que "houve uma preocupação muito grande, desde 1965 com uma revisão constitucional central, no sentido de classificar as novas relações cantonal-local para refletir as novas condições do federalismo cooperativo" (RAMOS, 2000, p. 49). O que o autor conclui será apresentado no tópico seguinte. É certo que, como frisa Watts (2006, p. 110), pode ser contraproducente impor alguma unidade política, levando ao perigo das separações. Em contraponto, havendo diversidade, como no caso suíço, mas fortalecendo a posição dos grupos e fornecendo-lhes segurança, se chega a bom resultado.

3. DESCENTRALIZAÇÃO E LIBERDADE COMO ALTERNATIVAS AOS DESAFIOS ENFRENTADOS PELO FEDERALISMO: BREVE ANÁLISE DO CASO SUÍÇO

3.1. Tradição Federal Suíça e Descentralização do Poder

Recorda-se que o Estado Suíço é tido como o "tipo ideal" de federalismo. Nesse interim, "los suizos, tanto los ciudadanos como las élites, siguen profundamente apegados al federalismo, hasta el punto de que este sistema se suele mencionar a menudo como un elemento de la identidad nacional suiza" (DARDANELLI, 2017, p. 240-241).

Por essa característica aparentemente ter surgido naturalmente, é possível afirmar que a ideia federal está bastante amadurecida entre os suíços. Um exemplo de como a tradição esteve alinhada com o engajamento político organizacional dos helvéticos, é a Landsgemeinde, mais velha que a própria Confederação e sem regulamentos escritos, baseiam-se nos costumes e tradição, expressando seriedade na sua condução, compreende uma reunião realizada com grande dose de cerimônia, atraindo turistas e visitantes do mundo todo, em que há votações para escolha dos líderes e se tomam outras decisões, não são simples festivais políticos (FIUZA, 1992, p. 8-9).

Assim como nos Estados Unidos da América, a Suíça, como verificouse, foi formada por agregação. Toda a sua história, a qual percorreu-

^{11 &}quot;os suíços, tanto os cidadãos comuns como as elites, seguem profundamente apegados ao federalismo, chegando ao ponto deste sistema ser mencionado frequentemente como um elemento da identidade nacional suíça" (tradução nossa).

se, e também a própria cerimônia ora descrita, revelam características encrustadas na identidade suíça. Destarte, o apreço à liberdade, à segurança, à propriedade se mostra tão relevante como era no contexto americano para os fins de união, tendo Hamilton deixado essa questão clarividente ao afirmar que

a utilidade da União à nossa prosperidade política; a insuficiência da Confederação atual para mantê-la, a necessidade de um governo ao menos tão enérgico como aquele que vos propõe; a conformidade da Constituição proposta com os verdadeiros princípios do governo republicano; a sua analogia com a Constituição dos nossos Estados particulares; finalmente, o aumento e a segurança da manutenção dessa espécie de governo, da nossa liberdade e das nossas propriedades que, da adoção, o projeto proposto deve resultar (HAMILTON, p. 16).

Todavia, Hoppe (2016), autor conhecido da doutrina libertária que se preocupa especialmente com a consolidação da União Europeia como um superestado, entende que a centralização se caracteriza como prejudicial à liberdade dos indivíduos. Este teórico enumera três elementos componentes da mencionada União: o primeiro seria a "harmonização da estrutura de impostos e regulamentações para todos os países-membros", o segundo compreenderia o "arranjo redistributivista", e o terceiro abarcaria a destruição de "todas as identidades nacionais e toda a coesão cultural e social existente nos diversos países".

Isto é, contrariamente a muitos, Hoppe não enxerga benefícios em uniões heterogêneas e que abranjam espaços territoriais muito extensos, mormente quando da aplicação da lei federal nesse tipo de configuração. Para ele.

um governo central não pode executar sua determinação legislativa, ou lei pervertida, sobre toda a população a menos que ele encontre cooperação e apoio predominantes locais ao tentar. Isto fica óbvio se imaginarmos um grande número de cidades ou vilas livres como descrevi anteriormente. É praticamente impossível, considerando o potencial humano e de conhecimento, bem como de um ponto de vista de relações públicas, dominar milhares de localidades vastamente dispersas em um território e impor o poder federal direto sobre elas (HOPPE, 2013, p. 48).

Ademais, se mostra extremamente cético no que concerne às Constituições e democracias chamadas nominalistas por Watts, Rocha e outros, às quais Rui Barbosa já fazia referência desde os finais do século XIX^{12} .

No mesmo passo, Hoppe (2016) destaca que entre países pode-se observar gradações de violações aos requisitos que levam a prosperidade de um povo — finalidade precípua das federações — e esta análise seria crucial para determinar o fracasso ou o sucesso das nações. Afirma, pois, que a organização declarada do Estado é irrelevante nessa averiguação, citando os exemplos de China, Índia e da "democrática" Venezuela, que vêm suprimido reiteradamente as liberdades individuais. O autor faz um alerta: "Não confie em uma democracia. Tampouco confie em uma ditadura. Confie, isso sim, em uma descentralização política radical". Ele acredita, portanto, que a solução está

em uma Europa formada por centenas de Liechtensteins e cantões suíços, unidos entre si por meio do livre comércio e em concorrência direta uns com os outros pare ver quem oferece as condições mais atrativas para que pessoas produtivas ali permaneçam ou se mudem para lá.

Isto é, a descentralização e a organização estatal em pequenos territórios, sugeridas por Hoppe, não significam isolacionismo. Ao contrário, defende que "os homens cooperam porque são capazes de reconhecer que a produção sob a divisão do trabalho é mais produtiva do que no isolamento autossuficiente" (2013, p. 09). Ademais, como lembra Rocha (2006, p. 126) "o Direito sempre cria obrigações. Ele nunca é absoluto por ser uma relação entre homens, todos dotados igualmente de direitos. Assim, o direito põe-se sempre também como um dever havido com o outro".

Percebe-se, inclusive, contato desta linha de pensamento com a ideia haberliana, já que reconhece que na federação existem múltiplos centros de decisão, de modo que cada um possui sua própria cultura, desejos e ambições, estando melhor contemplados esses principais quesitos quando da adoção mista/híbrida de tipo federativo (HABERLE, 2006, p. 105).

Ou seja, seria uma maneira de reconhecer a liberdade de cada microesfera e um reconhecimento, por parte da Federação, da possibilidade de

¹² Quanto ao modo como a república emergiu no Brasil, Rui Barbosa (1932, p. 51 apud ROCHA, 1996, p. 29) asseverou: "aprendi a não ter preferências em matéria de formas de governo, a ver que as Monarquias nominais podem ser de fato as melhores Repúblicas e que, na realidade, as Repúblicas aparentes são muitas vezes as piores tiranias [...] Das idolatrias conhecidas na história da cegueira popular, nenhuma é menos sensata que a das formas de governo. Acima destas está a felicidade da pátria".

manifestação da multiplicidade de culturas e regionalismos existentes. Como aponta Watts (2006, p. 94), dentre as razões para se optar, hodiernamente, pelo federalismo, estão os fatos de que, primeiro, "a autossuficiência do Estado-Nação é amplamente reconhecida como inalcançável e a soberania é menos atraente se significar que, na realidade, o povo tem menos controle sobre as decisões que lhes afetam de uma maneira crucial", e, segundo, porque "as economias de mercado estão criando condições socioeconômicas conducentes a apoiar a ideia federal", até mesmo porque mercados "se orientam mais à diversidade que à homogeneidade". Muito embora exista uma soberania, a autodeterminação importa, inclusive, na medida em que a vocação de cada *Lander* - Haberle trata do caso específico alemão - se deixa fluir. Esta conclusão se mostra bastante clara nas seguintes palavras do autor:

Hoy es decisivo, finalmente, aclarar la conexión de la dignidad humana y la democracia. La democracia es la 'consecuencia organizatoria' del principio 'dignidad humana'. No debería concebirse, tal y como ocurre usualmente, como si fuese algo privado y no político. Más bien, hay que reflexionar sobre ella en el ámbito de los derechos políticos, democráticos de conformación del individuo¹³ (HABERLE, 2006, p. 153).

Assim, esses espaços com estruturas territoriais e científicoculturais menores apresentariam maiores chances de êxito, uma vez que a autodeterminação democrática estaria mais abarcada, considerando a pluralidade étnica, religiosa, cultural e linguística existente no continente europeu.

Nesse mesmo sentido, Rocha (1996, p. 94) coloca que a república, a democracia e a federação combinam para dar ases a um sistema harmonioso pela qual perpassam princípios, dos quais se destacam a dignidade humana, a igualdade dos indivíduos, a moralidade e a responsabilidade públicas. Significando a primeira a não coisificação do homem, já que ele é fim e não meio. A segunda compreende a "igualdade material minimamente assegurada pelo Estado a todos os cidadãos" (ROCHA, 1996, p. 101). E as últimas consistem em vias de se evitar a corrupção, para que não se inviabilize a atual "concepção republicana de modo de vida política na qual se governa, voltando-se para a universalidade dos cidadãos" (ROCHA, 1996, p. 103).

[&]quot;Hoje é decisivo, finalmente, aclarar a conexão da dignidade humana e da democracia. A democracia é a 'consequência organizatória' do princípio da 'dignidade humana'. Não deveria conceber-se, tal e como ocorre usualmente, como se fosse algo privado e não político. Mas sim é preciso refletir sobre ela no âmbito dos direitos políticos, democráticos de conformação do indivíduo" (tradução nossa).

Montesquieu também cultivava a ideia de que repúblicas haveriam de ser territorialmente pequenas. Para esse francês, claramente influenciador dos federalistas, a república federativa era aplicável a pequenos principados, com diminuta extensão territorial e população. "Esta forma de governo é uma convenção pela qual muitos corpos políticos consentem em fazerse cidadãos de um Estado maior do que aquele que querem formar [...] A sua forma previne todos os inconvenientes" (MONTESQUIEU apud HAMILTON, 2003, p. 56).

Por outro lado, Hamilton (2003, p. 24) demonstra opinião divergente quanto ao tamanho territorial, mormente devido à patente defesa da república a um contexto maximizado: "uma nação poderosa pela sua massa e força pode fazer aceitar explicações e satisfações que seriam reputadas insuficientes sendo oferecidas por uma Confederação ou Estado menos notável pela sua importância e pelo seu poder", diz ele.

Enfim, independentemente do espaço territorial, acredita-se que muito mais importante para a definição do êxito de uma federação é o espirito de lealdade e o apreço pela liberdade individual cultivados pelo seu povo, o que invariavelmente tende ao alto grau de descentralização do poder. Corroborando com Watts, que conclui:

descentralização e devolução de poderes, que podem ser desejáveis para acomodar a diversidade linguística, cultural, histórica e econômica ou para potenciar a eficiência administrativa, não são suficientes para sustentar uma federação. Todas as federações precisam de um ponto central de lealdade capaz de desempenhar eficazmente aquelas tarefas de interesse comum se a federação deseja conservar a confiança de seus cidadãos durante um grande tempo (2006, p. 198).

Por sua vez, logo após analisar vários federalismos assimétricos mundo afora, a solução pensada conclusivamente por Ramos, seria a seguinte: "o estado federal teria que encontrar um equilíbrio entre a assimetria natural e a igualização artificial, de forma que cada cantão possa beneficiar-se do outro sem dificultar um ou outro" (2000, p. 120). O que parece ser uma alternativa razoável e praticável.

3.2. Suíça Hoje: Conquistas e Desafios

Finalizada a exposição sobre a tradição de aliança, de liberdade e de engajamento político da Suíça, bem como a discussão sobre a interferência que os tamanhos territoriais implicam no grau de prosperidade de uma

nação, passa-se a vislumbrar algumas características e desafios atuais da Suíça.

Em primeiro, cabe ressaltar e reconhecer que variados fatores influem na formação federal: geográficos, históricos, econômicos, ecológicos, de segurança, linguísticos, culturais, intelectuais, demográficos, internacionais. Tudo isso mantém a união e fomenta a identidade regional, conforme Watts (2006, p. 135-136).

O fato é que todo esse processo de formação da federação influencia diretamente o modelo de repartição de competências, de modo que dá para estabelecer tendências. Assim, em tese, como fora suplantado anteriormente, menores território teriam maior coesão. A Suíça, especificamente, com toda a diversidade que lhe é inerente, como visto, revela-se uma federação autêntica, considerada modelo. Destaca-se, antes de adentrar no âmbito dos desafios por ela enfrentados, sua 5ª posição no ranking da liberdade econômica, em que 186 países são analisados. O país helvético, se consagra, portanto, como um dos lugares mais livres economicamente do mundo (HERITAGE FOUNDATION, 2020). Isso deixa clarividente que "não basta o ideal: a ação que torna o Direito uma experiência diária" (ROCHA, 1996, p. 126).

A fim de melhor compreender a posição do ranking, evidenciam-se os doze critérios analisados pela instituição organizadora do ranking, organizados em quatro categorias, quais sejam: "Direito de propriedade; Integridade do governo; Eficácia judicial; Gastos do governo; Peso dos impostos; Saúde fiscal do governo; Liberdade para fazer negócios; Liberdade de trabalho; Liberdade monetária; Liberdade do comércio; Liberdade de investimentos; Liberdade financeira" (HERITAGE FOUNDATION, 2020).

Por conseguinte, por obter boas notas nos critérios enumerados, pode-se afirmar que a Suíça tem preservado sua cultura liberal desde a época da guerra civil assente e, uma vez que essa abertura à economia de mercado é imprescindível para os avanços tecnológicos, nível de emprego, ascensões sociais, conforto possibilitado pelo atendimento das demandas com o menor custo possível, etc., se faz pertinente associar sua situação favorecida em relação a várias outras federações ao resguardo da liberdade econômica, várias vezes mencionada na sua Constituição:

Art. 27 Liberdade económica 1 É assegurada a liberdade económica. 2 Ela compreende, particularmente, a livre escolha da profissão, bem como o livre acesso a uma actividade profissional remunerada na economia privada e o seu exercício livre. [...]

Art. 41 1 A Confederação e os cantões empenham-se, de forma complementar à responsabilidade individual e à iniciativa privada [...]

Art. 94 Princípios da Ordem Económica 1 A Confederação e os cantões respeitam o princípio da liberdade económica. 2 Preservam os interesses da economia global da Suíça e contribuem, juntamente com a economia privada, para o bem-estar e para a segurança económica da população. 3 [...]

Já os federalistas, no capítulo sobre a utilidade da União em relação às finanças, deixaram patente a motivação americana pela produção, pela satisfação das necessidades, conservando-se a "atividade e a abundância" e a "doce recompensa pelo seu trabalho" (HAMILTON, 2003, p. 75). Destacando-se a visão de que comércio altivo necessariamente traduz valorização das terras, assim como é perceptível a preocupação da arrecadação de impostos feita de modo a não prejudicar o comércio (HAMILTON, 2003, p. 77), preocupação bastante presente também na Suíça:

The Constitution requires the Confederation to balance its expenditure and receipts on a lasting basis. It is required to run a surplus when the economy is strong, and may spend more than it collects in receipts when the economy is weak. This 'debt brake' was applied for the first time in 2003. Since then, federal debt has been reduced by a quarter, from CHF 124 billion to CHF 99 billion. In this respect, Switzerland does well compared to other countries: the national debt is around 28% of gross domestic product¹⁴ (GDP) (Federal Chancellery, 2020, p. 9).

No que diz respeito aos desafios hodiernos da Suíça, foram levantados vários por Dardanelli, evidenciando-se nesta oportunidade alguns, como o dilema da cooperação horizontal, a tentativa de igualação fiscal, o processo de centralização ocorrido nos últimos anos, a crescente onda migratória,

^{14 &}quot;A Constituição exige que a Confederação equilibre suas despesas e receitas de forma duradoura. É necessário ter um superávit quando a economia está forte e pode gastar mais do que arrecada em receitas quando a economia está fraca. Este 'freio da dívida' foi aplicado pela primeira vez em 2003. Desde então, a dívida federal foi reduzida em um quarto, de CHF 124 bilhões para CHF 99 bilhões. Nesse aspecto, a Suíça se sai bem em comparação com outros países: a dívida nacional gira em torno de 28% do produto interno bruto" (tradução nossa).

o enfraquecimento das identidades cantonais e as tentativas de fundir os menores cantões.

 ${\bf Q}{\bf u}$ anto à cooperação horizontal, compreende um dos desafios para o país na medida em que

los ciudadanos tienen que decidir entre transferir numerosas competencias al nivel federal, por lo que el país se vuelve más centralizado pero también se somete a un proceso democrático federal, y mantener las responsabilidades a nivel cantonal, si bien sometiéndolas al proceso (por norma general menos democrático) de cooperación ejecutiva intercantonal¹⁵ (DARDANELLI, 2017, p. 246).

Ou seja, resta a dúvida entre ceder poder à União para lidar com a atividade redistributiva ou manter as responsabilidades em nível cantonal. Essa temática se aproxima demasiadamente com a tentativa de igualação fiscal e também do processo de centralização pelo qual passa a Suíça nos últimos anos, pois "la federación suiza también ha aspirado a mejorar la cohesión económica y fiscal entre los cantones al tiempo que estos han conservado en la medida de lo posible su autonomía fiscal. Así pues, se ha desarrollado un sistema de igualación fiscal que con el tiempo se ha ido sofisticando" (MUELLER; DARDANELLI, 2016, p. 5-9 apud DARDANELLI, 2017, p. 237).

Como ocorre em outras federações que adotam sistemas semelhantes para corrigir assimetrias, as tensões entre os cantões que contribuem e os que recebem existem e podem se tornar dissensões mais delicadas. Outro ponto sensível seria a competição fiscal entre cantões, uma vez que, disfrutando da sua alta competência nessa seara, adotaram "sistemas fiscales regresivos en un intento por atraer a los contribuyentes de rentas altas. Aunque el Tribunal Federal falló que estos sistemas fiscales regresivos eran inconstitucionales, la competencia sigue siendo feroz" (DARDANELLI, 2017, p. 245-246). O autor, inclusive, na sequência, aponta esse fator como dificultador na

[&]quot;os cidadãos têm que decidir entre transferir numerosas competências ao nível federal, o que faz com que o país se torne mais centralizado, mas também se submete a um processo democrático federal, e manter as responsabilidades a nível cantonal, no entanto submetendo-as ao processo (por norma geral menos democrática) de cooperação executiva inter cantonal" (tradução nossa).

[&]quot;a federação suíça também aspirou melhorar a coesão econômica e fiscal entre os cantões, ao mesmo tempo que estes conservaram, na medida do possível, sua autonomia fiscal. Assim, pois, se desenvolveu um sistema de igualação fiscal que com o tempo foi se sofisticando" (tradução nossa).

^{17 &}quot;sistemas fiscais regressivos em um intento de atrair os contribuintes de rendas altas. Embora o Tribunal Federal tenha decidido que estes sistemas fiscais regressivos são inconstitucionais, a concorrência segue sendo feroz" (tradução nossa).

coesão federal interna, segundo especialistas. Evidenciando a tentativa do partido Socialista de aprovar uma tentativa de taxar grandes fortunas, o que foi recusado pelo Parlamento em novembro de 2010.

No que diz respeito a esse tema, Ramos (2000, p. 120) acredita que em um

Estado federal o princípio de competição tem de ser referido em relação ao princípio de harmonização. O exemplo da Suíça mostra que as diferenças entre as cargas fiscais não conduzem à perda de qualidade dos padrões de vida em alguns cantões nem a um 'caos fiscal'. Ao contrário, a competição fiscal entre os cantões leva a um melhor uso dos meios e dos débitos.

Ou ainda, como ressalta Hayek (1966, p. 15-16), "el ideal de usar los poderes coercitivos del gobierno para lograr justicia 'positiva' (esto es, social o distributiva) conduce, empero, no sólo con necesidad a la destrucción de la libertad individual, que algunos podrían pensar que no sería un precio demasiado elevado"¹⁸, mas também submete à prova uma ilusão, algo inalcançável, uma vez que pressupõe um consenso acerca da importância relativa dos diferentes fins concretos que não podem existir em uma grande sociedade, cujos membros não conhecem uns aos outros.

Sob o ponto de vista administrativo, verifica-se a tentativa de fundir cantões, como vem ocorrendo com comunas, que diminuíram consideravelmente em termos numéricos nos últimos anos tendo em vista as uniões entre várias delas. O mesmo processo é intentado em relação aos cantões, devido às fronteiras irregulares e por consolidarem-se em territórios pequenos se observados os critérios adotados em outras federações (DARDANELLI, 2017, p. 242).

Outro aspecto de preocupação, que ocorre não só na Suíça, mas em várias outras partes, consubstancia o enfraquecimento das identidades cantonais, com a subsequente homogeneização gradativa da língua.

Este factor se debe al incremento de la movilidad intercantonal y al proceso de transformación en los médios [...] Dado que las comunidades lingüísticas no coinciden con las fronteras cantonales y no poseen una estructura política en sí, estas tendencias ejercen presión en la estructura institucional del

[&]quot;o ideal de usar os poderes coercitivos do governo para conseguir justiça 'positiva' (isto é, social ou distributiva) conduz, contudo, não somente com necessidade à destruição da liberdade individual, que alguns poderiam pensar que não seria um preço muito elevado" (tradução nossa).

federalismo suizo y podrían llevar a una mayor politización de la brecha linguística ¹⁹ (DARDANELLI, 2017, p. 242-243).

Esse desafio, ademais, está bastante conectado com o fenômeno recente de migração interna e externa no território suíço, o que também tem acontecido em toda a Europa, acontecimento que "ya ha diluido la homogeneidad étnica y religiosa de los cantones y es probable que así siga en el futuro" (DARDANELLI, 2017, p. 246). No entanto, mesmo com todos estes desafios indicados pelo autor, o mesmo é otimista e realça sua crença de que a Suíça saberá utilizar sua tradição federal para adequar os mecanismos e destinar soluções aos problemas realçados. Fiuza (1992, p. 10) corrobora ao afirmar que

ao lado das maravilhas oferecidas pelo país, a Suíça, como Estado, é um perfeito laboratório onde o federalismo e a democracia, levados a sério, foram capazes de fazer com que pessoas falando línguas diferentes, professando religiões diversas, conservando costumes variados, se tornassem uma população homogênea, no sentido de formarem uma nação e um povo, que, sobretudo, ama a liberdade.

CONCLUSÃO

No decorrer do presente artigo tratou-se de vários elementos gerais do federalismo, e, mais especificamente, dos elementos federais atinentes à Confederação Suíça. Conclui-se que mais do que um mero modo de organização político-administrativa em que um ente central distribui poderes e competências a entes federais em níveis distintos, as federações autênticas pressupõem alinhamento não apenas formal, mas, sobretudo, fático, com a democracia, com as suas respectivas Constituições, e com as liberdades individuais tão caras à vida social.

A Suíça, como ficou bastante evidenciado, é tida como modelo de federação, na medida em que possui histórico que suplanta a própria origem do federalismo, tendo em vista a época da Confederação Helvética. Sua história constitucional também é antiga e, portanto, digna da sua tradição de engajamento político favorável às alianças em prol da segurança, da propriedade e da liberdade, especialmente da liberdade econômica. Esse fator

[&]quot;Este fator se deve ao incremento da mobilidade inter cantonal e ao processo de transformação nos meios [...] Dado que as comunidades linguísticas não coincidem com as fronteiras cantonais e não possuem uma estrutura política em si, estas tendências exercem pressão na estrutura institucional do federalismo suíço e poderiam levar a uma maior politização da brecha linguística" (tradução nossa).

^{20 &}quot;já diluiu a homogeneidade étnica e religiosa dos cantões e é provável que assim siga no futuro" (tradução nossa).

é refletido na sua Lei e na dinâmica social suíça, que soube acomodar de maneira louvável as várias diferenças encontradas em seu pequeno território.

Com grande e característica participação popular nas decisões relevantes à nação, a Suíça conta em grande medida com a lealdade do povo, já acostumado a tradicional cerimônia *Landsgemeinde*. Chama também a atenção o sistema misto utilizado pelo executivo federal, e a grande autonomia dos cantões e das comunas, o que enseja o alto grau de descentralização praticado.

Assim, uma vez observando os excelentes índices de desenvolvimento humano, de liberdade econômica, de arrecadação tributária *versus* retornos efetivos ao bem-estar dos cidadãos, é possível afirmar que o país caminhou pelo percurso da prosperidade. O que não significa, no entanto, que medidas de nivelação entre cantões não foram levadas a cabo - ao contrário, o federalismo cooperativo esteve presente na sua política – e que esse país não possui desafios atualmente. Fora visto que os desafios perpassam a questão de igualação fiscal, fluxos migratórios, enfraquecimento de identidade cantonal, dentre outros que, segundo os autores abordados, deverão ser superados pela federação sem tanta dificuldade.

REFERÊNCIAS

DARDANELLI, Paolo. El federalismo suizo: Orígenes, evolución y desafios. In: WILHELM, Hofmeister; ARANDA, José Tudela. *Sistemas Federales: una comparación internacional.* Zaragoza: Fundación Konrad Adenauer, 2017.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *SUÍÇA:* 700 anos – modelo de democracia e federalismo. R. Inf. Legisl. a. 29. n. 113. jan/mar. 1992. p. 505-514. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175929/000462296.pdf?sequence=1. Acesso em: 10 jul. 2020.

HABERLE, Peter. El Federalismo y el Regionalismo como forma estructural del Estado Constitucional. Ciudad de México: Universidad Nacionl Autónoma de México, 2006.

HAYEK, Friedrich A. *Los principios de un orden social liberal.* Estudios Publicos, 1966.

HERITAGE FOUNDATION. Ranking de liberdade econômica. 2020. Disponível em: https://institutomontecastelo.files.wordpress.com/2020/03/c38dndice-de-liberdade-econc3b4mica-2020-1.pdf Acesso em: 10 jul. 2020.

HOPPE, Hans-Hermann. *O que deve ser feito*. Tradução de Fernando Fiori Chiocca. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. 50p.

______. A única esperança para a liberdade está em uma descentralização política radical. 2016. Disponível em: https://www.mises.org. br/Article.aspx?id=2468>. Acesso em: 30 jun. 2020.

JAY, John; HAMILTON, Alexander; MADISON, James. *O Federalista*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 512.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O Direito ao Esquecimento na Internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. (coord.). *Direito Privado e Internet*: Atualizado pela Lei nº 1 2.965/2014. São Paulo: Atlas, 2014.

PNUD - Publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório do Desenvolvimento Humano* 2019. Além do rendimento, além das médias, além do presente: As desigualdades no desenvolvimento humano no século XXI. 2019. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020. 344 p.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo Assimétrico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SUÍÇA. Constituição Federal da Confederação Suíça. 18 de Abril de 1999. Disponível em: https://www.ccisp-newsletter.com/wp_docs/ Bundesverfassung_PT.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SWISS. *The Swiss Confederation a Brief Guide*. Federal Chacellery. 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/BUKU_2020_EN.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

WATTS, Ronald L. Sistemas Federales Comparados. Madrid: Marcial Pons, 2006.