

REVISTA

CADERNO VIRTUAL

Volume 1 Edição 46

Jan/abr. 2020 ISSN: 1981-3759

**NOVOS DESAFIOS
PARA A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

**Caderno Virtual, Brasília, v. 1, n.
46, Jan/abr. 2020**

ISSN: 1981-3759

Editores Chefes

Prof^a. Janete Ricken Lopes de Barros, IDP

Prof^a. Ariadne Moreira B. de Oliveira, IDP

Prof^a. Eduarda Toscani Gindri, IDP

Conselho Editorial

Prof^o. José dos Santos Carvalho Filho, IDP

Prof^a. Luciana Silva Garcia, IDP

Prof^o. Atalá Correia, IDP

Prof^o. Raphael Peixoto de Paula Marques, IDP

Prof^a. Olívia Rocha Freitas, IDP

Prof^o. Fábio Lima Quintas, IDP

Prof^o. Marcelo Proença, IDP

Prof^a. Marilda Silveira, IDP

Prof^o. Ulisses Schwarz Viana, IDP

Prof^o. Felipe Cortês, IDP

Prof^o. Pedro Palotti, IDP

Prof^o. Leandro do Nascimento Rodrigues, IDP

Prof^o. Mário Augusto Carboni, IDP

Prof^o. Bruno Magalhães D'Abadia, IDP

Prof^o. Daniel Falcão, IDP

Prof^o. Guilherme Pupe, IDP

Prof^o. Paulo Mendes, IDP

Prof^o. Rodrigo Mendonça, IDP

Prof^o. José Henrique Mouta, IDP

Prof^a. Olivia Freitas, IDP

Prof^o. Daniel Falcão, IDP

Prof^o. Leonardo Estrela, IDP

Prof^o. Leandro Gobbo, IDP

Prof^o. Rodrigo Becker, IDP

Comitê Executivo

Alessandro Freire

Renan Silveira Holtermann

Matheus Brito Fachine

Design

Júlia Pedrinha Soares

REVISTA

**CADERNO
VIRTUAL**

SUMÁRIO

Carta Editorial

Janete Ricken Lopes de Barros, Ariadne Moreira Basílio de Oliveira, Eduarda Toscani Gindri

Artigos Acadêmicos

DOS BANCOS TRADICIONAIS AOS DIGITAIS: QUAIS RISCOS CORPORATIVOS OS BANCOS BRASILEIROS ENFRENTAM AO INVESTIREM EM *FINTECHS*?

Ana Paula Alves Freire de Carvalho

A INDENIZAÇÃO PELA PERDA DO TEMPO ÚTIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Débora Pereira Gonçalves

O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013, E OS DESAFIOS DO MODELO DE MULTIPLICIDADE DE AGÊNCIAS DE CONTROLE DOS ATOS DE CORRUPÇÃO

Eduardo Alecsander Xavier de Medeiros

SISTEMA PRISIONAL FEMININO E POLÍTICAS PÚBLICAS: UM DEBATE OPORTUNO

Gabriela Gadeia Brito Jardim

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CELEBRIDADES DIGITAIS NA PUBLICIDADE DO INSTAGRAM

Maíra Moura Barros Henrique

MODERNIZAÇÃO DO ESTADO E DOING BUSINESS: UMA ANÁLISE DAS IMPORTAÇÕES NO DISTRITO FEDERAL POR MEIO DO PORTAL ÚNICO DE COMÉRCIO EXTERIOR

Nyvea Lourenço

QUESTÕES PRÁTICAS SOBRE CLÁUSULAS PÉTREAS NO BRASIL

Pedro Merheb

Artigos dos Programas de Iniciação Científica e Trabalhos de Conclusão de Curso do IDP

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS E JUS COGENS: UM ESTUDO COMPARATIVO DOS RELATÓRIOS DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ONU

Ellen Rayssa Fernandes Noronha

A FORÇA PROBANTE DOS DOCUMENTOS DIGITALIZADOS: EFICIÊNCIA VERSUS SEGURANÇA JURÍDICA

Fernanda Rosa de Vasconcelos Oliveira

LEI 13.655/18 E O SANDBOX REGULATÓRIO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL: SEGURANÇA JURÍDICA PARA UM REGIME REGULATÓRIO DIFERENCIADO

João Paulo Resende Borges

ROYALTIES DO PETRÓLEO DE GÁS: UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO PARA GARANTIR COMPROMISSOS CONSTITUCIONAIS

João Marcelo Xavier Rodrigues

A INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL SOBRE CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS: ENTRE A NATUREZA DA SUBVENÇÃO ESTATAL E A PRESERVAÇÃO DO PACTO FEDERATIVO

Lucas de Carvalho Mangia

O PREQUESTIONAMENTO FICTO NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO: DESAFIOS PARA A PADRONIZAÇÃO DO INSTITUTO NAS CORTES SUPERIORES

Renato Bastos Abreu

Carta Editorial

A presente edição da revista Caderno Virtual (CV) - publicação oficial da Escola de Direito e de Administração Pública - EDAP, do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) - traz aos seus leitores um conjunto de artigos organizados em duas partes, tendo a edição geral a temática “Novos Desafios para a Administração Pública”.

A primeira parte é composta por artigos acadêmicos, incluindo a participação de alunos dos programas de mestrado e doutorado do IDP, bem como trabalhos produzidos por autores, professores e alunos, integrantes de outros programas nacionais de pós-graduação, mestrado e doutorado, aprovados pelo sistema *duplo blind review*.

A segunda parte traz artigos acadêmicos produzidos por alunos da graduação Escola de Direito e de Administração Pública – EDAP, no âmbito do programa de incentivo à iniciação científica e à pesquisa, ProIC, e trabalhos indicados à publicação nas bancas de apresentação dos Trabalhos de Conclusão de Curso.

A presente edição visa proporcionar um espaço de divulgação de teses e de ideias no âmbito do Direito, da Economia e da Administração Pública, promovendo o debate qualificado acerca de temas relevantes da pesquisa científica envolvendo temas interdisciplinares. Trata-se de uma revista com periodicidade trimestral destinada a publicar trabalhos de qualidade científica para fomentar o debate acadêmico.

O Caderno Virtual objetiva, ainda, ser um espaço de atualização bibliográfica constante para a comunidade acadêmica do IDP e do país. O escopo editorial da revista passa a contemplar as seguintes linhas de pesquisa: a) Processo, Jurisdição Constitucional, Direitos e Garantias Fundamentais; b) Direito Privado e Constituição; c) Gestão Governamental e Políticas Públicas e d) Economia, Finanças e Desenvolvimento.

A fim de adequar-se aos quesitos estabelecidos pela regulação do Qualis Periódico, o CV conta com Equipe Editorial definida, por meio de Conselho Editorial, Comitê Executivo e Editores Chefes, que se organizam para garantir o processo avaliativo sob o sistema do *duplo blind review* e ao convite para publicação de autores estrangeiros e pesquisadores de renome nacional e internacional.

É com grande satisfação que o Centro de Pesquisa (CEPES) em conjunto com as Coordenações dos Cursos de Graduação, Pós-Graduação *Lato Sensu* e Pós-Graduação *Stricto Sensu*, apresentam a presente a 46ª edição do Caderno Virtual.

Diante de todo o material qualificado reunido na presente edição, esperamos que a revista contribua para promover discussões, debates e divulgação de conhecimento científico qualificado.

Prof^a. Janete Ricken Lopes de Barros

Prof^a. Ariadne Moreira Basílio de Oliveira

Prof^a. Eduarda Toscani Gindri

Editoras Chefes

DOS BANCOS TRADICIONAIS AOS DIGITAIS: QUAIS RISCOS CORPORATIVOS OS BANCOS BRASILEIROS ENFRENTAM AO INVESTIREM EM *FINTECHS*?

Ana Paula Alves Freire de Carvalho¹

Resumo

Atualmente, no segmento bancário, muito se fala sobre as novas tecnologias como um diferencial competitivo. Entretanto, quanto mais inovadora é a solução, maior é o risco que a instituição está exposta ao escolher uma proposta inédita. Neste sentido, revela-se a questão abordada neste trabalho: quais riscos corporativos os bancos brasileiros digitais e tradicionais estão sujeitos ao investirem em *fintechs*? A compreensão deste assunto provoca uma reflexão que envolve a viabilidade de investimento atrelada aos riscos corporativos decorrentes das decisões. Para isso, este artigo analisou o comportamento de riscos dos quatro maiores bancos tradicionais e dos doze bancos digitais brasileiros. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, foram coletados os dados disponibilizados pelas instituições nos relatórios divulgados na internet, em sites próprios, no período de 2015 a 2019. Empregando estatística descritiva, os dados consolidados proporcionaram o mapeamento dos riscos corporativos do público amostral. Os principais resultados indicam que a gestão de riscos promovidas pelos bancos procuram, estritamente, atender às regulamentações do Banco Central, confrontando com o principal pilar do Gerenciamento de Riscos. Além disso, a negligência no acompanhamento das ocorrências e o inadequado dimensionamento do impacto desses riscos para as organizações, tornam o investimento em *fintechs* uma operação arriscada.

Palavras-chaves: Bancos tradicionais; Bancos digitais; *Fintechs*; Riscos corporativos; Gerenciamento de riscos.

FROM TRADITIONAL BANKS TO DIGITAL BANKS: WHAT CORPORATE RISKS DO BRAZILIAN BANKS FACE WHEN INVESTING IN *FINTECHS*?

Abstract

Currently, in the banking segment, much is said about new technologies as a competitive differential. However, the more innovative the solution, the greater the risk that the institution is exposed when choosing an unprecedented proposal. In this sense, the key question for this work is revealed: what corporate risks are digital and

¹ Coordenadora de Projetos de Tecnologia da Informação na CAIXA Econômica Federal. Possui MBA em Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e em Gestão e Governança de TI pelo UNICESP e mestre em Administração Pública pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) – Escola de Administração de Brasília. E-mail: (ana_paula_freire@yahoo.com.br).

traditional brazilian banks subject to investing in fintechs? The search for this response provokes a reflection that involves the feasibility of investment linked to corporate risks arising from this decision. For this, this paper analyzed the risk behavior of the four largest traditional banks and the twelve Brazilian digital banks. Through bibliographic and documentary research, data made available by institutions in the reports published on the Internet were collected on their own websites during the years 2015 to 2019. Using descriptive statistics, the consolidated data provided the mapping of the corporate risks of the sample public. The main results indicate that the risk management promoted by banks seek, strictly, to meet the regulations of the Brazilian Central Bank, confronting the main pillar of Risk Management. In addition, neglect in monitoring occurrences and inadequate sizing of the impact of these risks on organizations make investing in fintechs a risky operation.

Keywords: Traditional banks; Digital banks; Fintechs; Corporate risks; Risk management.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a tecnologia tem avançado a passos largos. A disponibilidade da informação exigiu que o mundo se adaptasse na mesma velocidade que as necessidades se apresentavam. As relações comerciais se adaptaram às novas formas de consumo: os negócios digitais, o *e-commerce*, as moedas virtuais e as solicitações em tempo real, por exemplo, trouxeram oportunidades de desenvolvimento econômico. Neste cenário de competição acirrada, o grande diferencial das empresas passou a ser a oferta daquilo que ainda não foi desejado, mas que será indispensável em pouquíssimo tempo. Inovar tornou-se, portanto, o diferencial competitivo entre as empresas e neste contexto surgiram as *Startups*: “empresas em fase inicial que desenvolvem produtos ou serviços inovadores, com potencial rápido de crescimento” (ABSTARTUPS, 2018: 6).

Estudos da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN, 2018) demonstram que as *fintechs* – *startups* que utilizam tecnologia na solução de problemas para o segmento financeiro – são as principais responsáveis pelos investimentos em inovação tecnológica neste setor, por ofertarem produtos e serviços em plataformas digitais, principalmente em aplicativos utilizados em *smartphones*. Nos últimos seis anos, os bancos investiram, aproximadamente, R\$ 20 bilhões anuais em TI “recursos que em 2017 corresponderam a mais de 26% dos seus lucros e a 15% de todo o dispêndio em tecnologia da informação [TI] no Brasil” (FEBRABAN, 2018: 79).

A pesquisa da DELOITTE (2018) produzida a pedido da FEBRABAN, aponta um crescimento de 5% entre 2017 e 2018, com relação aos investimentos realizados em tecnologia pelos bancos no Brasil. Neste setor, mais de 5 bilhões de transações foram realizadas em 2017 utilizando aplicativos móveis disponíveis para *smartphones* e por *internet banking* (DELOITTE, 2018). Ainda em referência à pesquisa, a ampla utilização dos *smartphones* pelos brasileiros para resolver questões cotidianas, foi o grande responsável pelos estímulos financeiros destinados ao desenvolvimento de tecnologias bancárias.

A recente publicação da FEBRABAN (2018: 13) constatou que “até o ano de 2015, a indústria bancária no Brasil e no mundo ocupava a segunda posição nos *rankings* de setores que mais direcionavam recursos para a tecnologia”. A partir de 2016, os bancos chegaram ao topo, dividindo a liderança com o governo brasileiro. O crescimento das parcerias firmadas entre os bancos e as *fintechs* também cresceram. Araújo (2018) afirma que os acordos comerciais voltados para incentivos tecnológicos aumentaram na ordem de 32% em 2016 e 45% em 2017. Segundo o autor, a expectativa média de parcerias para os próximos 5 anos é de até 82%. Caso essa estimativa se concretize, os investimentos realizados pelo setor financeiro às *fintechs* tendem a aumentar.

Outro movimento que fomenta a busca por tecnologias inovadoras é queda no quantitativo de agências físicas bancárias registrada no ano de 2017. Sem ignorar outros fatores, o incremento de recursos financeiros destinados a novas tecnologias atuou como grande motivador neste cenário (DELOITTE, 2018).

Ainda que nos ventos apontem uma direção favorável de retorno sobre os investimentos em TI, a inovação deve ser analisada com cautela, tendo em vista que as consequências das decisões, nem sempre são benefícios, lucros ou qualquer resposta positiva (CAVALCANTE E CAMÕES, 2017). No que concerne às *startups*, os investimentos precisam levar em consideração a natureza incerta dessas instituições. Ries (2012: 24) assevera que a *startup* “é uma instituição humana projetizada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza”, enquanto Gitahy (2018: 2) complementa que “um cenário de incerteza significa que não há como afirmar se aquela ideia e projeto de empresa irão realmente dar certo – ou ao menos se provarem sustentáveis.”

Torna-se fundamental para os bancos analisar a relação custo-benefício no investimento em *fintechs*, em busca da prevenção aos riscos potencialmente existentes, considerando o cenário de incerteza relacionado aos produtos e soluções inovadoras. Por isso, os estudos que preconizam a gestão de riscos junto ao segmento financeiro e às *fintechs*, podem contribuir, significativamente, com o desenvolvimento de uma compreensão mais apurada acerca dos investimentos em tecnologia no âmbito corporativo e da administração pública. Desta forma, não há como as empresas públicas e privadas, em especial os bancos, ignorarem que os riscos na adoção de práticas inovadoras estão diretamente relacionados ao grau de inovação das instituições, já que “a inovação quando bem-sucedida tende a gerar valor no setor público sob diferentes formas, mas, muitas vezes, suas consequências fogem ao planejado” (CAVALCANTE E CAMÕES, 2017: 251). O desafio que se apresenta, então, é encontrar o equilíbrio entre o maior investimento destinado às práticas inovadoras e o menor risco agregado.

Ainda que seja natural para o segmento financeiro, falar em riscos quando são realizados investimentos, conhecer as fragilidades que expõem os bancos ao investirem em *fintechs* pode influenciar diretamente a tomada de decisão, já que as consequências dessas decisões podem ser tão catastróficas a ponto de promoverem a falência das instituições ou serem tão positivas a ponto de consolidar a posição estratégica das empresas dentro do seu segmento (MAZZUCATO, 2014). Dada a importância do setor bancário no fomento de práticas inovadoras, reforça-se a necessidade de estudar os riscos corporativos inerentes à escolha das *fintechs* que receberão aportes financeiros. Conhecer as condições a que os investidores estão sujeitos antes de aplicarem seus recursos pode diminuir a chance de perdas, identificar a escolha mais bem alinhada à estratégia da instituição e ainda, direcionar a tomada de decisão para soluções que agreguem valor aos clientes.

Este artigo se insere na discussão acerca do investimento em novas tecnologias, analisando os riscos corporativos que estão associados ao investimento em *fintechs*, para auxiliar a tomada de decisão quanto a destinação dos recursos financeiros. Neste contexto, os estudos se desenvolveram em torno da seguinte questão: quais riscos corporativos os bancos tradicionais (públicos e privados) e os bancos digitais estão sujeitos ao investirem em *fintechs*?

A pesquisa apresentada neste documento possui a seguinte estrutura: a primeira parte contextualiza o ambiente de inovação no Brasil e os riscos corporativos existentes no segmento bancário, inclusive os aspectos regulatórios. Aborda o referencial teórico conceituando inovação, *startups*, *fintechs* e riscos e descreve os procedimentos metodológicos desenvolvidos neste trabalho. A segunda parte dispõe sobre os principais achados e os resultados obtidos a partir da análise dos dados sobre gerenciamento de riscos e inovação, para os quatro maiores bancos brasileiros e para bancos digitais nacionais. Na última parte, são tecidas as considerações finais e, após estas, encontram-se as referências bibliográficas.

2. INOVAÇÃO, STARTUPS E FINTECHS

No setor financeiro, as decisões que envolvem a inovação sofrem influência de um fator que é o principal condicionante dos resultados: o dinheiro. É ele que define onde, quando, como e o porquê das escolhas estratégicas realizadas, interferindo também nas regras de mercado e nos passos dados rumo à maximização dos lucros (BARBIERI E SIMANTOB, 2009). Como assevera Ries (2012), a corrida frenética para maximizar os lucros e expandir em curto prazo, estimula as organizações a investirem em inovação. No caso dos bancos, a busca para atender às necessidades dos seus clientes aquece diretamente o mercado tecnológico, mediante o movimento de oferta e procura por propostas, soluções e tecnologias. Com isso, empresas e ideias nascem e morrem a todo o momento. A sobrevivência dos bancos e das propostas inovadoras dependem do encontro exato entre a necessidade e a solução ou ainda, do investimento realizado pelo banco e a proposta mais adequada ofertada.

Segundo a DELOITTE (2018), os bancos e o governo brasileiros foram as instituições que mais investiram em tecnologia no ano de 2017 e esse comportamento crescente, está diretamente associado à busca pela maximização dos lucros e pela redução dos custos operacionais e financeiros. Apesar disso, priorizar o investimento em tecnologia não é uma tarefa tão simples, pois existem benefícios que são quantificáveis (que podem ser calculados) e outros que “não têm uma quantificação simples, não sendo trivial a sua transformação em fluxos de caixa e/ou em indicadores operacionais de eficiência” (LEITE E CORREIA NETO, 2015: 104).

A ação adotada inicialmente pelos bancos tradicionais rumo ao movimento inovativo foi a criação de ambientes para o fomento de ideias dentro das próprias instituições. Algumas iniciativas como a Cubo do Itaú e a InovaBRA do Bradesco foram tão bem-sucedidas que, atualmente, possuem gestão própria, detêm participação acionária nos bancos e ofertam seus produtos e serviços ao mercado externo. Entre os bancos públicos, a CAIXA e o Banco do Brasil apresentam iniciativas semelhantes, como o CAIXALab e o Pensa BB, entretanto, o foco de atuação foi direcionado para a solução de problemas internos dos órgãos, com iniciativas criadas pelos próprios empregados (ROLI, 2018).

Para atender às demandas das instituições financeiras, as *startups* surgiram trazendo novas tecnologias, com baixo custo no investimento e com ideias simples para solucionar problemas complexos e pontuais. “Ser uma *startup* é um momento na vida de uma empresa, onde uma equipe busca desenvolver um produto/serviço inovador, de base tecnológica, que tenha um modelo de negócio facilmente replicado e possível de escalar sem aumento proporcional do seus custos” (ABSTARTUPS, 2018: 6)

Machado (2015 *apud* Bacher e Guild, 1996: 22) traz uma visão mercadológica em sua definição de *startups*: “companhias que pretendem comercializar uma tecnologia pela primeira vez e, em razão disso, entregar uma fonte significativa de vantagem competitiva”. Para Roncaratti (2018 *apud* Torres-Freire, Maruyama e Polli, 2017: 11) as *startups* são produtos resultantes de ações empreendedoras e inovadoras, que participam ativamente da mudança de processos de inovação. A ABSTARTUPS (2018), apresenta as principais características que definem uma *startup*: inovação, escalabilidade, repetibilidade, flexibilidade e rapidez e as classifica de acordo com sua fase de maturidade, mercado de atuação, modelo de negócio e público alvo. Com a proposta de atuarem no mercado financeiro, surgiram as *fintechs*: *startups* que apresentam soluções para este segmento (ABFINTECHS, 2018; ARAÚJO, 2018; FREITAS, 2018).

“Estruturalmente, as *fintechs*, no geral, são empresas inicialmente de pequeno porte, com alto capital humano e por conseguinte com perfil diferente dos bancos e grandes players do mercado, no qual possuem como exigência requerimentos de capital mínimo para início das atividades” (FERRARO, 2019: 23).

No levantamento feito pelo Radar Fintechlab (2019) quase 400 *fintechs* atuavam no Brasil em 2018, número que colocou o país como o maior nicho deste segmento em toda a América Latina (FREITAS, 2018). Em 2019, a mesma pesquisa demonstra um crescimento em torno de 120 novas *fintechs*.

Tabela 1. Setores de Atuação das *Fintechs* no Brasil, 2018-2019

Setor	2018		2019	
	Número de Empresas	% de Participação	Número de Empresas	% de Participação
Pagamentos	105	26%	151	29%
Gestão Financeira	70	17%	90	17%
Empréstimos	70	17%	95	18%
Seguros	37	9%	37	7%
<i>CryptoCurrency</i> & DTL	28	7%	36	7%
Investimentos	14	6%	38	7%
<i>Funding</i>	20	5%	25	5%
Negociação de Dívidas	19	5%	19	4%
Câmbio e Remessas	14	3%	14	3%
Multisserviços	9	2%	12	2%
Bancos Digitais	8	2%	12	2%
Total	394	100%	529	100%

As vantagens obtidas com os investimentos em *fintechs* têm impulsionado o crescimento verificado pelos estudos no setor. Nesse universo, os bancos têm se destacado porque a disponibilização dos serviços bancários em plataformas digitais provoca mudanças importantes na forma como os bancos ofertam esses serviços. “As *fintechs* contribuirão para aumentar a competição e a eficiência, reduzindo custos e abrindo mercados atualmente inacessíveis a bancos com menor rede de agências” (FEBRABAN, 2018: 50).

Apesar dos benefícios, os investimentos em empresas de novas tecnologias possuem potenciais riscos que devem ser observados com cautela, a fim de que as expectativas da relação entre investidores e investidos não sejam frustradas (MAZZUCATO, 2014). Esses riscos podem ser analisados sob três perspectivas: i) a

natureza da própria operação financeira, que pressupõe dinamicidade e um certo grau de imprevisibilidade; ii) o cenário de incertezas em que as *fintechs* atuam pode dificultar a sustentabilidade das empresas, já que cerca de 18% das *startups* fecham nos dois primeiros anos e 74% fecham depois de cinco anos, como afirma LIMA, L (2018); e iii) o caráter inovativo das *fintechs* podem gerar custos altos de manutenção da própria empresa, provocada pelo subdimensionamento de demandas, pela carência de pessoal qualificado nas novas tecnologias ou que possua conhecimentos específicos ou ainda, pelo descumprimento de normas regulatórias do setor ou de regras tributárias (OCDE, 1997).

Este último aspecto possui grande relevância no segmento financeiro brasileiro dada a necessidade de atender às normas regulatórias nacionais e internacionais que são bem exigentes: “uma das principais premissas da regulação é reduzir o impacto de eventuais externalidades negativas que possam ser causadas por uma possível falência de instituição ou crise de confiança no sistema financeiro” (FERRARO, 2018: 33). A fim de que o mercado financeiro não seja impedido de inovar por causa da rigidez das normas, os marcos regulatórios têm sido objetos de constantes atualizações, na tentativa de equilibrar a flexibilidade dos novos entrantes com a segurança dos investimentos que fomentam esse ambiente.

Independente da perspectiva de análise dos riscos, é necessário identificar quais são eles e quais os impactos podem causar nos negócios bancários, sob o ponto de vista do investidor. Com essas respostas, torna-se mais objetiva a compreensão dos riscos que os bancos tradicionais e digitais (no papel de investidores) estão vulneráveis ao direcionarem seus investimentos para as *fintechs*, tornando possível, ainda, a mensuração das consequências antes da tomada de decisão.

3. O AMBIENTE DE RISCOS: IDENTIFICAÇÃO, CLASSIFICAÇÃO E ANÁLISE

Há uma ampla literatura especializada que trata diretamente sobre riscos corporativos e trazem sugestões de boas práticas, mas antes de apresentá-las e discutí-las é fundamental conhecer o conceito de risco e a relevância de sua aplicação neste estudo.

A norma ABNT NBR ISO 31000 (2009, p.1) conceitua o risco como um “efeito da incerteza nos objetivos”, sendo que “efeito é um desvio em relação ao esperado. Pode ser positivo, negativo ou ambos, e pode abordar, criar ou resultar em oportunidades e ameaças”. Semelhantemente, Tattam (2013) lista cinco características essenciais inerentes ao risco: potencial ocorrência de um evento inédito, incerteza, impacto, exposição e intangibilidade. Inserido em um cenário de projetos desenvolvidos por uma instituição, Maximiano (2014: 123) pontua que riscos “são eventos ou condições prováveis que comprometem a realização do projeto e a entrega do produto.” A definição de Duarte Júnior (2005) tangibiliza o risco ao apresentar a possibilidade de mensuração numérica da incerteza que está presente nos investimentos, decorrente do retorno obtido.

De acordo com Lima, F. (2018: 2) a identificação dos fatores de risco permite conhecer sua origem diante das “incertezas dos cenários imprevistos, como crises econômicas, alterações nas regulamentações das operações, não somente no nosso país, mas também nos movimentos econômicos globais”. Para isso, no entendimento de Miranda (2017), há duas condições fundamentais: reconhecer a possibilidade do risco e, gerir esses eventos a partir de uma clara percepção e de uma previsibilidade mais assertiva acerca de suas ocorrências. Segundo o autor, há cinco passos a serem cumpridos para gerenciar um risco corporativo: identificar, avaliar, tratar, reportar e monitorar.

Lima, F. (2018: 2) entende que as incertezas comumente aceitas pelos mercados financeiros provocam consequências diretas nos investimentos realizados. Admitindo que o risco é inerente ao ecossistema gerencial de uma empresa, há necessidade de acompanhamento constante semelhantemente aos demais processos, pois, o seu monitoramento permite transformar a negatividade dos riscos em oportunidades e, consequentemente, agregar valor aos produtos e serviços oferecidos. (BRASILIANO, 2018; COIMBRA, 2007; MIRANDA, 2017).

Gestão de riscos é a identificação, avaliação e priorização de riscos, seguida de uma aplicação coordenada e econômica de recursos para minimizar, monitorar e controlar a probabilidade e o impacto de eventos negativos ou maximizar o aproveitamento de oportunidades. (MIRANDA, 2017, p.38)

De acordo com Silva e Becker (2012), o gerenciamento de riscos compreende as etapas de planejamento da gestão; identificação, mapeamento e estabelecimento; análise, avaliação e priorização; plano de resposta, monitoramento e controle; aprendizado, comunicação e avaliação do processo de gestão; reflexão acerca das atividades de gestão. Duarte Junior (2005) enfatiza que os impactos institucionais dos riscos devem ser analisados em conjunto, da mesma forma que demais processos da empresa, diante da possibilidade de interferência de um cenário em outro. Para isso, o autor lista quatro fases consideradas indispensáveis em uma gestão de riscos eficaz: i) avaliar o desempenho; ii) medir os riscos; iii) estruturar a carteira; e iv) promover *feedbacks*.

No ambiente corporativo, a classificação dos riscos observa sua vinculação à estratégia da instituição. Na pesquisa realizada, há algumas variações quanto aos agrupamentos, mas, a estrutura comum a todos os espectros. Vale destacar que estas segmentações são apenas classificatórias, uma vez que a perspectiva de análise do risco pode ser modificada, considerando os envolvidos com o problema, como explica Duarte Junior (2005: 7). Ao longo da pesquisa, constatou-se que, independente da tipologia empregada, a empresa deve incluir em sua gestão de riscos todas as dimensões que forem necessárias para subsidiar sua decisão. Isto porque os riscos não podem ser completamente eliminados, mas todos estão sujeitos a acompanhamento e controle (LEITE E CORREIA NETO, 2015).

4. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

De acordo com levantamento realizado pela FEBRABAN há 119 instituições financeiras (entre públicas e privadas) associadas à entidade. Entre elas, estão os quatro maiores bancos brasileiros em total de ativos (Itaú, Banco do Brasil, Bradesco e Caixa Econômica Federal, respectivamente), em consonância à pesquisa do DIEESE publicada em junho de 2019. Partindo da premissa de que, quanto maior o volume de concessão de crédito, maior é a possibilidade de risco de perda, como o foco desta pesquisa é analisar o risco associado ao investimento (entendido como uma opção creditícia), estudar os quatro maiores bancos brasileiros observando esses critérios, denota adequada a seleção da amostra.

Quanto aos bancos digitais, foram identificadas todas as instituições financeiras registradas na ABFINTECHS – Associação Brasileira de *Fintechs* – em maio de 2019, publicados no Radar Fintechlab. No mapeamento, somente 2% das 604 empresas cadastradas atuam como bancos digitais: C6 Bank, Banco Modal, Banco Original, AgiBank, Banco Inter, Banco Maré, Banco Neon, BanQi, Banco BTG Pactual, Next, Nubank e Banco Sofisa Digital. Por esta razão todos os bancos digitais cadastrados, compuseram o universo amostral.

Nesta pesquisa, utilizou-se primordialmente os procedimentos observacional e comparativo. Do ponto de vista observacional, foram identificados o problema de pesquisa e os comportamentos dos bancos tradicionais (públicos e privados) e bancos digitais, inseridos no contexto da inovação e da gestão de riscos. Os tipos de riscos gerenciados pelas instituições foram mapeados em consulta aos relatórios trimestrais de gerenciamento de riscos publicados de 2015 ao 1º trimestre de 2019, nos *sites* das organizações.

O recorte temporal se justifica pelo período de maior investimento em tecnologia realizado por bancos brasileiros. A seleção dos Relatórios de Gerenciamento de Riscos foi motivada pela obrigatoriedade de sua apresentação, estabelecida no art. 22 da Circular nº 3.930/19 do Banco Central. Os demais documentos que compuseram o acervo bibliográfico foram obtidos a partir de consultas realizadas em *sites*, livros e artigos científicos disponíveis em revistas especializadas e relacionados aos temas: inovação no setor público, privado, bancos públicos e privados; gestão de riscos corporativos, riscos de investimento e empresas inovadoras (*startups* e *fintechs*).

O procedimento comparativo foi empregado a contar do registro das informações públicas disponibilizadas pelos bancos pesquisados e da identificação dos riscos corporativos que existem nos investimentos já realizados por eles, para analisar os pontos convergentes e aspectos comuns no cenário estudado. A partir do mapeamento dos critérios, foi possível classificar os riscos corporativos em consonância aos *frameworks* mais conhecidos no mercado, bem como compreender o comportamento decisório as instituições financeiras.

Consultando os sites das doze empresas listadas como bancos digitais na pesquisa do Radar Fintechlab (2019), somente cinco delas (C6 Bank, Banco Modal, Banco Original, AgiBank e Banco Inter) disponibilizaram relatórios de gerenciamento de riscos com estrutura semelhante aos bancos tradicionais e, por esta razão, tiveram seus relatórios analisados com os mesmos critérios. As instituições cujos relatórios não

foram localizados, tiveram suas análises de riscos baseadas nas informações disponíveis nos próprios *sites* e em outros veículos de comunicação.

Os dados obtidos no arcabouço documental foram categorizados para apuração das informações relacionadas diretamente com a pesquisa. A análise dos relatórios dos bancos tradicionais e digitais foram analisados, ano a ano, dentro dos seguintes parâmetros:

Categorias: identificação dos critérios de riscos que a instituição abordou nos relatórios disponibilizados;

Objetivo: conceituação do tipo de risco considerado em determinado critério e/ou descrição da situação que a instituição pretendia evitar/controlar/mitigar;

Métrica: forma de cálculo ou *framework* utilizado pela instituição para definição de metas e/ou verificação dos resultados atingidos;

Valor Referência: legislação, norma, regulamento ou metodologia que determinou o padrão para a referida categoria de risco;

Tratamento: ações de controle utilizados pela instituição no tratamento dos riscos identificados;

Observações: aspectos identificados nos relatórios, que pudessem ser relevantes para complementação da pesquisa.

Os relatórios de gerenciamento de riscos dos Bancos Maré, Neon, BanQi, BTG Pactual, Next, Nubank não foram encontrados e, por isso, os critérios mapeados foram: ano de fundação, quantidade de empregados no final do 1º trimestre de 2019, principais produtos/serviços e informações relevantes. O Banco Sofisa Digital foi excluído da pesquisa amostral porque não foram encontradas informações que pudessem enquadrá-lo em algum dos parâmetros pesquisados.

Ao fim da parametrização dos critérios, as informações foram consolidadas por instituição e, finalmente, foram comparadas entre elas. Foram discutidas, também, as características empregadas pelos bancos (tradicionais e digitais, públicos e privados) para avaliar os riscos corporativos em seus investimentos. Diante da análise qualitativa dos dados foi observado, principalmente, como se dá o gerenciamento dos riscos no segmento bancário e a observância às normas vigentes.

5. OS RISCOS CORPORATIVOS DOS BANCOS TRADICIONAIS E DIGITAIS NOS INVESTIMENTOS EM FINTECHS

No cenário de riscos, as normas publicadas pelo Banco Central do Brasil vão desde a conceituação de atividades do setor até o detalhamento dos cálculos e metodologias para mensuração de atividades realizadas pelo segmento financeiro. Em observância ao art. 2º da Circular BACEN nº 3.678, de 31 de outubro de 2013, as informações mínimas que devem constar nos relatórios de gerenciamento de riscos das entidades que atuam no segmento financeiro brasileiro, são: os objetivos e políticas adotados por cada instituição; a estrutura, os processos e as estratégias empregadas; o processo de comunicação e formas de mensuração; a metodologia de avaliação de suficiência de capital; as formas de acompanhamento e mitigação dos riscos.

Constatou-se, na pesquisa, que os documentos apresentados pelos bancos tradicionais pesquisados (Banco do Brasil, Bradesco, CAIXA e Itaú) entre 2015 e 2019, atendem exatamente às exigências da Circular BACEN nº 3.678/2013. Foi possível identificar a presença de outros riscos não enumerados nas normas do Banco Central e que são comuns aos quatro relatórios: o Risco de Concentração, de Estratégia, Socioambiental, de Reputação e de Modelo. Alguns riscos específicos também foram informados, contudo, percebe-se que estão relacionados a atividades específicas da instituição informante, a exemplo do Risco País acompanhado pelo Itaú ou dos Instrumentos de Dívida Subordinada relatados pela CAIXA.

Uma vez que a identificação dos riscos permite o acompanhamento, a implementação de ações mitigadoras e a redução do efeito surpresa para os negócios da instituição, o surgimento do mesmo tipo de risco entre os quatro bancos tradicionais evidencia uma preocupação comum vinculada ao segmento e que tem relevância no seu monitoramento. “Risco para uma instituição financeira está no cerne da atividade bancária, ou seja, para o banco, risco compreende todo evento que tenha impacto no valor do capital da instituição, podendo ser esperado ou não esperado” (LIMA, F., 2018: 303).

A regulamentação do Banco Central brasileiro atua, também, nas métricas e itens mensuráveis relacionados aos riscos financeiros e, quando envolvem possibilidade de perdas, mesmo quando não regulados, os bancos brasileiros tradicionais elaboram métricas, políticas e procedimentos bem claros e objetivos. Todavia, quando há necessidade de aplicar o mesmo tratamento aos riscos não financeiros como os Riscos Operacionais, ainda que os bancos possuam alguma gestão como afirma Coimbra (2007), foi necessária a exigência normativa para que os bancos brasileiros adotassem ações de acompanhamento e mensuração. Ainda assim, constatou-se na análise dos

relatórios dos bancos pesquisados, a insuficiência de informações sobre métricas de controle e procedimentos para tratamento dos Riscos Operacionais (riscos não financeiros), diferentemente dos Riscos de Crédito, Mercado e Liquidez (riscos financeiros). Com efeito, os oito eventos que compõem Riscos Operacionais², conforme a Resolução nº 4.557/2017 do Banco Central, já estavam normatizados desde a Resolução nº 3.380/2006, atualizada pela norma em referência. Entretanto, os riscos relativos terceirização de serviços e processos, infraestrutura e sistemas de TI só foram previstos na norma publicada em 2017 que possui, ao longo de seu art. 33, orientações mais específicas relacionadas ao modo de informá-los nos relatórios anuais. A figura a seguir ilustra as informações comuns apresentadas nos relatórios de gerenciamento de riscos apresentados pelos bancos tradicionais brasileiros, no período de 2015 ao 1º trimestre de 2019. A consolidação das informações proporcionaram o diagnóstico de aspectos relevantes sobre os riscos das instituições que compõem a amostra.

Figura 1. Itens Comuns Apresentados nos Relatórios de Gerenciamento de Riscos dos Bancos Tradicionais Brasileiros

² 1) fraudes internas e externas; 2) demandas trabalhistas e segurança deficiente do local de trabalho; 3) práticas inadequadas relativas a clientes, produtos e serviços; 4) danos a ativos físicos próprios ou em uso pela instituição; 5) aqueles que acarretem a interrupção das suas atividades; 6) falhas em sistemas de tecnologia da informação; 7) falhas na execução, cumprimento de prazos; e, 8) gerenciamento das suas atividades e o Risco Legal.

Risco de Crédito

- Crédito da Contraparte
- Concentração
- Aquisição, Venda ou Transferência de Ativos Financeiros
- Aquisição, Venda ou Transferência de Ativos de Securitização
- Risco de Subscrição

Risco de Mercado

- Carteira de Negociação - *Trading*
- Carteira Bancária - *Banking*
- Risco da Taxa de Juros - IRRBB
- Derivativos

Risco de Liquidez

- Liquidez de Curto Prazo (LCR)
- Liquidez de Longo Prazo (NSFR)

Risco de Estratégia

Risco Socioambiental

Risco de Reputação

Risco no Gerenciamento de Capital

Risco de Modelo

Risco Operacional

- Fraude Interna
- Fraude Externa
- Relacionamento com Fornecedores
- Risco Legal/ Regulatório/ *Compliance*
- Pessoas/ Retenção de Talentos
- Segurança da Informação/ Divulgação de Informações
- Cibernético/ Falhas em Sistemas de TI/ Interrupção das Atividades
- Gestão de Continuidade de Negócios/ Gestão de Crise

O Risco de Crédito entendido pelos bancos tradicionais brasileiros levam em consideração quatro aspectos: Fatores Internos (como o desempenho da carteira de clientes, taxa de retorno, níveis de inadimplência e capital econômico), Fatores Externos (taxas de juros, níveis de inadimplência do mercado, inflação e variações de consumo), perfil dos clientes de Pessoa Jurídica (situação econômico-financeira, capacidade de geração de caixa, grupo econômico a que pertence, perspectivas de atividade econômica para o setor) e perfil dos clientes de Pessoa Física (histórico de operações, probabilidade de inadimplência, perda estimada).

Estes fatores, associados a outros aspectos como o regime de alçadas vigentes, as condições de mercado, as perspectivas macroeconômicas, as mudanças nos mercados e nos produtos, os efeitos da concentração setorial e geográfica e a sustentabilidade ao negócio permitem estabelecer ações de resposta após dimensionamento dos impactos dos riscos identificados para as instituições bancárias.

Os Riscos de Crédito associados aos Riscos de Mercado primam pelo equilíbrio entre os investimentos e os objetivos de negócio, considerando o cenário político, econômico e mercadológico em que estão inseridos. Para o Conselho Monetário Nacional – CMN, fatores como taxas de juros, de câmbio, os preços das ações e dos *commodities* devem ser, obrigatoriamente, acompanhados pelas instituições financeiras. Adicionando-se a esses dois critérios, o Risco de Liquidez complementa a tríade do segmento de Risco Financeiro proposta por Lima, F (2018). Somam-se aos aspectos a serem considerados no dimensionamento dos riscos financeiros, o porte da instituição, sua relação com as demais organizações do mesmo segmento, a complexidade e a existência (ou não) de substitutos imediatos para suas atividades, interferem na graduação do impacto dos riscos para o ecossistema de atuação.

A análise dos cenários macroeconômicos e da indústria financeira indicam, também, os riscos que podem afetar diretamente a estratégia da organização. O estudo dos relatórios bancários demonstrou que o Risco de Estratégia é inversamente proporcional à qualidade das ferramentas de monitoramento e controle do Plano Estratégico da instituição e à capacidade de adequação do ambiente de negócio às mudanças necessárias. Para acompanhamento deste tipo de risco, as instituições pesquisadas utilizam a metodologia das Três Linhas de Defesa. Ainda considerando os fatores externos que podem trazer riscos às instituições, há o Risco Socioambiental.

O impacto deste risco pode ser analisado sob duas vertentes: a primeira sob o ponto de vista da corresponsabilidade, onde os produtos e serviços financiados pelos bancos produzem efeitos danosos ao meio ambiente ou a outros ecossistemas similares. A segunda, com a responsabilização direta, cujas ações podem comprometer a continuidade dos negócios da instituição e que possuem reflexo direto nas operações de crédito, provocam perdas operacionais, comprometem as atividades administrativas, colocam em risco a estratégia e a reputação da organização.

Os impactos dos riscos socioambientais podem ser percebidos nos processos de concessão e condução de empréstimos e financiamentos, no dimensionamento das perdas operacionais, no estabelecimento da estratégia corporativa, na gestão da marca entre outros. Além disso, esses processos subsidiam os indicadores para

acompanhamento dos riscos de Reputação, Modelo e para a avaliação de suficiência de capital relativo ao Risco de Gerenciamento de Capital.

Quanto ao Risco Operacional, os aspectos Legais, Regulatórios e de *Compliance* permitem que os bancos percebam a visão dos órgãos reguladores diante das ocorrências registradas nas ouvidorias externas, analisem a qualidade do processo de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, conheçam a qualidade dos atendimentos aos clientes das instituições por meio das ferramentas de Serviço de Atendimento ao Cliente e das ouvidorias internas, bem como acompanhem as apurações de denúncias de corrupção. Insere-se ainda no Risco Operacional, as fragilidades que possam ocorrer nas instituições, ao utilizarem tecnologias na operação de produtos e serviços. Neste caso, os bancos podem sofrer ataques cibernéticos aos sistemas informatizados com o objetivo de roubar, alterar, publicar informações sigilosas ou destruir um alvo específico, por meio de acesso indevido a um sistema suscetível.

Voltando a análise para os bancos digitais, os achados revelam que estes possuem uma estrutura simplificada de gerenciamento de riscos, cumprindo os preceitos estabelecidos nos artigos 61 a 64, da Resolução nº 4.657/2018 do BACEN. Entretanto, cumpre destacar que o referido regulamento não determina as informações mínimas que devem ser publicados pelos bancos digitais em seus relatórios de riscos.

Os bancos Modal, C6 Bank, Original, AgiBank e Inter publicaram relatórios de gerenciamento de riscos semelhantes aos bancos tradicionais, tanto em estrutura quanto em periodicidade. Os documentos possuem itens em comum informações como: Risco de Crédito, de Mercado, de Liquidez, Operacional e Socioambiental. Contudo, ainda que as instituições se enquadrem como bancos digitais nas resoluções publicadas pelo Banco Central, todos, exceto o C6 Bank, são sustentados por instituições financeiras tradicionais.

Os relatórios apresentados por três instituições – Modal, Original e Inter – não possuem informações exclusivas dos bancos digitais, mas sim, da instituição financeira tradicional que os sustenta. Isto denota que o surgimento dos bancos digitais nestes casos, nasceram como uma segmentação do público atendido por estas instituições ou por uma estratégia de atuação em determinado nicho de mercado.

O AgiBank aborda a evolução migratória da atuação do banco do ambiente tradicional para o cenário digital em seus relatórios e, em 2019, afirma que o seu modelo de negócios foi reestruturado, tornando-se inovador e disruptivo, com infraestrutura escalável, enxuta, horizontal e com cultura de *startup*. Entretanto, as

informações sobre o gerenciamento de riscos continuam referenciando a estrutura antiga do banco. Os relatórios de gerenciamento de riscos do Banco Sofisa Digital não estavam publicados no site da instituição e, as demais instituições financeiras, não possuíam relatórios de gerenciamento de riscos.

Ao considerar apenas os relatórios de gerenciamento de riscos de bancos exclusivamente digitais, somente o documento apresentado pelo C6 Bank atende às condições. Cabe ressaltar que, a contar do surgimento do C6 Bank em 2018, apenas o relatório do 1º trimestre de 2019 foi disponibilizado e analisado neste trabalho. Portanto, para robustecer a pesquisa, optou-se por não desconsiderar os relatórios emitidos pelos bancos tradicionais que sustentam bancos digitais. Por esta razão, os relatórios dos bancos Modal, Original, Inter, AgiBank e C6 Bank foram mantidos na amostra e analisados com os mesmos parâmetros dos bancos puramente tradicionais, devido a assimetria entre as informações disponíveis.

De forma simplificada, mas, relevante, a estrutura dos relatórios de gerenciamento de riscos dos bancos digitais pode ser representada na figura abaixo.

Figura 2. Itens Comuns Apresentados nos Relatórios de Gerenciamento de Riscos dos Bancos Digitais Brasileiros

Risco de Crédito
•Exposição ao Risco de Crédito
Risco de Mercado
•Carteira de Não Negociação - <i>Banking</i>
•Carteira de Negociação - <i>Trading</i>
Risco de Liquidez
Risco Socioambiental
Risco Operacional

A análise dos critérios de risco apresentados pelos bancos digitais em seus relatórios, permitiram a constatação de comportamentos diferenciados dos bancos tradicionais. O Risco de Crédito, por exemplo, é mensurado a partir do perfil qualificado dos clientes de Pessoa Física, que compõem a carteira do banco. São utilizadas informações disponíveis em sites como Serasa, Sistema de Informação de Crédito e Central de Risco do BACEN. Para diminuir os riscos, as instituições utilizam garantias acessórias a cada operação (avalistas, hipoteca, alienação fiduciária ou cessão

fiduciária de direitos creditórios). Consideram também os limites de concentração em contrapartes, setores da economia e regiões geográficas, a capacidade de pagamento e a probabilidade de perda de cada cliente, dentre outros.

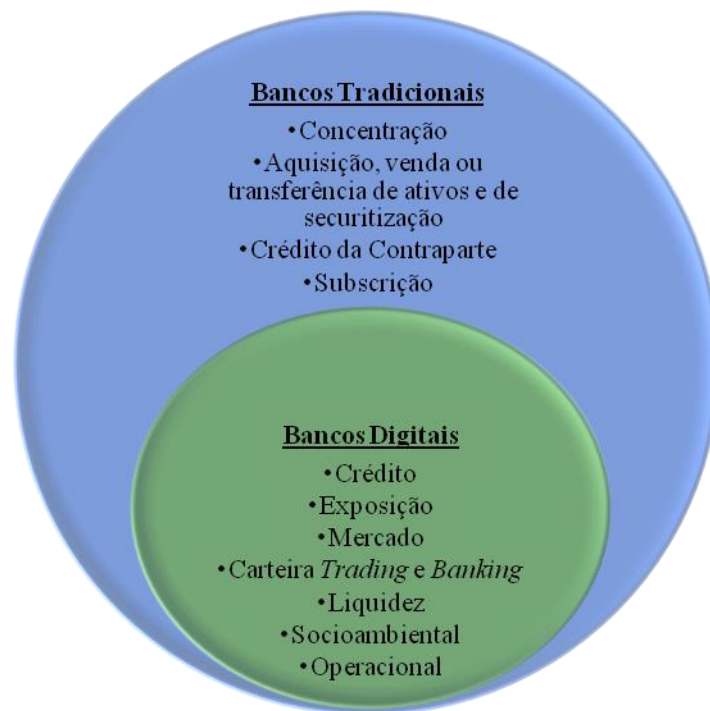
O Risco de Mercado procura estabelecer o controle das posições ocupadas pelas áreas operacionais da instituição, sejam ativas ou passivas, verificando os efeitos patrimoniais e a exposição da organização frente ao mercado concorrencial, pois as mudanças na estrutura a termo de taxa de juros podem afetar diretamente a receita da instituição e modificar o valor dos seus ativos e passivos. As ferramentas utilizadas para acompanhamento dos Riscos de Liquidez dos bancos digitais proporcionam a execução de ações corretivas tempestivas para manter a capacidade do banco digital em honrar suas obrigações, preservando a liquidez e compensando os déficits de fluxo de caixa que podem ocorrer em situações adversas. Estas ferramentas tecnológicas utilizam dados históricos das instituições para projeção de cenários, simulações e modelagens de ações, ao acompanhar os preços, cenários e condições mercadológicas vigentes.

De modo semelhante aos bancos tradicionais o Risco Socioambiental acompanhado pelos bancos digitais observam suas atuações diretas (decorrente das atividades internas da instituição, originadas dos relacionamentos mantidos com os funcionários e prestadores de serviços) e indiretas (em consequência das atividades fim, originadas do relacionamento com clientes). O C6 Bank merece um destaque ao dimensionar este risco. Em seu relatório, a instituição relaciona o Risco Socioambiental à perpetuidade do seu negócio, diferentemente de todas as organizações estudadas cujo enfoque está voltado para prejuízos causados ao meio ambiente (natureza).

Por fim, os bancos digitais também observam os Riscos Operacionais e, inserem em seus cálculos de perdas operacionais, os danos associados aos riscos de Mercado e de Crédito. Para sua mensuração, os bancos digitais utilizam escalas com medidas para probabilidade (frequência) e impacto (severidade), considerando as vulnerabilidades e as ameaças que combinadas, determinam o grau de exposição aos riscos. Os aspectos qualitativos estabelecem os níveis de exposição e recomendam os tipos de controle. Já os aspectos quantitativos definem os impactos (percepção das consequências do risco para o negócio) e a vulnerabilidade (fragilidade do processo em decorrência dos controles empregados) existentes na organização.

Comparando os tipos de riscos encontrados nos relatórios publicados pelos bancos tradicionais e pelos bancos digitais, os pontos em comum estão representados na figura a seguir.

Figura 3. Riscos Corporativos Comuns Existentes entre os Bancos Tradicionais e Bancos Digitais Brasileiros



Os relatórios de gerenciamento de riscos publicados pelos bancos digitais informam as condições e os critérios adotados para os riscos de Crédito, Exposição, Mercado, Carteira *Trading* e *Banking*, Liquidez, Socioambiental e Operacional que, também, compõem os relatórios publicados pelos bancos tradicionais. Porém, diferentemente dos bancos digitais, os bancos tradicionais informam em seus relatórios os riscos de Crédito da Contraparte, de Subscrição, de Concentração, de Aquisição, Venda e Transferência de Ativos e de Securitização.

A diferença entre os tipos de riscos considerados pelos bancos tradicionais e bancos digitais demonstram focos distintos quanto à estratégia para atuação. Enquanto os bancos digitais demonstram sua preocupação com a possibilidade de escassez/ausência de recursos financeiros, como consequência da redução na oferta de crédito por investidores por exemplo, os bancos tradicionais avaliam as consequências de uma escolha errada ao realizarem algum investimento.

Percebe-se ainda pela análise dos dados empíricos, que o gerenciamento de riscos promovido pelas organizações procuram, estritamente, atender às regulamentações impostas pelo Banco Central ao setor financeiro que, por sua vez, obedece às exigências internacionais sem as quais, não há relacionamento comercial entre os países. Para as instituições financeiras, o impacto de desobediência às normas do BACEN pode ser muito prejudicial. Dependendo da infração cometida, as penalidades vão de multa a interdição da entidade, com a proibição de atuar no segmento financeiro brasileiro e no exterior. Talvez este seja o motivo dos relatórios publicados transcreverem os regulamentos publicados em seu inteiro teor, utilizarem os cálculos de métricas exatamente como proposto nas normas e, não existirem explicações sobre como são encontradas as informações que não foram regulamentadas. A ausência de mensuração, o inadequado dimensionamento do impacto dos riscos e o descaso no acompanhamento dos riscos operacionais são três fatores que podem se tornar um grande complicador para os bancos.

O comportamento das instituições em aguardar a regulamentação do BACEN acerca das informações que devem compor seus relatórios, confrontam o princípio fundamental da gestão de riscos: identificar **antecipadamente** os pontos de fragilidade de modo que possam ser combatidos (ou aceitos) com o menor indicativo de prejuízo, em qualquer parte da estrutura organizacional, caso ocorram. Além disso, este cenário põe em xeque a efetividade do monitoramento dos indicadores documentados e apresentados ao BACEN, já que não é raro observar-se no noticiário veiculado pela mídia a ocorrência de situações de risco que “pegam de surpresa” grandes corporações. No meio de uma busca frenética pela vantagem competitiva e a manutenção da saúde financeira das instituições, desconhecer (ou negligenciar) os riscos tecnológicos expõe uma fragilidade significativa dos bancos.

Outro aspecto que vale destacar é a superficialidade das normas e regulamentos para as empresas inovadoras (ou ausência de normatizações, em certa medida), ao passo da rigidez a ser observada pelos bancos tradicionais quanto a uma extensa lista de regras e um vasto rol de consequências em caso de desobediência. Pode-se conjecturar a possibilidade de ampliação dos investimentos em *fintechs* por bancos tradicionais, caso existisse maior regulamentação das operações realizadas por empresas inovadoras, associadas a maior segurança sentida pelos investidores no direcionamento dos seus recursos financeiros, consequente de maiores controles exigidos pelos reguladores.

Do outro lado, a flexibilização das normas direcionadas aos bancos tradicionais poderia aumentar a oferta de crédito ou o investimento em empresas tecnológicas pelos bancos tradicionais, motivados por melhores condições para arriscar seus recursos em negócios incertos. A liberdade da escolha deve ser feita com cautela, já que o investimento em empresas tecnológicas que tem a incerteza como principal característica, podem causar diversos prejuízos financeiros caso o retorno esperado não se concretize ou, pode ainda, comprometer a imagem dos bancos com o vazamento de informações confidenciais da empresa ou de clientes. Sob todos esses aspectos percebe-se uma necessidade imediata de revisão dos regulamentos exigidos dos bancos tradicionais brasileiros como forma de incentivar a concessão de investimentos para as *fintechs*, seja por meio de incentivos fiscais, oferta de subsídios e/ou garantias, redução das taxas de juros dos empréstimos ou leis mais flexíveis. Enquanto a regulamentação não surge, os bancos não podem ficar de braços cruzados esperando as normas surgirem para, depois, obedecê-las. As instituições financeiras têm a oportunidade de compreender a vantagem competitiva que a avaliação de riscos pode trazer e utilizá-la favoravelmente como importante subsídio na tomada de decisão.

Mesmo com as diferentes perspectivas entre investidor e empreendedor, a comparação dos dados obtidos aliada à classificação empregada nesta pesquisa, demonstrou a existência de denominadores comuns sobre os riscos que as *fintechs* apresentam. Voltando-se para o foco deste estudo (investidores do segmento bancário brasileiro), os critérios comuns foram categorizados como sugerem Leite e Correia Neto (2015, *apud* Weill e Ross, 2006: 122) e representados na figura a seguir.

Figura 4. Critérios para Avaliação de Riscos Corporativos no Investimento em *Fintechs*



Neste entendimento, os Riscos Financeiros são associados aos investimentos e as perdas decorrentes das decisões, como explica Lima, F (2018). Estão vinculados nesta categoria, o Risco de Crédito que é o risco de perda associada ao não cumprimento das obrigações financeiras, e o Risco de Liquidez, que é a impossibilidade de honrar as obrigações correntes e futuras pactuadas, sem afetar as operações diárias.

Os Riscos Mercadológicos decorrem da incapacidade de o investimento proporcionar vantagem competitiva à instituição ou dos resultados obtidos serem aquém do desejado. Diferenciam-se dos Riscos Financeiros devido aos prejuízos monetários que estes últimos podem causar ou cujos resultados alcançados em termos remuneratórios sejam menores do que os projetados/esperados. A respeito do Risco Mercadológico, foram relacionados o Risco de Mercado (relativo ao grau de aceitabilidade do produto pelo mercado consumidor) e o Risco Socioambiental (potenciais danos, diretos ou indiretos, advindos dos produtos/serviços ofertados pela instituição ou agentes com quem se relaciona).

Já os Riscos Organizacionais, relacionam os aspectos internos e de estrutura organizacional das *fintechs* que podem comprometer o alcance dos objetivos estratégicos do investidor. Nesta categoria foram enquadrados o Risco Operacional (falha, deficiência ou inadequação de processos internos, pessoas e sistemas, ou de eventos externos que impactem na realização dos objetivos estratégicos), a Fraude

Externa (os desvios nas condutas éticas ou violações das leis cometidas pelas *fintechs*, que podem resultar em prejuízos financeiros, danos à reputação ou à imagem, litígios, ações regulatórias e/ou penalidades de qualquer natureza para o investidor), o Relacionamento com Fornecedores (falta de fornecimento ou baixa qualidade nos serviços prestados, bem como demais situações que podem afetar a condução dos negócios e o relacionamento com os clientes e, ainda, a incapacidade de atrair e/ou reter colaboradores-chave ou dependência das *fintechs* sob qualquer condição) e o Risco Legal/ Regulatório/ Compliance (descumprimento de leis, regulamentos, normas internas/ externas, códigos de conduta e diretrizes estabelecidas para o negócio e/ou nas atividades executadas pelas *fintechs*).

Quanto aos Riscos Técnicos os eventos que os compõem são aqueles cujo funcionamento anormal da tecnologia empregada pode impactar, direta ou indiretamente, nas atividades do investidor. Neste caso, o Risco Cibernético abrange o universo tecnológico e está relacionado, entre outros fatores, à possibilidade de ocorrerem problemas de infraestrutura, falhas em sistemas de Tecnologia da Informação (violações de segurança, limitação de espaço lógico, acessos indevidos etc.), publicação indevida de informações proprietárias ou dados sensíveis/confidenciais de qualquer natureza, que sejam fundamentais para o negócio do investidor.

Constatou-se, na pesquisa, a existência de mais critérios qualitativos do que quantitativos. Entretanto, foi possível identificar aspectos que permitem a quantificação e, conseqüentemente, a mensuração objetiva de cada risco pertencente a cada categoria. Ainda que a mensuração dos critérios qualitativos tendem a ser mais difícil dado o grau de subjetividade que o caracteriza, o modelo proposto permite utilizar técnicas de mercado, como o *Balanced Scorecard* (BSC) por exemplo, para o cálculo de cada fator. Para tanto, um provável caminho seria a adoção de uma escala avaliativa dos fatores que compõem cada tipo de risco, atribuindo um peso a cada grupo, de acordo com a relevância de cada categoria (Financeiro, Mercadológico, Organizacional e Técnico) para a instituição. Como resultado, a *fintech* analisada obteria um *score*, baseado nas suas características qualitativas, diferentemente das análises comumente empregadas no mercado que só consideram os aspectos financeiros e mercadológicos na avaliação de investimentos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo foram identificados os riscos corporativos que os bancos tradicionais (públicos e privados) e bancos digitais estão sujeitos ao investirem em *fintechs*. Para isso, foi realizada uma pesquisa documental junto aos relatórios de gerenciamento de riscos de 2015 a 2019, publicados nos *sites* quatro maiores bancos brasileiros em volume de ativos, realizada uma comparação com os documentos também publicados pelos bancos digitais informados no principal *hub* deste ecossistema e pelas demais empresas que disponibilizam produtos/serviços ao segmento financeiro.

Apesar da avaliação de riscos ser uma atividade inerente à sua natureza empresarial dos bancos, identificou-se neste estudo que os esforços destas instituições são mais concentrados nos riscos de crédito e de mercado, deixando para um segundo momento, a avaliação de riscos operacionais, corroborando com os achados da literatura (COIMBRA, 2007). Entretanto, os riscos operacionais quando materializados, tendem a ser tão danosos quanto os riscos financeiros e mercadológicos, ou até maiores do que estes.

Uma razão para essa segregação é a dificuldade na mensuração dos critérios que definem os riscos operacionais por serem, em sua grande maioria, relacionados aos aspectos qualitativos das instituições. A análise dos relatórios dos bancos pesquisados justifica esta percepção dada a insuficiência, ou inexistência, de informações sobre métricas de controle e procedimentos para tratamento dos Riscos Operacionais (riscos não financeiros), diferentemente dos Riscos de Crédito, Mercado e Liquidez (riscos financeiros).

Percebeu-se, também, que as informações publicadas pelas instituições sobre os riscos corporativos objetivam apenas cumprir as exigências dos órgãos reguladores brasileiros e internacionais, desviando-se do real ganho com o conhecimento prévio das ocorrências: evitar efeitos surpresas prejudiciais às instituições financeiras.

A categorização e a classificação dos riscos corporativos pesquisados puderam ser sintetizados conforme a Figura 4. O emprego do resultado encontrado pode promover ganhos para as instituições bancárias como a redução do grau de incerteza na escolha de investimentos em *fintechs*; o aumento da transparência aos critérios avaliados para selecionar ideias inovadoras; maior credibilidade nos recursos disponibilizados; a mensuração adequada dos impactos e do retorno esperado com os investimentos; o amadurecimento dos processos inovadores; a adoção de providências prévias mais assertivas e tempestivas para minimizar os prejuízos em caso de materialização de eventos de risco; a redução do valor provisionado para arcar com os

prejuízos em caso de ocorrência dos riscos operacionais e a consequente liberação desses valores para utilização em outras opções de investimento.

Muito embora este trabalho não tenha proposto uma metodologia para mensuração dos critérios e avaliação das formas de tratamento dos riscos identificados, assim como não adotou um *framework* para gestão dos riscos a fim de validar o modelo em alguma instituição, é perfeitamente possível intuir que as contribuições aqui elencadas são provocações que poderão contribuir e estimular pesquisas futuras.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABFINTECHS – Associação Brasileira de *Fintechs*. *Catálogo Fintechs de A a Z. Ebook*. SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. 2018. Disponível em http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/cat%C3%A1logo_abfintechs_full4.pdf. Acesso em 27 abr. 2019.

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. *NBR ISO 31000: Gestão de Riscos – Princípios e Diretrizes*. Rio de Janeiro: ABNT, 2009.

ABSTARTUPS – Associação Brasileira de *Startups*. *O Momento da Startup Brasileira e o Futuro do Ecossistema de Inovação. Ebook* disponível em: <http://ecossistemasdestartups.com.br/> Acesso em 28 abr. 2019.

ALENCAR, Antonio Juarez; SCHMITZ, Eber Assis. *Análise de Risco em Gerência de Projetos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2012.

ARAUJO, Marcos Venicius Mourão de. *Investimento em Tecnologia nas Instituições Financeiras e a Influência das Fintechs*. 2018. Dissertação (Mestrado em Economia) – Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2018. Consulta em 10 nov. 2018.

BARBIERI, José Carlos (Org.); SIMANTOB, Moysés Alberto (Org.). *Organizações Inovadoras do Setor Financeiro. Teoria e Casos de Sucesso*. São Paulo: Saraiva, 2009. *Ebook Kindle*. Disponível em: <http://a.co/8JDgOID>.

BRASILIANO, Antonio Celso Ribeiro. *Inteligência em Riscos: Gestão Integrada em Riscos Corporativos*. [livro eletrônico]. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Sicurezza, 2018.

CAVALCANTE, Pedro (Org.); CAMÕES, Marizaura (Org.). *Inovação no Setor Público: avanços e caminho a seguir no Brasil*. In: _____. *Inovação no Setor Público: teoria, tendências e casos no Brasil* - 2. ed – Brasília: Enap/Ipea, 2017.

COIMBRA, Fábio. *Riscos Operacionais: Estrutura para gestão em bancos*. São Paulo: Saint Paul, 2007.

DELOITTE. *Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária 2018*. Disponível em <https://www2.deloitte.com/br/pt/pages/financial-services/articles/pesquisa-deloitte-febraban-tecnologia-bancaria.html#>. Acesso em 27 abr. 2019.

DIEESE. *Desempenho dos Bancos em 2018* - Lucro dos cinco maiores bancos do país atinge R\$ 86 bilhões, com alta de 16% em relação a 2017. 15ª ed. São Paulo: Departamento Intersindical de Estatística e Assuntos Econômicos – Rede Bancários, 2019. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/desempenhodosbancos/2019/desempenhoDosBancos2018.html>. Acesso em 05 jul. 2019.

DUARTE JUNIOR, Antonio Marcos. *Gestão de Riscos para Fundos de Investimentos*. São Paulo: Prentice Hall, 2005.

FEBRABAN. *Como Fazer os Juros Serem mais Baixos no Brasil* – Uma proposta dos bancos ao governo, Congresso, Judiciário e à sociedade. São Paulo: FEBRABAN, 2018.

FERRARO, Rafael Ayala. *Análise Conceitual e Setorial das Fintechs na Área de Crédito (Peer-to-Peer Lending) e suas Perspectivas dentro do Sistema Financeiro Brasileiro*. 2018. Monografia (Graduação). Centro de Engenharia, Modelagem e Ciências Sociais Aplicadas. Universidade Federal do ABC, São Bernardo do Campo, 2018. Acesso em 05 mai. 2019.

FREITAS, Tainá. *A Revolução das Fintechs Começou – e está só no início*. In: *A Revolução das Fintechs*. Ebook StartSe. Disponível em: www.startse.com/noticia/startups/59039/revolucao-das-fintechs-comecou-e-esta-so-no-inicio. 2018. Acesso em 04 mar. 2019.

GITAHY, Yuri. *O que é startup?* Revista Exame. Editado por Daniela Moreira. São Paulo, 03 fev. 2016. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/pme/o-que-e-uma-startup/>. Acesso em: 24 mar. 2018.

LEITE, Jaci Corrêa; CORREIA NETO, Jocildo Figueiredo. *Decisões de Investimento em Tecnologia da Informação: vencendo os desafios da avaliação de projetos de TI*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

LIMA, Fabiano Guasti. *Análise de Riscos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LIMA, Luciana. *Como Criar uma Startup de Sucesso*. Revista Você S/A. São Paulo, n. 239, p. 26-41, abr. 2018.

MACHADO, Fabio Gimenez. *Investidor Anjo: uma Análise dos Critérios de Decisão de Investimento em Startups*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-17112015-114041/pt-br.php>. Acesso em 22 jul. 2018.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. *Administração de Projetos: como transformar ideias em resultados*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZUCATO, Mariana. *O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. [Tradução Elvira Serapicos]. 1. ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014. Ebook Kindle. Disponível em: <http://a.co/jbmulNK>.

MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. *Implementando a Gestão de Riscos no Setor Público*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OCDE, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Manual de Oslo – Diretrizes para Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação*. [Tradução: Flávia Gouveia]. 3. ed. FINEP, 1997. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264257252-fr.pdf?expires=1552245714&id=id&accname=guest&checksum=2E936C0E9BE15920F16425E2B9B259C5> . <https://ani.pt/manual-de-oslo-2018/> . Acesso em 10 mar.19

RADAR FINTECHLAB. *Pesquisa Radar Fintechlab 2019*. 8ª ed. Disponível em <https://fintechlab.com.br/index.php/2019/06/12/8a-edicao-do-radar-fintechlab-registra-mais-de-600-iniciativas/>. Acesso em 10 jun. 2019.

RIES, Eric. *A Startup Enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem sucedidas*. [tradução Texto Editores] – Rio de Janeiro: LeYa, 2012.

ROLLI, Claudia. *A transformação das fintechs*. Revista CIAB FEBRABAN. São Paulo, n. 78, p. 6-19, nov./dez. 2018.

RONCARATTI, Luanna Sant’Anna. *Difusão e Inovação em Políticas Públicas no Brasil: uma análise comparativa dos programas de incentivos às startups*. 2018. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, 2018. Consulta em 26 jan. 2018.

SILVA, Priscila Coelho da; BECKER, João Luiz. *Análise da Gestão de Riscos em Projetos de Sistemas de Informação*. 1. ed. São Paulo: Sicurezza, 2012.

TATTAM, David. *Um Breve Guia ao Risco Operacional*. São Paulo: Sicurezza, 2013.

A INDENIZAÇÃO PELA PERDA DO TEMPO ÚTIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Débora Pereira Gonçalves¹

Resumo

O tempo é um bem escasso na sociedade contemporânea, razão pela qual é tão valorizado. A perda do tempo ocasionada pelo mau atendimento ao consumidor é prática corriqueira que precisa ser obstada. A jurisprudência pátria por muitos anos resistiu à aplicação da tese da reparação civil pela apropriação indevida do tempo. No entanto, gradativamente, esse posicionamento tem sido alterado, e já há diversos Tribunais que consideram a perda do tempo como espécie de dano passível de indenização. No presente trabalho serão abordados temas que certamente colaboraram para a mencionada evolução jurisprudencial, como a importância do tempo, o arcabouço jurídico que sustenta a sua proteção e os requisitos que autorizam a aplicação do instituto da reparação civil. Além disso, será analisada também a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Palavras-chave: Perda de Tempo. Reparação Civil. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

REPARATION FOR WASTE OF TIME IN CONSUMER RELATIONSHIPS

Abstract

Time is a scarce property in current society, so it is highly valued. Despite this, the waste of time caused by bad services to the consumer needs to be solved. For many years, the Brazilian jurisprudence has resisted to apply the thesis of Civil Reparation for the Waste of Good Time. However, gradually that legal concept has been changed and we already have many cases, in different courts, which consider the misappropriation of the time a kind of damage that can be indemnified. In this job will be analyzed themes that collaborate to the mentioned jurisprudential evolution, like the importance of the time, the legal framework that support its protection and the requirements that allow the application of the civil reparation. Furthermore, it will be analyzed the jurisprudential evolution in Superior Tribunal de Justiça about the theme.

Keywords: Waste of Good Time. Civil Reparation. Jurisprudential in Superior Tribunal de Justiça.

¹ Procuradora do Banco Central do Brasil, Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público, Pós-Graduada em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes, Pós-Graduada em Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, atendendo aos anseios da população, erigiu a defesa do consumidor a direito fundamental do homem. Para alcançar essa proteção, a Carta Maior determinou que o Congresso Nacional elaborasse um Código de Defesa do Consumidor.

É nesse contexto que surge a lei 8.078, promulgada em 11 de setembro de 1990, valioso instrumento para resguardar o consumidor em face das práticas abusivas de mercado. Apesar disso, a sociedade tem experimentado um novo tipo de dano ainda não positivado na legislação consumerista, mas frequente: a perda de tempo útil ou desvio produtivo.

Como sabido, é natural que todo ser humano acabe perdendo tempo ao longo de sua trajetória. Essa perda de tempo já é motivo de insatisfação, porém é resultado da escolha de seu titular. O dano ocorre quando um terceiro furta o tempo do indivíduo sem qualquer autorização. Tal conduta, infelizmente, não é rara nas relações entre consumidores e fornecedores. Pelo contrário, são bastante comuns as situações em que os consumidores perdem parcela considerável de seu tempo tentando solucionar problemas ocasionados pela má prestação de serviços ou por produtos defeituosos.

Entretanto, a jurisprudência, por muitos anos, insistiu na tese de que a subtração indevida do tempo é mero dissabor, não passível de indenização. Ocorre que o tempo é parcela da existência humana, é inestimável e irrecuperável. Tempo é oportunidade, e sua importância é irrefutável. Dessa forma, tratar a imposição da perda de tempo como mero dissabor, típico das relações consumeristas, é incentivar práticas ilegais e abusivas que retiram do consumidor o direito de escolher em que investir o seu precioso tempo.

O presente trabalho demonstrará que a responsabilidade civil pela perda de tempo encontra fundamento no ordenamento jurídico vigente e que não pode ser ignorada pelos aplicadores do direito.

Além disso, será analisada a tese do Desvio Produtivo, de Marcos Dessaune (2017), a qual propugna que o tempo é um bem jurídico que merece ser tutelado. Afinal, quando o consumidor contrata um serviço ou compra determinado produto, espera usufruir destes regulamente, sem qualquer vício que os macule. Assim, se o produto ou serviço apresenta falhas, a solução dos defeitos precisa acontecer dentro do prazo legal e razoável.

Por fim, verificar-se-á a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

2. IMPORTÂNCIA DO TEMPO E A SUA VIOLAÇÃO

É histórico que os consumidores sempre sofreram com práticas abusivas, razão pela qual a Constituição Federal Brasileira determinou, conforme já dito antes, a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078, de 1990.

A Lei 8.078, de 1990, com o intuito de proteger a parte mais vulnerável da relação consumerista, veda diversas condutas corriqueiramente praticadas por fornecedores. Dentre elas, destacam-se, por exemplo, a propaganda enganosa, a venda casada, a elevação de preços de produtos ou serviços sem justificativa e a aplicação de fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

No entanto, há uma prática bastante comum no mercado de consumo, mas que ainda não foi expressamente proibida pela lei. É a perda de tempo útil do consumidor, ocasionada pelo mau atendimento do fornecedor. Marcos Dessaune utiliza o termo “desvio produtivo do consumidor” para caracterizar essa perda de tempo involuntária.

Diversos são os exemplos da perda de tempo útil na relação de consumo, e raro é encontrar pessoas que nunca foram alvo dessas situações. Permanecer horas no telefone tentando solucionar problemas com empresas de telefonia ou de cartão de crédito, perder considerável parcela de tempo nas enormes filas de um banco, se dirigir por diversas vezes a uma loja para tentar ser ressarcido por cobrança em duplicidade, realizar inúmeras reclamações administrativas e não ter o impasse solucionado e a demora excessiva para resolver problemas, são apenas alguns exemplos corriqueiros da perda de tempo útil do consumidor.

No entanto, o papel relevante do tempo na sociedade contemporânea faz com que sua perda involuntária mereça ser combatida.

Afinal, é cada vez mais comum a alegação de falta de tempo para cumprir as atividades do cotidiano. Parece até que os dias foram reduzidos e o volume de tarefas aumentou. Assim, o tempo passou a ser valorizado como bem precioso que não pode ser desperdiçado, afinal, ele é irrecuperável.

O Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Dr. Eurico de Barros Correia Filho, ao examinar a Apelação Cível nº. 230521-7 que trouxe o caso de uma consumidora que foi obrigada a aguardar três horas e cinquenta e seis minutos por atendimento em um banco, fez importantes observações sobre a importância do tempo para o homem:

A visão eclesiástica do tempo diz-nos que tudo tem o seu tempo determinado e há tempo para todo propósito debaixo do céu: há tempo de nascer e tempo de morrer; tempo de chorar e tempo de rir; tempo de abraçar e tempo de afastar-se; tempo de amar e tempo de aborrecer; tempo de guerra e tempo de paz. Em ser assim, diante do tempo e de todo tempo, determinado e preciso, o tempo que não para, o tempo que não cessa, tempo implacável e inexorável, há que se dizer, platonicamente, antes de qualquer tempo, que o tempo é a imagem móvel da eternidade imóvel e que, por isso mesmo, as horas e os dias talvez sejam, como pensou Marcel Proust, iguais para um relógio, mas não para um homem. Eis então, posto diante do homem, ser cognoscente em diálogo com a sua própria vida - efêmera e voraz com o tempo - o problema do tempo e de seu uso, devido uso próprio e adequado do tempo. Com pertinência, Charles Darwin advertia, às expressas, que o homem que tem a coragem de desperdiçar uma hora de seu tempo não descobriu o valor da vida. De fato, se a passagem do tempo representa, antes de mais, a voragem das horas, e mesmo que se pense que o tempo que se gosta de perder não é tempo perdido, porque o homem faz de seu tempo a própria medida de sua vida, impõe-se pensar acerca do desperdício de tempo e para além disso, o que aqui interessa, sobre o vilipêndio do tempo.

Do desperdício do tempo, dele cogitou Victor Hugo, ao assinalar que “a vida já é curta, e nós a encurtamos ainda mais desperdiçando o tempo”. Tempos desperdiçados, despercebidos, despedaçados, em fragmentos de tempo, que nada somam, nada acrescentam, inférteis de vida, porque neles o desperdício conspira contra a ordem natural das coisas e da própria existência. Tempos irreversíveis como a pedra atirada, a palavra dita, a ocasião perdida, porque tempos sem qualquer passado. Desperdício de tempo, que se faz tempo sombra que nada traz o ontem para o amanhã, flagrado por Millor Fernandes que, em seu refinado humor, o contempla, afirmando: “Quem mata o tempo não é um assassino, mas um suicida”.

De fato, como afirma o desembargador, a vida já é curta e nós a encurtamos mais quando desperdiçamos o tempo.

Ora, se a perda de tempo causada pelo próprio titular já é motivo de frustração, muito mais insatisfação acontece quando o fornecedor furta o tempo do consumidor sem a sua autorização. Na verdade, ao fazer isso o fornecedor de produtos e serviços retira do consumidor parcela de sua existência, já que este é obrigado a despender parte da sua vida tentando resolver problemas de consumo.

Apesar disso, por inexistir no ordenamento jurídico dispositivo expresso sobre a reparação civil pela perda de tempo útil do consumidor, parcela da jurisprudência defende que esse dano não é indenizável, mas mero dissabor que faz parte das relações típicas do cotidiano das pessoas. Dessa forma, alguns Tribunais já deixaram de condenar fornecedores por práticas que ocasionam a perda de tempo útil do consumidor. Confirmam-se alguns exemplos:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. POUCO TEMPO DE ESPERA EM FILA DE BANCO. MERO DISSABOR. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZADO.
1. O pouco tempo de espera em fila de banco não tem o condão de expor a pessoa a vexame ou constrangimento perante terceiros, não havendo que se

falar em intenso abalo psicológico capaz de causar aflições ou angústias extremas. 2. Situação de mero aborrecimento ou dissabor não suscetível de indenização por danos morais. 3. Agravio regimental a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1422960/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 09/04/2012)

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CAIXA ECONOMICA FEDERAL. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE CARTA DE CRÉDITO. DEMORA INJUSTIFICADA NA ANÁLISE DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA MUTUÁRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS NÃO VERIFICADOS. AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE. MERO ABORRECIMENTO. RESOLUÇÃO DO CONTRATO.

1. Apelação através da qual se requer a reforma da sentença que reconheceu a inexecução contratual e declarou rescindido o contrato objeto dos autos (concessão de carta de crédito), condenando às rés a devolver à autora o montante já adimplido, sem o desconto da taxa de administração ou incidência de qualquer penalidade contratual, bem como a pagarem danos materiais e morais, respectivamente nos valores de R\$ 9.277,47 (nove mil, duzentos e setenta e sete reais e quarenta e sete centavos) e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 2. Com vistas a justificar o atraso, a apelante aponta que a liberação dos recursos dependia do exame cuidadoso da documentação apresentada, sustentando inexistência de desídia ou descaso, e que a reiterada solicitação de documentos à autora para a finalização do negócio não possuía cunho protelatório infundado, não podendo ser considerado inadimplemento contratual. 3. O instituto da responsabilidade civil traduz-se na ideia de reparação do dano, consubstanciada no dever de assumir ações ou omissões que tenham lesado a esfera jurídica de um terceiro, causando-lhe dano, no campo moral ou material. 4. É possível afirmar que a inviabilidade da utilização do valor da carta de crédito pela autora, que se destinaria à aquisição do imóvel visado, é de ser atribuída à ré, pois embora pertinente o acurado exame dos documentos por parte da Caixa Seguradora, o mesmo deveria ter sido em espaço de tempo que tornasse viável a utilização do crédito pela mutuária. A não obediência a tal condição implica em inadimplemento de contrato, justificando sua resolução. 5. No entanto, no que toca à condenação em danos morais, embora não justificável a razão pela qual busca a ré evadir-se de sua responsabilidade, a situação vivenciada pela autora configura mero aborrecimento, considerando que não se deu qualquer publicidade ao fato e não houve inscrição em cadastro de inadimplentes. Precedente do STJ. 6. De igual sorte, não vislumbro o dano material apontado pela autora. Isso porque, ainda que comprovado mediante contrato de locação, não se pode responsabilizar a Caixa Seguradora pela inexecução de uma avença que envolvia um imóvel que ainda não era propriedade da autora. Esta agiu por mera liberalidade ao alugar uma sala comercial que sequer lhe pertencia, ainda que estivesse em negociação. 7. Parcial provimento à apelação apenas para afastar da condenação a indenização por lucros cessantes no valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), bem como os danos morais. (TRF5, AC - Apelação Cível 0802805-77.2013.4.05.8400, Rel. Desembargador Federal Edilson Nobre, QUARTA TURMA, julgado em 19/05/2015)

Ao contrário do afirmado nesses precedentes, o tempo é um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, e sua subtração, quando ocorrida de forma desarrazoada e abusiva, não pode ser considerada apenas mero dissabor, já que é capaz de causar impaciência, angústia, sensação de descaso e irritação.

Conforme será demonstrado adiante, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio impõe a responsabilidade civil dos fornecedores pelos danos morais ocasionados pelo desvio produtivo dos consumidores

3. DA TUTELA DO TEMPO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O ordenamento jurídico brasileiro possui diversas normas que objetivam proteger o consumidor. A Constituição Federal da República é um exemplo.

No artigo 5º, XXXV, o diploma constitucional erigiu a defesa do consumidor a direito fundamental, constituindo-o, portanto, em cláusula pétrea. Confira-se:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII- O Estado promoverá, na forma da lei, o direito do consumidor.

Além disso, o artigo 170, V, da Carta Maior apontou a defesa do consumidor como sendo um dos princípios basilares da ordem econômica:

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V- defesa do consumidor.

E, ainda, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou ao Congresso Nacional a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor. Confira-se:

Art. 48, ADCT. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Importante é observar que a Carta Magna não exigiu a elaboração de um Código que simplesmente versasse sobre as relações consumeristas, mas que promovesse a defesa do consumidor.

Nesse contexto é que foi instituída a Lei 8.078, de 1990, criada para amparar o consumidor de maneira ampla e efetiva.

Segundo o artigo 2º dessa lei, é consumidor a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Já o fornecedor é toda

pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 3º, da Lei 8.078, de 1990).

Crucial é ressaltar que para proteger o consumidor, o art. 4º do citado diploma legal, ao instituir a Política Nacional das Relações de Consumo, traçou os seus objetivos e princípios.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Dentre os princípios mencionados no artigo, destaca-se o elencado no inciso VI, qual seja, a coibição e a repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo que possam causar prejuízos aos consumidores.

Não é difícil perceber que a *via crucis* muitas vezes enfrentada pelo consumidor para solucionar um problema de consumo é completamente abusiva e desarrazoada, além de inverter o risco do empreendimento, já que transfere para o consumidor uma responsabilidade que, a princípio, não é sua. Afinal, o próprio Código de Defesa do

Consumidor sustenta que o fornecedor, beneficiário da atividade econômica, é quem deve arcar com os contratempos do seu negócio, respondendo por eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos.

Ademais, o artigo 39 da Lei 8.078, de 1990, ao elencar as práticas abusivas que devem ser coibidas, não o fez taxativamente, conforme se extrai da expressão “dentre outras práticas abusivas”, presente no *caput* do dispositivo.

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. (Incluído pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

XI - Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério. (Incluído pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. (Incluído pela Lei nº 9.870, de 23.11.1999)

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Portanto, qualquer prática abusiva direcionada ao consumidor, ainda que não expressamente positivada, deve ser combatida.

Ressalta-se que as cláusulas abertas são de essencial importância, tendo em vista que as rápidas transformações da sociedade fazem com que a cada dia surjam novos danos. Daí a necessidade de não engessar o instituto da responsabilidade civil às hipóteses taxativamente previstas.

A propósito, Dessaune (2011, p. 28-29), ao traçar o conceito de “prática abusiva”, auxilia na sua identificação.

Prática abusiva é o comportamento desleal de um fornecedor no mercado de consumo, ou seja, é qualquer atividade empresarial que ocorra antes, durante ou depois de uma contratação, garantindo alguma vantagem exagerada para o fornecedor ou desrespeitando a confiança e a lealdade exigidas em suas relações com o consumidor. Para ser abusiva, portanto, a prática deve estar carente de boa-fé ou induzir ao desequilíbrio da relação do fornecedor com o consumidor, podendo lhe causar prejuízo.

Não é difícil perceber que a subtração indevida do tempo do consumidor se amolda perfeitamente à descrição de prática abusiva trazida por Dessaune, já que desrespeita a confiança e lealdade exigidas nas relações consumeristas, além de ocasionar o desequilíbrio na relação do fornecedor com o consumidor.

Ademais, cabe ainda dizer que o Código de Defesa do Consumidor instituiu o princípio da reparação integral dos danos ocasionados ao consumidor.

O artigo 6º, VI, da Lei .8078, de 1990, garante a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Dessa forma, assegura a reparação integral de quaisquer prejuízos ao consumidor. Portanto, a partir do momento em que o bem jurídico tempo é violado, surge para o fornecedor o dever legal de reparar integralmente esse dano.

O Decreto 6.523, de 31 de julho de 2008, é também de extrema relevância, pois fixa normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC). Conforme exposto no art. 1º, ele tem por objetivo observar os direitos básicos do consumidor de obter informação adequada e clara sobre os serviços que contratar e de manter-se protegido contra práticas abusivas ou ilegais impostas no fornecimento desses serviços.

A simples leitura do Decreto já revela que a agilidade e a eficiência devem nortear o serviço de atendimento ao consumidor, o que, consequentemente, protege o tempo enquanto bem jurídico.

O Decreto determina, por exemplo, que o atendente deve ser capacitado para realizar o adequado atendimento ao consumidor e que o SAC deve garantir a transferência imediata ao setor competente para atendimento definitivo da demanda,

caso o primeiro atendente não tenha essa atribuição. Aduz, ainda, que essa transferência da ligação não pode ultrapassar sessenta minutos.

Ademais, o artigo 4º, §4º, da referida norma, ao dispor que “Regulamentação específica tratará do tempo máximo necessário para o contato direto do atendente, quando essa opção for selecionada”, deixa clara a sua preocupação com o tempo que o consumidor gasta para solucionar as falhas de consumo.

Verifica-se, portanto, que todas as normas acima mencionadas elegem o tempo do consumidor como bem jurídico a ser tutelado.

Ainda é preciso mencionar que na violação do tempo do consumidor estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil: conduta humana, nexo de causalidade e o dano.

A conduta humana é o comportamento voluntário responsável pela causação do dano, e pode ser uma ação ou uma omissão. Ela precisa ser antijurídica, ou seja, contrária ao direito.

Cabe destacar que antijuridicidade não se confunde com ilicitude. Para ser antijurídica basta a conduta violar o direito. Já a ilicitude, além do elemento “violar o direito”, tem também em si um elemento subjetivo, a culpabilidade, consubstanciada na imperícia, negligência, imprudência ou no dolo.

Ressalta-se que a presença da ilicitude apenas é necessária na chamada responsabilidade subjetiva. Porém, a responsabilidade subjetiva não se aplica no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, salvo na exceção presente no art. 14, § 4º, da Lei 8078/90².

A Lei 8.078, de 1990, trouxe para as relações consumeristas a responsabilidade objetiva. Dessa forma, não é preciso a demonstração da culpa do fornecedor pelos prejuízos advindos da má prestação do serviço. Confira-se:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (...)

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos

² Art. 14, § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...)

A responsabilidade objetiva foi um avanço para os consumidores. Isso porque a responsabilidade subjetiva no amparo às vítimas de danos é insuficiente, já que em diversas situações é bastante complicado demonstrar a culpa do fornecedor. Assim, a proteção ao consumidor sofreria enorme restrição caso fosse adotada a responsabilidade subjetiva.

Além da conduta humana, é pressuposto da responsabilidade civil o nexo de causalidade entre a conduta e o dano ocasionado à vítima. Assim, é preciso verificar se a conduta foi a responsável por ocasionar o dano, ou seja, é preciso demonstrar que sem a referida conduta não haveria dano. Cavalieri (2012, p.67) define o nexo causal como sendo “o elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano”.

O terceiro pressuposto da responsabilidade civil é o dano, conceituado por Cavalieri (2012, p. 73) como sendo “a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc.”. Sem dano concreto não existe dever de responsabilizar.

Conforme mencionado antes, o ordenamento jurídico não listou os danos de forma taxativa, já que o desenvolvimento acelerado da sociedade faz com que novos danos surjam a cada dia. É exatamente por isso que, para garantir maior proteção às vítimas, novos danos têm sido apontados pela doutrina e pela jurisprudência.

Inclusive, é oportuno destacar que o Poder Judiciário exerce importante função na repressão dos novos danos, já que o Poder Legislativo, infelizmente, nem sempre consegue editar rapidamente as normas necessárias à proteção do consumidor.

O dano temporal é uma realidade nos dias atuais e deve ser combatido, independentemente se o fornecedor subtraiu o tempo útil do consumidor de maneira intencional ou culposa.

A conduta do fornecedor que obriga o consumidor a perder seu tempo livre para solucionar problemas a que não deu causa ocasiona relevante dano ao consumidor que tem parcela de sua existência comprometida para resolver impasses que não desejava. Afinal, tempo perdido não se recupera mais.

Portanto, o esgotamento emocional e o desgaste suportados pelos consumidores para solucionar empecilhos advindos da relação de consumo configuram dano moral indenizável.

Cabe destacar que o dano moral representa uma violação aos direitos da personalidade. Nesse sentido, o fornecedor que subtrai o tempo do consumidor de forma desproporcional e intolerável, tirando a sua paz e tranquilidade, atinge aspectos inerentes à própria pessoa e lesa seus direitos da personalidade.

Inclusive, o Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado 411, da V Jornada de Direito Civil, que assim declara: “O descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988.”

Dessa forma, quando o descaso do fornecedor ultrapassa o mero aborrecimento e acarreta desgastes de ordem emocional e psicológica no consumidor que tem sua expectativa de solução do problema frustrada e o seu tempo furtado, há configuração do dano moral.

Diante desse dano, não resta outra alternativa ao Poder Judiciário senão determinar a reparação civil, tendo como viés o caráter punitivo e pedagógico da indenização fixada.

4. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR- MARCOS DESSAUNE

Marcos Dessaune, autor da tese “Desvio produtivo do Consumidor – o prejuízo do tempo desperdiçado”, assenta que é preciso dar o devido valor jurídico ao tempo desperdiçado pelo consumidor na reclamação contra práticas abusivas, má prestação de serviço ou entrega de produto defeituoso pelos fornecedores.

Para o autor, os fornecedores de produtos e serviços possuem a missão de liberar os recursos produtivos do consumidor. Assim, devem conceder aos consumidores, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições para que possam empregar o seu tempo e suas competências nas atividades de sua preferência.

Numa visão teleológica significa dizer que, nas relações de consumo em que a sociedade contemporânea se apoia, todo fornecedor tem a grande missão implícita⁵ de liberar os recursos produtivos do consumidor – fornecendo produtos e serviços de qualidade que deem ao consumidor condições de empregar o seu tempo e as suas competências nas atividades de sua livre escolha e preferência, que geralmente são atividades existenciais.

Juridicamente essa missão do fornecedor está fundada nos seus deveres legais de colocar, no mercado de consumo, produtos e serviços que tenham padrões adequados de qualidade-adequação e qualidade-segurança; de dar informações claras e adequadas sobre seus produtos e serviços; de agir sempre com boa-fé; de não empregar práticas abusivas no mercado; de não gerar riscos ou causar danos ao consumidor; de sanar os vícios que seus produtos e serviços apresentem e de reparar os danos que eles e eventuais práticas abusivas causem ao consumidor, de modo espontâneo, rápido e efetivo. (DESSAUNE, 2019, p. 18)

Porém, infelizmente, nem sempre é isso que acontece. Ao invés de cumprirem sua missão, as empresas, por “despreparo, desatenção, descaso e/ou má fé”, fornecem aos consumidores produtos e serviços defeituosos, gerando ao fornecedor o dever jurídico sucessivo de sanar o problema de forma rápida e efetiva.

Ocorre que, muitas vezes, o fornecedor se utiliza das mais variadas justificativas ou artifícios para impedir a solução célere, e sujeita o consumidor a assumir o prejuízo ou buscar o desfecho da situação lesiva de acordo com o “modus solvendi” do fornecedor. Nesse último caso, o consumidor passa a despender parcela do seu tempo na busca da solução, ao invés de utilizá-la para outras atividades à sua escolha.

Na visão de Dessaune (2019, p. 23), o consumidor age assim “ora porque não há solução imediatamente ao alcance para o problema, ora para buscar a solução que no momento parece possível, ora para evitar o prejuízo que poderá advir, ora para conseguir a reparação dos danos que o problema causou”.

Tudo isso acaba por gerar o que o autor chama de “desvio produtivo do consumidor”, assim conceituado por ele:

Essa série de condutas caracteriza o “desvio dos recursos produtivos do consumidor” ou, resumidamente, o “desvio produtivo do consumidor”, que é o fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor, sentindo-se prejudicado, gasta o seu tempo vital – que é um recurso produtivo – e se desvia das suas atividades cotidianas – que geralmente são existenciais. Por sua vez, a esquiva abusiva do fornecedor de se responsabilizar pelo referido problema, que causa diretamente o evento de desvio produtivo do consumidor, evidencia a relação de causalidade existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante. (Dessaune, 2019, p. 23 e 24)

Dessaune (2011, p. 147/148) traz situações corriqueiras em que é possível constatar o desvio produtivo do consumidor: telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento do Consumidor de uma empresa, contando a mesma história várias vezes para tentar cancelar um serviço ou uma cobrança indevida; ficar esperando em casa, sem hora marcada, pela entrega de um produto novo ou por um profissional que irá

consertar um produto; espera demorada na fila de um banco, em que somente dois dos dez guichês atendem ao público; ter um procedimento cirúrgico ou exame negado reiteradamente pelo plano de saúde; aguardar horas por um voo que está atrasado, entre outros.

Todas essas situações são extremamente nocivas aos consumidores e não podem ser consideradas como meros dissabores ou percalços da vida. Pelo contrário, na visão do autor, o desperdício do tempo do consumidor viola o direito fundamental à vida, na medida em que parcela do seu tempo existencial é subtraído para solucionar impasses criados pelos fornecedores. Nesse contexto, sendo a vida atributo da personalidade humana, a violação ao tempo caracteriza o dano moral, passível de ser indenizado.

Ao sucumbir ao *modus solvendi* do problema veladamente imposto pelo fornecedor, o consumidor incorre então, independentemente do resultado do seu esforço, na perda definitiva de uma parcela do seu tempo total de vida, na alteração prejudicial do seu cotidiano ou do seu projeto de vida e na instalação em sua vida de um período de inatividade existencial, o que configura a lesão ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora. Esse bem e esse interesse jurídicos, respectivamente, estão sintetizados na expressão existência digna e tutelados no âmbito do direito fundamental à vida, que por sua vez é sustentado pelo valor supremo da dignidade humana. O tempo vital, existencial ou produtivo, enquanto suporte implícito da própria vida, também é um atributo integrante da personalidade resguardado no rol aberto dos direitos da personalidade. (Dessaune, 2019, p. 24/25)

O autor prega, ainda, que quando o consumidor assume deveres operacionais e custos materiais para reparar o problema, pode ocorrer diminuição do seu patrimônio. Nesse caso, se comprovado o prejuízo, o consumidor deverá ser ressarcido.

A propósito, Dessaune critica o termo “responsabilidade civil pela perda de tempo livre ou útil”, pois o termo “tempo livre” dá a falsa impressão de “tempo que sobra”, ao passo que “tempo útil” traz a incorreta ideia de que existe “tempo inútil” à vida humana (Dessaune, 2019, p. 28).

Por fim, salienta o autor que a não responsabilização civil do fornecedor pelo desvio produtivo do consumidor é capaz de acarretar danosas consequências, como as por ele citadas:

Saliente-se que, em geral, a não responsabilização civil do fornecedor por desvio produtivo do consumidor acarreta consequências perniciosas de ordem prática, destacando-se o estímulo transmitido no mercado de que tais eventos danosos podem ser livremente gerados e proliferados pelos fornecedores; a banalização que a sociedade acaba conferindo a essas situações nocivas, o que deixa os fornecedores ainda mais à vontade para multiplicá-las no mercado; o aumento gradual do nível de frustração, de irritação e de estresse do consumidor, que continua submetido cotidianamente a esses fatos lesivos

mesmo não sendo legal nem materialmente responsável pela solução dos problemas que deram origem a eles; e o afastamento do consumidor da sua realização pessoal, o que impacta na felicidade que cada pessoa procura conquistar ao longo da vida. (Dessaune, 2019, p. 30)

5. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como não podia deixar de ser, o estudo da evolução do tema no Superior Tribunal de Justiça é de grande importância

De início, cabe destacar que a primeira decisão colegiada do Tribunal da Cidadania que reconheceu a existência do dano moral em virtude da subtração indevida do tempo aconteceu no julgamento do RESP 1.218.497/MT, de relatoria do ministro Sidnei Beneti, em 2012.

O recorrente sustentou que a espera em fila de banco por mais de uma hora, embora configure violação à lei municipal que estabelece limite temporal em prazo inferior, não é suficiente para configurar dano moral, já que não há, nesse caso, ofensa à honra ou a dignidade do consumidor.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, em votação unânime, negou provimento ao recurso.

É importante perceber, pelos trechos extraídos do voto do relator, que o fundamento para o direito à indenização por dano moral não foi apenas a espera por tempo muito superior ao previsto na legislação municipal, mas também as situações fáticas que ensejaram o sofrimento da consumidora que à época estava com a saúde debilitada, teve que esperar o seu atendimento em pé e não pôde utilizar o sanitário.

Portanto, de início, o Superior Tribunal exigia para a configuração do dano moral outras situações fáticas que demonstrassem o sofrimento do consumidor, não sendo suficiente apenas a espera excessiva por atendimento. Confira-se:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESPERA EM FILA DE BANCO POR MAIS DE UMA HORA. TEMPO SUPERIOR AO FIXADO POR LEGISLAÇÃO LOCAL. INSUFICIÊNCIA DA SÓ INVOCAÇÃO LEGISLATIVA ALUDIDA. PADECIMENTO MORAL, CONTUDO, EXPRESSAMENTE ASSINALADO PELA SENTENÇA E PELO ACÓRDÃO, CONSTITUINDO FUNDAMENTO FÁTICO INALTERÁVEL POR ESTA CORTE (SÚMULA 7/STJ). INDENIZAÇÃO DE R\$ 3.000,00, CORRIGIDA DESDE A DATA DO ATO DANOSO (SÚMULA 54/STJ).

1.- A espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos, e reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral, enseja condenação por dano moral.

2.- A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para desejar o direito à

indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário.

3.- Reconhecidas, pela sentença e pelo Acórdão, as circunstâncias fáticas do padecimento moral, prevalece o julgamento da origem (Súmula 7/STJ).

4.- Mantém-se, por razoável, o valor de 3.000,00, para desestímulo à conduta, corrigido monetariamente desde a data do evento danoso (Súmula 54/STJ), ante as forças econômicas do banco responsável e, inclusive, para desestímulo à recorribilidade, de menor monta, ante aludidas forças econômicas.

5.- Recurso Especial improvido.

(BRASIL. STJ. REsp 1.218.497/MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012.)

No entanto, o Tribunal da Cidadania começou a perceber que a espera excessiva, ainda que não acompanhada de peculiares situações fáticas, era sim capaz de causar transtornos que não poderiam ser classificados como meros aborrecimentos.

Nessa linha, é que a Terceira Turma do Superior Tribunal, seguindo o voto da ministra Nancy Andrighi, aperfeiçoou o seu entendimento no julgamento do RESP 1.662.808 – MT, ocorrido em maio de 2017. No caso, a Turma reconheceu a responsabilização de um banco pelos danos morais ocasionados ao consumidor que foi obrigado a esperar por duas horas e sete minutos na fila do banco. Apesar de não haver qualquer situação fática diferenciada, entendeu-se que a espera foi completamente desarrazoada e, por isso, deveria ser indenizada.

Outro caso emblemático, que revela o reconhecimento da Teoria do Desvio Produtivo pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ocorreu no julgamento do RESP 1.737.412 – SE, interposto pela Defensoria Pública do Estado de Sergipe contra o Banco do Estado do Sergipe. Ressalta-se que o recurso foi manejado no bojo de uma ação coletiva movida pelo primeiro, com o objetivo de, além de obrigar o recorrido ao cumprimento de regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, condená-lo a compensar os danos morais coletivos causados pelo não cumprimento desses deveres.

A relatora do caso, ministra Nancy Andrighi, em seu voto que foi seguido pelos demais componentes da Turma, pontuou, de início, que o dano moral coletivo se dá quando a conduta agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade, a provocar a repulsa e indignação coletiva.

Ressaltou que “o tempo útil e seu máximo aproveitamento são, como visto, subjacentes aos deveres de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que são

atribuídos aos fornecedores de produtos e serviços e à função social da atividade produtiva”. Dessa forma, sublinhou que a perda de tempo útil do consumidor deve ser protegida, aplicando-se a teoria do desvio produtivo para responsabilizar civilmente o fornecedor pela subtração indevida do tempo.

Para a relatora, o fornecedor de produtos e serviços não se importa, muitas vezes, com a perda injusta do tempo do consumidor, porque tem o único intuito de otimizar o seu lucro em detrimento da qualidade do serviço.

Diante disso, a violação aos deveres de qualidade do atendimento presencial fere valores essenciais da sociedade por impor desperdício de tempo útil, o que deve ser combatido.

Nesse contexto, a Terceira Turma reformou o acórdão recorrido para condenar a instituição bancária ao pagamento de danos morais à coletividade. Confere-se:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, “D”, DO CDC. FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA.

1. Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações.

2. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73.

3. O propósito recursal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva.

4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais.

5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, caput, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas.

6. No dano moral coletivo, a função punitiva – sancionamento exemplar ao ofensor – é, aliada ao caráter preventivo – de inibição da reiteração da prática ilícita – e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade.

7. O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao

máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo.

8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor.

9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo.

10. Recurso especial provido.

(BRASIL. STJ. REsp 1.737.412-SE, Rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/02/2019.)

No entanto, não se pode deixar de citar o acórdão proferido pouco tempo depois pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 1647452, ocorrido em 26 de fevereiro de 2019, de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão.

O voto condutor do julgamento afirma que para caracterizar a obrigação de indenizar, não é decisiva a questão da ilicitude da conduta ou de o serviço prestado ser ou não de qualidade, mas sim a constatação efetiva do dano a bem jurídico tutelado.

Nesse contexto, explica que o direito à reparação de dano moral exsurge de condutas que ofendam direitos da personalidade, tais como higidez física e psicológica, vida, liberdade (física e de pensamento), privacidade, honra, imagem, nome, direitos morais do autor de obra intelectual.

Para a Quarta Turma do Tribunal da Cidadania, a teoria da responsabilidade civil pelo desvio produtivo do consumidor, que expressamente embasa os julgados mais recentes da Terceira Turma, reporta-se a danos que, em princípio, não são a direitos da personalidade, muitos ostentando, inclusive, feições de caráter patrimonial.

Diante disso, se opõe a tal entendimento por defender que a espera em fila de banco, ou perda de tempo em outros lugares, é mero desconforto que não tem o condão de afetar direito da personalidade.

No entanto, o relator chama a atenção para certas “situações-limite” que poderiam ensejar a indenização por dano moral, como o caso da demora para atendimento médico emergencial de paciente em estado grave, com exposição de direito da personalidade a risco (saúde, incolumidade física, ou mesmo a vida).

Ressalta, ainda, que a condenação por dano moral em casos que não afetem interesses existenciais merecedores de tutela sanciona o exercício e o custo da atividade

econômica, o que acaba por onerar o próprio consumidor, já que acaba elevando os custos de transações que são repassadas aos consumidores.

Dessa forma sustenta que eventual punição aos fornecedores deve se dar no âmbito administrativo, evitando-se, assim, o que chamou de “litigância frívola” e enriquecimento sem causa do consumidor. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. LIMITE DE TEMPO DE ESPERA EM FILA DE BANCO ESTABELECIDO POR LEI LOCAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. EXSURGIMENTO. CONSTATAÇÃO DE DANO. NECESSIDADE. SENTIDO VULGAR E SENTIDO JURÍDICO. CONFUSÃO.

DESCABIMENTO. FATO *CONTRA LEGEM* OU *CONTRA JUS*. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO DECISIVAS. USO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM O FITO DE PUNIÇÃO E/OU MELHORIA DO SERVIÇO. ILEGALIDADE. DANO MORAL. LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE. ABORRECIMENTO, CONTRATEMPO E MÁGOA. CONSEQUÊNCIA, E NÃO CAUSA. IMPLANTAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. AÇÃO GOVERNAMENTAL.

1. Os arts. 186 e 927 do CC estabelecem que aquele que, por ação ou omissão, causar efetivamente dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, ficará obrigado a repará-lo. Para caracterização da obrigação de indenizar o consumidor não é decisiva a questão da ilicitude da conduta ou de o serviço prestado ser ou não de qualidade, mas sim a constatação efetiva do dano a bem jurídico tutelado, não sendo suficiente tão somente a prática de um fato *contra legem* ou *contra jus* ou que contrarie o padrão jurídico das condutas.

2. Como bem adverte a doutrina especializada, constitui equívoco tomar o dano moral em seu sentido natural, e não no jurídico, associando-o a qualquer prejuízo economicamente incalculável, como figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável, e mais comumente correlacionando-o à dor, ao sofrimento e à frustração. Essas circunstâncias não correspondem ao seu sentido jurídico, a par de essa configuração ter o nefasto efeito de torná-lo sujeito a amplo subjetivismo do magistrado.

3. Com efeito, não é adequado ao sentido técnico-jurídico de dano a sua associação a qualquer prejuízo economicamente incalculável, como caráter de mera punição, ou com o fito de imposição de melhoria de qualidade do serviço oferecido pelo suposto ofensor, visto que o art. 944 do CC proclama que a indenização mede-se pela extensão do dano efetivamente verificado.

4. O art. 12 do CC estabelece que se pode reclamar perdas e danos por ameaça ou lesão a direito da personalidade, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Dessarte, o direito à reparação de dano moral exsurge de condutas que ofendam direitos da personalidade, bens tutelados que não têm, *per se*, conteúdo patrimonial, mas extrema relevância conferida pelo ordenamento jurídico.

5. A espera em fila de banco, supermercado, farmácia, e em repartições públicas, dentre outros setores, em regra, é mero desconforto que não tem o condão de afetar direito da personalidade, isto é, interferir intensamente no equilíbrio psicológico do consumidor do serviço (saúde mental).

6. O art. 4º, II, do CDC estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo implica ação governamental para proteção ao consumidor, sendo que, presumivelmente, as normas municipais que estabelecem tempo máximo de espera em fila têm efeito de coerção, prevendo a respectiva sanção (multa), que caberá ser aplicada pelo órgão de proteção ao consumidor competente, à luz de critérios do regime jurídico de Direito Administrativo.

7. Recurso especial parcialmente provido.
(BRASIL. STJ. REsp 1.647.452-RO, Rel. ministro Luís Felipe Salomão,
Quarta Turma, julgado em 26/02/2019.)

Fica clara, portanto, a divergência de entendimento entre a Terceira e Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, já que esta, diferentemente daquela, entende que o tempo, via de regra, não é um bem jurídico que mereça ser tutelado.

Para rechaçar o entendimento firmado pela Quarta Turma do Tribunal da Cidadania, trago à baila as palavras de Dotti (2019) que sabidamente lembrou que por muitos anos, diversas teorias que hoje são facilmente aceitas pelos Tribunais, também sofreram inicialmente grande resistência:

não é mais possível a indefinição judicante para negar o direito à indenização pela perda do tempo provocada ilicitamente pelo fornecedor, assim como ocorria antes da Constituição de 1988 relativamente ao reconhecimento do dano moral e sua indenização.

Dessaune (2019, p. 25) também se manifesta sobre a jurisprudência que entende ser mero dissabor o percalço percorrido pelo consumidor para solucionar defeitos de produtos ou serviços. Segundo o autor, essa posição tem como base premissas equivocadas e desconsidera que o bem jurídico tutelado é o direito fundamental à vida, já que, como dito antes, parcela da existência do consumidor é subtraída para resolver impasses que não criou. Confere-se:

Diante dessas constatações, a jurisprudência tradicional – segundo a qual a via crucis percorrida pelo consumidor, ao enfrentar problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores, representa “mero dissabor ou aborrecimento” e não um dano moral indenizável – revela um raciocínio erigido sobre premissas equivocadas que, naturalmente, conduzem a essa conclusão falsa. A primeira de tais premissas é que o conceito de dano moral enfatizaria as consequências emocionais da lesão, enquanto ele já evoluiu para centrar-se no bem ou interesse jurídico atingido; ou seja, o objeto do dano moral era a dor, o sofrimento, a humilhação, o abalo psicofísico, e se tornou qualquer atributo da personalidade humana lesado. A segunda é que, nos eventos de desvio produtivo, o principal bem ou interesse jurídico atingido seria a integridade psicofísica da pessoa consumidora, enquanto, na realidade, são o seu tempo vital e as suas atividades existenciais. A terceira é que esse tempo existencial não seria juridicamente tutelado, enquanto, na verdade, ele se encontra resguardado tanto no elenco exemplificativo dos direitos da personalidade quanto no âmbito do direito fundamental à vida.

Por fim, salienta-se que diante do dissenso pretoriano, espera-se que essa questão seja alçada logo à Segunda Sessão do Tribunal, e que esta, considerando a importância do tempo na atualidade, uniformize o entendimento no sentido da reparação civil pela perda de tempo útil do consumidor, assim como já adotado pela Terceira Turma.

6. CONCLUSÃO

Em tempos de massificação do consumo, considerar a perda involuntária do tempo livre apenas um incidente inerente à vida é aquiescer com a lógica da obtenção de lucros sem limites éticos e legais.

O presente trabalho demonstrou a importância do tempo na sociedade contemporânea, e como os consumidores têm sofrido com a subtração desse escasso e limitado bem jurídico.

Através da tese do Desvio Produtivo de Marcos Dessaune, foi possível constatar que o papel dos fornecedores de bens e serviços é liberar os recursos produtivos dos consumidores. Portanto, é necessário que o fornecedor ofereça produtos e serviços de qualidade, liberando os consumidores para empregarem o seu tempo nas atividades de sua preferência. No entanto, se o fornecedor não cumpre o seu papel e obriga o consumidor a perder, de forma desproporcional, parcela de seu tempo para solucionar problemas, deverá ser responsabilizado por isso.

Demonstrou-se, ainda, que o ordenamento pátrio possui diversos dispositivos que fundamentam a responsabilidade civil pela perda de tempo.

A Constituição Federal do Brasil, por exemplo, erigiu a defesa do consumidor a direito fundamental (art. 5º, XXXV) e também a princípio basilar da ordem econômica (art. 170, V). Ademais, o Código de Defesa do Consumidor trouxe, entre os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo que possam ocasionar prejuízos aos consumidores (art. 4º, VI). E, ainda, consagrou a efetiva prevenção e reparação integral de danos, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais, praticados em face dos consumidores (art. 6º, VI).

Foi analisada também a evolução do tema na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Conforme demonstrado, a Terceira Turma já aplica a teoria do desvio produtivo como fundamento para a responsabilização civil pela perda de tempo útil.

Entretanto, esse posicionamento não é compartilhado pela Quarta Turma do Tribunal que entendeu que a subtração excessiva e indevida do tempo, salvo raríssimas exceções, deve ser considerada mero aborrecimento do cotidiano, não passível de indenização.

Diante de todo o exposto, espera-se que com a tese da Reparação Civil pela perda de tempo haja redução das práticas que acarretam a perda de tempo útil do consumidor que, muitas vezes, deixa de realizar suas atividades para solucionar impasses que não criou ou prefere, até mesmo, suportar o prejuízo para não perder o seu próprio tempo.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Decreto n. 6.523, de 31 de julho de 2008*. Regulamenta a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6523.htm. Acesso em 14 de jan. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1422960/SC, Relatora: Min. Maria Isabel Galloti, Data de Julgamento 27/03/2012, Quarta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.218.497/MT, Relator: Min. Sidnei Beneti, Data de Julgamento 11/09/2012, Terceira Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.647.452-RO, Relator: Min. Luís Felipe Salomão, Data de Julgamento 26/02/2019, Quarta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.662.808-MT, Relatora: Min. Nancy Andrighi, Data de Julgamento 02/05/2017, Terceira Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.737.412-SE, Relatora: Min. Nancy Andrighi, Data de Julgamento 05/02/2019, Terceira Turma.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AC 0802805-77.2013.4.05.8400, Relator: Des. Edilson Nobre, Data de Julgamento 19/05/2015, Quarta Turma.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: Um Panorama*. EMERJ, 2019. Disponível em: < Acesso em: 26 de fev. 2020.

DOTTI, René Ariel. Prefácio, in: BERGSTEIN, Laís. *O tempo do consumidor e o menosprezo planejado: o tratamento jurídico do tempo perdido e a superação das suas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 6 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2011.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. AC n.º 230521-7, Relator: Des. Eurico de Barros Correia Filho, Data de Julgamento 07/04/2013, Quinta Câmara Cível.

O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013, E OS DESAFIOS DO MODELO DE MULTIPLICIDADE DE AGÊNCIAS DE CONTROLE DOS ATOS DE CORRUPÇÃO

Eduardo Alecsander Xavier de Medeiros¹

Resumo

O presente trabalho apresenta estudo sobre o acordo de leniência previsto na Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção. A partir da análise das premissas que justificam a sua adoção como instrumento de política pública de controle da corrupção e dos requisitos necessários à efetividade do programa de leniência, pretende-se destacar os desafios impostos pelo modelo de multiplicidade de agências de controle dos atos de corrupção.

Palavras-chave: Acordo de Leniência. Lei 12.846/2013. Lei Anticorrupção. Administração Pública.

LAW LENIENCE AGREEMENT 12.846, OF AUGUST 1, 2013, AND THE CHALLENGES FOR MULTIPLICITY AGENCIES TO CONTROL OF CORRUPTION ACTS

Abstract

This paper presents a study on the leniency agreement provided for in Law 12.846, of August 1, 2013, known as the Anti-Corruption Law. Based on the analysis of the premises that justify its use as an instrument of public policy for the control of corruption and the requirements necessary for the effectiveness of the leniency program, it is intended to identify the challenges imposed by the multiplicity of agencies that control acts of corruption.

Keywords: Leniency Agreement. Law 12.846/2013. Anti-corruption Law. Public Administration.

1. INTRODUÇÃO

¹ Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Administração Pública – Políticas Públicas e Gestão Governamental pelo IDP. Procurador do Distrito Federal.

A Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como “Lei Anticorrupção”, nos termos do seu artigo 1º, “dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

Trata-se de legislação impulsionada por compromissos internacionais firmados pelo Brasil² com o objetivo de endurecimento das medidas de combate à corrupção, considerando que, no contexto de globalização econômica, sua prática compromete interesses comuns a todos os povos, a demandar, assim, o fortalecimento dos esforços de cooperação internacional³.

Assim, em resposta às discussões e compromissos assumidos perante a comunidade internacional, o Brasil adotou medidas para o combate a corrupção, que tiveram como foco a ampliação da transparência, o fortalecimento das instituições, a expansão legislativa e a inflexão jurisprudencial (VASCONCELOS; SILVA, 2017).

Se é certo que a Lei 12.846/2013 não inaugurou o sistema de responsabilização da pessoa jurídica por atos ilícitos contra a administração pública, fato é que endureceu as medidas de repressão ao prever a responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente de dolo ou culpa, nos âmbitos administrativo e civil (artigo 2º), por atos lesivos nela previstos (artigo 5º), praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

A Lei 12.846/2013 veio reforçar o sistema jurídico sancionatório, aumentando a carga punitiva para a ponta privada do fenômeno corruptivo, invertendo-se a lógica até

² Destaque para destaque para a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1996, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002; a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE) de 1997, conhecida como Convenção de Paris, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678, de 30 de novembro de 2000; Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000, conhecida como Convenção de Palermo, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.015, de 12 de março de 2004; e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, conhecida como Convenção de Mérida, Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

³ Conforme exposição de motivos do Projeto de Lei 6.826, de 8 de fevereiro de 2010, que deu origem à Lei 12.846/2013: “2.O anteprojeto tem por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública [...], inclusive para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção”.

então prevalecente caracterizada pela responsabilização do agente público envolvido na prática de atos de corrupção e de improbidade, com o objetivo de criar incentivos para a cooperação dos agentes privados no combate ao fenômeno da corrupção (MOREIRA; BAGATIN, 2014).

Assim, dentro dessa lógica de criar incentivos para a autorregulação, a Lei 12.846/2013, além de estabelecer a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção, prescreveu sanções gravosas como consequência jurídica para os atos lesivos nela tipificados (artigos 6º e 19), bem como previu os institutos do *compliance*, como condição para a atenuação da pena (artigo 7º, inciso VIII), e o acordo de leniência (artigos 16 e 17), que será objeto do presente estudo.

O acordo de leniência corresponde a um instrumento que tem como objetivo incrementar a capacidade investigatória estatal, seguindo a tendência do paradigma da consensualidade na atuação administrativa para resolução de conflitos e com evidente inspiração na experiência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência⁴.

Ademais, ao prever o acordo de leniência, a Lei 12.846/2013 seguiu recomendação constante de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, especificamente a Convenção de Mérida⁵ e a Convenção de Palermo⁶ que incentivam os Estados a adotarem mecanismos negociais de repressão à corrupção e incentivo à colaboração.

⁴No Brasil, o acordo de leniência foi introduzido pela Lei 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que incluiu os artigos 35-B e 35-C na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, em que disciplinava a possibilidade de a União celebrar, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico – SDE, acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas autoras de infração à ordem econômica, prevendo a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável. A Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC revogou a Lei 8.884/1994, porém manteve a previsão do acordo de leniência, disciplinado nos artigos 86 e 87.

⁵Artigo 37. 1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.

⁶Artigo 261. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente: i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

O acordo de leniência tem como fundamento de legitimidade, como será demonstrado mais detalhadamente ao longo do desenvolvimento do trabalho, argumentos de ordem utilitarista, centrados na superação das dificuldades investigatória se na diminuição dos custos do aparato estatal na persecução dos ilícitos.

Cuida-se de relevante instrumento para o enfrentamento à corrupção, mas cuja efetividade, como reconhece a doutrina, depende da presença de condições que assegurem atratividade ao programa de leniência e segurança jurídica aos agentes privados. O sucesso do programa de leniência depende, fundamentalmente, de fatores que garantam sua transparência, credibilidade e efetividade dos benefícios (MARRARA, 2018).

No presente artigo, procura-se analisar os desafios impostos pelo modelo de multiplicidade de instâncias de controle e de esferas de responsabilização dos atos de corrupção, para a efetividade do programa de leniência, considerando que uma atuação desarticulada e conflituosa entre as autoridades pode comprometer a segurança jurídica e, conseqüentemente, criar desincentivos para a colaboração dos agentes privados.

Para tanto, busca-se, em síntese: (i) sistematizar os fundamentos de legitimidade e as premissas do acordo de leniência; (ii) destacar as características do modelo de multiplicidade institucional que configura o sistema jurídico anticorrupção brasileiro; e (iii) identificar os desafios que esse modelo traz para a atratividade e segurança jurídica do programa de leniência, a partir da análise de duas questões problemáticas, quais sejam: i) Qual o tratamento do sigilo e do compartilhamento de provas? e ii) Quais os efeitos dos acordos de leniência sobre a atuação do TCU?

Para esta tarefa, emprega-se revisão bibliográfica sobre o tema, mediante a coleta de dados em periódicos científicos, teses e dissertações e livros. Valendo-se das contribuições fornecidas pelas publicações mais recentes sobre o assunto, bem como analisando as principais críticas e controvérsias identificadas na doutrina em relação ao acordo de leniência e ao papel do TCU no programa de leniência. Deste modo, realiza-se uma pesquisa exploratória com vistas ao aprimoramento de ideias sobre o acordo de leniência e o modelo de multiplicidade de instâncias de controle e de responsabilização dos atos de corrupção. Por fim, o método de abordagem adotado no trabalho foi o dedutivo.

2. ACORDO DE LENIÊNCIA: DEFINIÇÃO E JUSTIFICATIVAS PARA SUA ADOÇÃO

Entende-se por acordo de leniência o ajuste celebrado entre o Poder Público e um agente privado envolvido em uma infração, em que este se compromete a colaborar com a instrução probatória em troca da mitigação ou isenção da punição oferecida por aquele. Já o programa de leniência “consiste no arcabouço jurídico que provê incentivos da autoridade pública investigadora para que os agentes privados a procurem para a negociação dos referidos Acordos de Leniência” (ATHAYDE, 2019, p. 30).

A lógica subjacente ao programa de leniência é a compreensão de que os agentes privados são racionais e atuam de modo a maximizar seus interesses individuais, definidos em termos de cálculo de custos e benefícios. A leniência funciona como incentivo aos agentes privados para abandonarem a conduta ilícita e colaborarem com as autoridades e, assim, possam obter os benefícios e mitigar a incidência das sanções previstas em lei.

O programa de leniência se justifica por argumentos utilitaristas e pragmáticos. Argumenta-se que um programa de leniência eficiente, por um lado, facilita a detecção de práticas ilícitas ao incentivar o agente privado a levar ao conhecimento das autoridades investigadoras o ilícito, antes mesmo do início de qualquer investigação, induzindo-o a cessar sua prática e a fornecer evidências em relação aos outros infratores. Por outro lado, aumenta a eficiência e a efetividade do combate às práticas ilícitas, ao reduzir custos de iniciação dos casos, de instrução processual e de litigância em um eventual questionamento judicial da condenação (ATHAYDE, 2019).

Na base da justificativa da adoção do instrumento da leniência, portanto, estaria o dilema enfrentado pelo Estado, na repressão de ilícitos complexos e de difícil detecção, com elevado impacto lesivo à sociedade: negociar para aumentar o lastro probatório para a punição ou não negociar e aceitar o risco da impunidade resultante da fraqueza probatória (MARRARA, 2015). Diante desse dilema, opta-se pela via utilitarista, aceitando-se a negociação com o infrator com o objetivo de aumentar a capacidade persecutória do Estado (MARRARA, 2015).

Portanto, a partir de uma visão utilitarista, argumenta-se que o programa de leniência, quando bem formulado e implementado, pode constituir, nas palavras de Canetti (2018, p. 29):

[...]ferramenta de dissuasão da própria prática do ilícito, em três frentes: (i) a criação de desconfianças recíprocas que tornem insustentável a associação para o cometimento de infrações; (ii) o incremento da atividade sancionadora estatal; e (iii) a prevenção quanto à reincidência (reformação dos mesmos cartéis ou organizações), considerando a traição inerente à celebração do acordo.

Ou seja, o programa de leniência, ao aumentar os riscos da prática ilícita, por incrementar a eficiência e a efetividade investigativa e, conseqüentemente, a probabilidade de condenação, pode criar desincentivos à prática de infrações (ATHAYDE, 2019).

Argumenta-se, ainda, que o programa de leniência “pode subsidiar, direta ou indiretamente, as ações de ressarcimento e reparação em face dos envolvidos na prática ilícita” (ATHAYDE, 2019, p. 60), por permitir as empresas a continuar suas atividades econômicas, garantindo a manutenção dos empregos e de sua função social.

Assim, como escrevem Tojal e Tamasauskas (2017), a utilização de instrumentos consensuais no âmbito do direito administrativo sancionador, como é o caso do acordo de leniência, confere um novo sentido à sanção, que deixa de ser apenas um elemento de dissuasão da prática ilícita, passando a ser elemento de indução a comportamentos positivos, consistente no ressarcimento dos danos e na adoção de medidas que previnam a ocorrência de novos ilícitos.

3. CONDIÇÕES PARA A EFETIVIDADE DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

A mera previsão normativa de um programa de leniência não é suficiente para sua efetividade, que dependeria, segundo a doutrina, da existência de condições que assegurem atratividade e segurança jurídica. Neste sentido, conforme afirma Canetti (2018, p. 72-73):

[...] para que o sistema de incentivos desenhado pela norma seja efetivo (isto é, para que haja a procura dos agentes privados envolvidos no ilícito pela leniência), entende-se que seria necessária a presença concomitante de pelo menos duas pré-condições gerais e entrelaçadas: (i) atratividade das vantagens oferecidas pelo acordo, com a redução considerável dos potenciais castigos sofridos pelo particular, de um lado, e existência de custos significativos da não cooperação, decorrentes das sanções juridicamente cominadas, bem como dos possíveis abalos reputacionais suportados pelos agentes envolvidos, de outro; e (ii) segurança na celebração dos acordos, pois de nada adiantaria um instrumento teoricamente benéfico mas sem garantias de proteção jurídica concreta àquele que se autorreportou.

Afirma-se, assim, que seriam requisitos para a estruturação de um programa de leniência efetivo (i) o alto risco de detecção da prática ilícita; (ii) o receio de severas punições; e (iii) a transparência, previsibilidade e segurança jurídica em torno das negociações e assinaturas dos acordos (ATHAYDE, 2019).

Em relação ao “alto risco de detecção da prática”, argumenta-se que se os agentes privados não recearem a ação das autoridades investigadoras, por não confiarem na possibilidade de atividade ilícita serem descobertas por outros meios e serem efetivamente sancionadas, as sanções cominadas, ainda que severas, não inibirão a atividade ilícita, tampouco criarão incentivos à delação das irregularidades pelos agentes privados em troca dos benefícios do Programa de Leniência, pois estes poderão assumir o risco (ATHAYDE, 2019).

Por outro lado, deve haver o “receio de severas punições”, ou seja, as sanções não podem ser consideradas simples custos do negócio, que seriam compensados pelas vantagens proporcionadas pela prática da atividade ilícita.

Ainda, um programa de leniência efetivo depende de sua transparência, previsibilidade e segurança jurídica. Conforme escrevem Simão e Vianna (2017, p. 175), “A falta de previsibilidade das ações de Estado e a consequente insegurança que passam a se sujeitar na tentativa de firmar um acordo de leniência tornam-se custos bem altos na decisão de procurar ou não o poder público [...] com a intenção de comunicar [...] ilícitos”.

Segundo Marrara (2018, p. 190) os programas de leniência, para terem sucesso, devem se pautar pela transparência, efetividade e credibilidade de seus benefícios. A transparência exige que os interessados tenham todas as informações sobre a extensão do programa, obrigações e benefícios, custos e riscos, de maneira rápida, simples e inteligível. A efetividade dos benefícios, conforme citado autor, “consiste na evidenciação de que a adesão ao programa de leniência e a colaboração com o Estado valem mais ao infrator do que a não cooperação”, para tanto o Estado deve (i) demonstrar capacidade de punir o infrator de forma exemplar; (ii) ao sancionar, aplicar sanção, pelo menos, maior que o benefício obtido com o ilícito; e (iii) garantir ao colaborador uma sanção mais leve que a aplicada aos demais. A credibilidade do Programa de Leniência, segundo referido autor, “provém da comprovação histórica da seriedade, do profissionalismo, da boa-fé e da respeitabilidade das entidades, dos

órgãos e das autoridades competentes”, comportamento que se mostra essencial para gerar confiança aos potenciais colaboradores.

Em conclusão, a efetividade do programa de leniência depende de sua atratividade e segurança jurídica, sendo certo que, no cenário brasileiro, em que há multiplicidade de instâncias de controle e de esferas de responsabilização por atos lesivos à administração pública, o sucesso do programa demanda a atuação harmônica e coordenada das autoridades, como será demonstrado a seguir.

4. DESAFIOS AO PROGRAMA DE LENIÊNCIA NO CONTEXTO DA MULTIPLICIDADE INSTITUCIONAL

Dispõe o artigo 16, *caput*, da Lei 12.846/2013, que “a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...]”.

O texto não fixou competências rígidas, não prevendo regra para a competência da celebração do acordo de leniência no âmbito do Poder Judiciário e do Legislativo e, ainda, no domínio dos Estados e dos Municípios. A Lei 12.846/2013 apenas fixou, no artigo 16, §10, que, na esfera do Poder Executivo federal e no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira, a competência é da CGU, atual Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.

Segundo Marrara (2018, p. 202), o modelo adotado no diploma legal, para definir a competência para a celebração do acordo de leniência, explica-se quando se tem presente os objetivos da Lei 12.846/2013, uma vez que, para o autor, “quanto mais órgãos e entidades forem legitimados a aplicar as disposições da lei, mais forças se unirão no combate à corrupção”. Ademais, conforme afirmam Tojal e Tamasauskas (2017, p. 6), “o estabelecimento de diversas agências – ou órgãos – anticorrupção permite que se confira uma maior proteção ao seu sequestro por corruptos e corruptores, com vistas a imunizar a atuação no enfrentamento de situações de afronta à moralidade”, pois “haverá sempre alguém não integrado ao esquema para furar um eventual bloqueio de um ou alguns dos órgãos”.

É essa a característica do sistema jurídico do Brasil, em que, sobre uma mesma situação fática ilícita, incidem esferas de responsabilização múltiplas e independentes -

competência de autoridades específicas e apartadas -como é o caso do microssistema jurídico anticorrupção, conforme demonstra Sundfeld (2017):

Para combater desvios, nosso direito público se valeu de leis autônomas e sobrepostas para distribuir as competências de investigação e de punição entre muitas autoridades, estas também sobrepostas. A ideia era fazer com que a atuação concomitante de controladores autônomos diminuísse o risco de os infratores escaparem ilesos. O ministério público pode ajuizar ações penais e cíveis, com base nas leis penais, na lei da improbidade ou na lei anticorrupção. Essas duas últimas leis preveem indenização, multas e proibição temporária de as empresas infratoras contratarem com a administração. Em paralelo, o tribunal de contas da União (TCU), usando sua própria lei, também pode impor a proibição de contratar. Mas isso não é tudo. A lei anticorrupção e as várias leis de licitação (a 8.666/93, a lei do pregão, a lei do regime diferenciado de contratações e a recente lei das estatais) dão a autoridades administrativas poderes de sancionar particulares, com multas e até inidoneidade.

Interessante observação faz Canetti (2018, p. 222-223), a partir de Mariana Mota Prado *et al* (2015), ao afirmar que, ainda que se possa vislumbrar efeito benéfico no modelo multiplicidade institucional, por permitir atuação cooperativa ou complementar entre os órgãos, ele pode provocar consequências deletérias, como, por exemplo, “a multiplicação também dos custos, decorrentes da superposição institucional, e a “compartimentalização do conhecimento jurídico”, equivalente à necessidade de que vários entes lidem, de forma concomitante, mas não integrada, com os mesmos documentos, fatos e provas, sem a necessária interlocução”.

Tojal e Tamasauskas (2017, p. 6) também compartilham dessa preocupação, afirmando que “uma estrutura pensada como garantia institucional contra a captura por ilegalidades pode rapidamente se transmutar em uma verdadeira Hidra de Lerna do enfrentamento à corrupção, capaz de asfixiar com seu hálito não apenas o candidato a leniente como também a própria colheita de provas”.

Assim, o modelo exige uma atuação harmônica e coordenada entre as atividades das múltiplas instituições, “sob pena de a confusão entre instâncias incrementar os custos (econômicos, políticos, jurídicos e de capital humano) da persecução estatal, diminuindo as vantagens sociais trazidas pelo combate aos ilícitos contra a Administração” (CANETTI, 2018, p. 224).

Conforme adverte a doutrina, a multiplicidade institucional poderá gerar desincentivos para a cooperação e, conseqüentemente, para a efetividade do programa de leniência anticorrupção, se não for equacionado o papel de cada legitimado ao

enfrentamento da corrupção. Trata-se de questão sensível e fundamental para a transparência e a previsibilidade do programa de leniência e, portanto, relevante para os agentes privados tomarem a decisão de colaborar com as investigações (MARRARA, 2018).

A situação é agravada, como observam Tojal e Tamasauskas (2017, p. 7), no contexto de corrupção sistêmica, como o enfrentado pelo Brasil, marcado pela natural desconfiança entre as diversas autoridades, a criar mais embaraços para a operacionalização do programa de leniência. Nesse contexto, nas palavras dos autores, “Reações que poderiam ser legítimas tentativas de manutenção de prerrogativas e atribuições num ambiente de constante [...] disputa entre os legitimados ao enfrentamento da corrupção acabam sendo compreendidas como obstáculos a que as colaborações se estabeleçam”.

Fundamental, portanto, a necessidade de atuação coordenada e do estabelecimento de uma cooperação institucional, a fim de se assegurar a atratividade e segurança jurídica do programa de leniência.

Não obstante, a Lei 12.846/2013 não tratou especificamente das atribuições das diversas instituições legitimadas constitucionalmente ao enfrentamento da corrupção, limitando-se apenas a fixar a competência da CGU, tampouco tratando da relação e cooperação entre os diversos entes estatais. Conforme escreve Marrara (2018, p. 204):

A Lei Anticorrupção, contudo, não conferiu grande atenção aos problemas de articulação organizacional e processual, deixando de lado os problemas de atos infrativos com efeitos lesivos complexos. A legislação não faz uma diferenciação entre a celebração isolada e a celebração conjunta de acordos de leniência, não trata da cooperação entre entes lesados simultaneamente por uma mesma prática infrativa, nem cuida da cooperação entre entidades responsáveis por diferentes tipos de responsabilização.

É certo que atos infralegais buscaram disciplinar a participação dos órgãos no programa de leniência. Assim, no âmbito do Poder Executivo federal, foi editada a Portaria Interministerial 2.278, de 15 de dezembro de 2016, que definia os procedimentos para celebração do acordo de leniência da Lei 12.846/2013, no âmbito da CGU, e disciplinava a colaboração da AGU no programa de leniência. Referida portaria veio a ser revogada pela Portaria Conjunta 4, de 9 de agosto de 2019, que

passou a definir os procedimentos para negociação, celebração e acompanhamento dos acordos de leniência, no âmbito da CGU e a dispor sobre a participação da AGU.

Por outro lado, o TCU editou controvertida Instrução Normativa 74/2015, em que procurava disciplinar sua participação no programa de leniência, que veio a ser revogada pela Instrução Normativa 83/2018.

Porém, como escreve Marrara (2018, p. 205), a questão referente à colaboração institucional deve ser tratada em lei, considerando que “nem atos normativos da Administração (como decretos), nem cláusulas do próprio acordo de leniência serão capazes de retirar ou limitar [...] as competências legais de entes competentes para adotar medidas de responsabilização civil, penal e administrativa [...] contra o infrator colaborador”.

5. A MEDIDA PROVISÓRIA 703/2015 E A TENTATIVA DE DISCIPLINAR O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

A Medida Provisória 703, de 21 de dezembro de 2015, pretendeu alterar a redação do *caput* do artigo 16, atribuindo a competência para a celebração do acordo aos órgãos de controle interno da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, “de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública”.

Nesse sentido, procurava-se, de certa forma, afastar dúvidas sobre a competência, aumentar a segurança jurídica dos interessados e a eficiência do instrumento, ao possibilitar a participação do Ministério Público e da Advocacia Pública, prevendo, ainda, que os acordos de leniência que tivessem a participação destas instituições impediriam o ajuizamento ou prosseguimento de ações de improbidade e ações de natureza civil.

A MP 703/2015 acrescentava, ainda, o §14 ao artigo 16, estabelecendo que “O acordo de leniência depois de assinado será encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas, que poderá [...], instaurar procedimento administrativo contra a pessoa jurídica celebrante, para apurar prejuízo ao erário, quando entender que o valor constante do acordo não atende o disposto no § 3º”, ou seja, não reparar integralmente o dano causado.

De certa forma, com a MP 703/2015, atendia-se à ponderação expressada por Marrara (2018, p. 205), de que a conveniência da norma advinha da disciplina à colaboração institucional no programa de leniência, nas suas palavras:

[...] a celebração conjunta entre o ente estatal responsável pela aplicação das sanções administrativas por ato de corrupção com outras entidades responsáveis pela persecução penal e pela persecução civil[...]desponta como forma de coordenação das esferas de responsabilização e das várias entidades por elas competentes.

Por este motivo, a conveniência de uma norma a disciplinar a colaboração institucional no programa de leniência.

Não obstante, a MP 703/2015 perdeu a sua eficácia por ausência de apreciação pelo Congresso Nacional, inexistindo, atualmente, norma legal disciplinando essa colaboração institucional.

6. O SIGILO E O COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES DECORRENTES DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Questão prática que surge nesse contexto de multiplicidade institucional refere-se ao sigilo e ao compartilhamento das informações e documentos obtidos no âmbito dos acordos de leniência e a sua utilização em prejuízo da pessoa jurídica colaboradora que os forneceu ao Estado.

O acesso irrestrito aos documentos e informações, principalmente à confissão do colaborador, pode colocá-lo em posição excessivamente desvantajosa no âmbito das demais esferas de responsabilização, diminuindo, assim, a atratividade do programa de leniência e, consequentemente, os benefícios e vantagens que o acordo de leniência gera para o Poder Público.

A despeito da Lei 12.846/2013 prescrever, no artigo 16, §7º, que “não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada, a doutrina reconhece ser a providência insuficiente para garantir a credibilidade do programa de leniência e torná-lo atrativo, se não for acompanhada de outras medidas, como a devolução de documentos e elementos fornecidos durante a negociação e que possam gerar prejuízos ou riscos ao infrator (MARRARA, 2018)⁷.

⁷Observa-se que a medida sugerida por Marrara está prevista no artigo 35 do Decreto 8.420/2015, que regulamenta a Lei 12.846/2013, e prescreve que, na hipótese de o acordo não via a ser celebrado, “os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos, sem retenção de cópias, à pessoa

Marrara (2018) sugere, ainda, como forma de diminuir os riscos decorrentes da negociação frustrada, a possibilidade de negociações meramente orais, sem a transferência de documentos antes da celebração do acordo, conforme previsto no artigo 31 do Decreto 8.420/2015⁸.

Por outro lado, o compartilhamento das informações e documentos obtidos no âmbito do acordo de leniência com as outras autoridades deve observar cautelas, sempre que puder comprometer o agente colaborador. Essa preocupação está presente no entendimento firmado pela Quinta Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, no Estudo Técnico 01/2017-5ª CCR, em que afirma a necessidade de estabelecimento de parâmetros objetivos e condicionantes para o compartilhamento de informações e provas obtidas com o acordo de leniência, como a “adesão racional e razoável aos termos negociados e acertados entre Estado e colaborador”. Afirma-se no referido estudo (BRASIL, 2017, p. 118):

[...] para o equilíbrio dos interesses suscitados na negociação premial, sobretudo para que sejam corretamente asseguradas a segurança jurídica e a proteção da boa-fé, equivalentes ao ganho informacional e ao incremento de eficiência estatal, exsurge como providência fundamental o estabelecimento claro de parâmetros objetivos e condicionantes, necessários à possibilidade de empréstimo de prova produzida em leniência.

Assim, o acesso a informações e documentos obtidos em colaboração premiada, por outros órgãos públicos de fiscalização e controle ou por terceiros interessados que se legitimem a tal *disclosure*, depende da adesão racional e razoável aos termos negociados e acertados entre Estado e colaborador. Trata-se de decorrência lógica que deflui do paradigma de consensualidade[...].

Como se observa no referido Estudo Técnico 01/2015-5ª CCR, a solução indicada é adotada internacionalmente, para cumprir tratados multilaterais e exigências de cooperação entre países. Com a solução proposta, “de um lado, se assegura acesso a

jurídica proponente e será vedado seu uso para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública federal tiver conhecimento deles independentemente da apresentação da proposta do acordo de leniência”. A mesma norma consta no artigo 8º da Portaria Conjunta 4/2019, que define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei 12.846/2013, no âmbito da CGU e dispõe sobre a participação da AGU.

⁸Art. 31. A proposta de celebração de acordo de leniência poderá ser feita de forma oral ou escrita, oportunidade em que a pessoa jurídica proponente declarará expressamente que foi orientada a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais e de que o não atendimento às determinações e solicitações da Controladoria-Geral da União durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta. § 1º A proposta apresentada receberá tratamento sigiloso e o acesso ao seu conteúdo será restrito aos servidores especificamente designados pela Controladoria-Geral da União para participar da negociação do acordo de leniência, ressalvada a possibilidade de a proponente autorizar a divulgação ou compartilhamento da existência da proposta ou de seu conteúdo, desde que haja anuência da Controladoria-Geral da União.

informações, mantido os sigilos cabíveis, e, de outro, garante o respeito aos benefícios legais concedidos ao colaborador, em toda sua amplitude” (BRASIL, 2017, p. 119). Isto significa que não pode existir a concessão de vantagens para uma parte em detrimento da negativa de benefícios a outra, pois a normativa privilegia os princípios da boa-fé objetiva e da lealdade, que preconizam a consideração às expectativas de confiança e coerência esperadas do comportamento do Estado, como também uma atuação equilibrada e orientada pela razão (BRASIL, 2017).

Observa-se, porém, que o TCU já decidiu, no Acórdão 1.411/2017 do Plenário, da relatoria do ministro Augusto Sherman, afastar cláusula expressa de confidencialidade de acordo de colaboração premiada que vedava o compartilhamento de provas para outras instâncias. Embora a discussão no referido acórdão trate de compartilhamento de provas obtidas em colaboração premiada, as considerações adotadas pelo TCU podem ser transplantadas para os acordos de leniência, tendo em vista a similaridade dos institutos (ZYMLER; ALVES, 2018, p. 165).

Porém, em julgamento mais recente o TCU, no Acórdão 1.214/2018-Plenário, da relatoria do ministro Benjamin Zymler, adotou entendimento no sentido de que elementos de prova fornecidos pela pessoa jurídica colaboradora não poderiam ser utilizados para sancioná-la com a declaração de inidoneidade, com fundamento, indicado no voto do ministro relator, no direito de não autoincriminação, de propriedade dos documentos particulares e nos princípios da boa-fé subjetiva e da proteção da confiança legítima do colaborador.

Esse entendimento também veio a ser adotado pelo STF, nos autos do Agravo Regimental no Inquérito 4.420-DF, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, julgado em 28 de agosto de 2018, em que se decidiu pela possibilidade de compartilhamento das provas obtidas com o acordo de leniência, desde que observados os limites estabelecidos no acordo. O acórdão está assim ementado:

Penal e Processual Penal. 2. Compartilhamento de provas e acordo de leniência. 3. A possibilidade de compartilhamento de provas produzidas consensualmente para outras investigações não incluídas na abrangência do negócio jurídico pode colocar em risco a sua efetividade e a esfera de direitos dos imputados que consentirem em colaborar com a persecução estatal. 4. No caso em concreto, o inquérito civil investiga possível prática de ato que envolve imputado que não é abrangido pelo acordo de leniência em questão. 5. Contudo, deverão ser respeitados os termos do acordo em relação à agravante e aos demais aderentes, em caso de eventual prejuízo a tais pessoas. 6. Nego provimento ao agravo, mantendo a decisão impugnada

e o compartilhamento de provas, observados os limites estabelecidos no acordo de leniência em relação à agravante e aos demais aderentes.

Assim, pode-se concluir que a tendência é de se permitir o compartilhamento das informações e documentos fornecidos pela pessoa jurídica no acordo de leniência, desde que observados os limites estabelecidos no acordo, não podendo ser utilizados em prejuízo da pessoa jurídica que os forneceu ao Estado.

7. O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS E A REPERCUSSÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA SOBRE A ATUAÇÃO DO TCU

Outra questão prática que constitui desafio ao modelo de multiplicidade institucional de combate à corrupção, surge do princípio da independência das instâncias, segundo o qual as distintas esferas de responsabilização possuem autonomia para exercer suas competências e aplicar as sanções.

Sobre o princípio da independência das instâncias, escreve Souza (2016, p. 231) que ele possui uma dimensão ligada à separação dos poderes, em que se procura impedir “a submissão de uma esfera dos Poderes estatais às demais, permitindo que cada qual exerça com autonomia e independência sua parcela de *ius puniendi*”.

Assim, tendo presente o princípio da independência das instâncias, o acordo de leniência celebrado pela CGU não afasta as competências do TCU fixadas no artigo 71 da Constituição da República e na Lei 8.443/1992, essencialmente a de apurar débitos e aplicar sanções aos agentes que causarem prejuízo ao erário (BARCELLOS, 2015; ROSILHO, 2016). Não obstante, a necessidade de se assegurar a efetividade e segurança jurídica do programa de leniência demanda que o TCU observe, em sua atuação, os acordos firmados pelas demais instituições.

A necessidade de o TCU observar os acordos de leniência no exercício de suas competências foi tratada no já citado Acórdão 483/2017-Plenário, da relatoria do ministro Bruno Dantas, que observou em seu voto:

73. De fato, é fundamental que o Tribunal de Contas da União avalie o impacto de sua decisão sobre a efetividade e a segurança jurídica dos acordos já firmados e sobre a perspectiva de novas negociações.

74. O acordo de leniência e a colaboração premiada são como um contrato. Qualquer pacto, contrato ou ajuste envolve cálculo, previsão e racionalidade estratégica [...].

75. Qualquer elemento que desestabilize desnecessariamente essa equação será percebido como motivo de insegurança para futuros interessados em negociar [...]. 76. É por essa razão que, ao possibilitar os acordos de leniência, o ordenamento jurídico pressupõe certa interação entre os órgãos [...]. 77. Dessa forma, o Tribunal também deve considerar para esta decisão eventual colaboração que as empresas estejam fazendo junto ao Ministério Público Federal. [...]

84. Portanto, é deveras nobre a missão do Tribunal de construir uma decisão que, propiciando o diálogo interinstitucional entre os órgãos de controle, concilie duas necessidades: a de emitir incentivos às colaborações e a de reparar o dano ao erário.

Não obstante a preocupação demonstrada no referido Acórdão com os efeitos do acordo de leniência na atuação do TCU, houve, na prática, a subordinação desses efeitos à observância, pela pessoa jurídica colaboradora, de condicionantes impostas pelo Tribunal, o que motivou sua impugnação perante o Supremo Tribunal Federal. De fato, o Acórdão 483/2017-Plenário foi impugnado no Mandado de Segurança 35.435-DF, tendo o ministro Gilmar Mendes, então relator, em juízo de cognição sumária, deferido parcialmente a liminar para impedir a decretação de inidoneidade da impetrante pelo TCU, ressalvado eventual descumprimento do acordo de leniência ou o surgimento de novos fatos.

É certo que mais recentemente o TCU ajustou seu entendimento, reconhecendo a necessidade de se valorar a utilidade da colaboração da pessoa jurídica advinda do acordo de leniência, conforme se verifica no Acórdão 1.214/2018-Plenário, tendo o ministro Benjamin Zymler observado:

100. Sendo assim, entendo que o TCU pode valorar e levar em conta as colaborações premiadas e os acordos de leniência celebrados pelo Ministério Público e outras instâncias de controle que tratem dos mesmos fatos analisados em seus processos, principalmente se elas forem úteis ao exercício das competências de controle externo.

101. Caso o Tribunal utilize os elementos de prova fornecidos pelo colaborador, em função de tais instrumentos, para exercer suas atribuições sobre outros responsáveis e/ou apurar novos fatos, ele deve reconhecer a eficácia da colaboração para a jurisdição de contas e, com base nos dispositivos supramencionados, reduzir ou isentar o interessado da pena que lhe seria imputada em razão das irregularidades por ele admitidas.

102. Todavia, é pertinente advertir que o TCU, na condição de órgão constitucionalmente encarregado de promover a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, é o único legitimado para avaliar a eficácia da colaboração para o exercício da jurisdição de contas.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão afirma-se que o acordo de leniência se justifica por argumentos de ordem utilitarista, consubstanciados, fundamentalmente, no objetivo de incrementar a capacidade persecutória do Estado no enfrentamento aos crimes complexos e de difícil investigação, como é o caso dos ilícitos de corrupção. O programa de leniência concorre para o ganho de eficiência na gestão administrativa ao viabilizar uma investigação mais robusta, com menor dispêndio de recursos humanos e financeiros.

Considerando a lógica subjacente ao acordo de leniência, que funciona a partir da criação de incentivos aos agentes privados para abandonarem a conduta ilícita e colaborarem com as autoridades, a mera previsão normativa do instrumento não é suficiente a efetividade do programa de leniência, que depende, segundo a doutrina, da existência de condições que assegurem atratividade e segurança jurídica.

Nesse contexto, considerando o cenário brasileiro, em que há multiplicidade de instâncias de controle e de esferas de responsabilização por atos de corrupção, o sucesso do programa demanda a atuação harmônica e coordenada das autoridades.

Se é certo que o modelo de multiplicidade institucional tem suas vantagens, como reconhecem Tojal e Tamasauskas (2017, p. 6), pois “permite que se confira uma maior proteção ao seu sequestro por corruptos e corruptores, com vistas a imunizar a atuação no enfrentamento de situações de afronta à moralidade”, ele também pode ter efeitos colaterais, principalmente num contexto de corrupção sistêmica, em que há natural desconfiança entre as diversas autoridades, criando mais embaraços para a operacionalização do programa de leniência (TOJAL; TAMASAUSKAS, 2017).

Assim, o grande desafio do modelo de multiplicidade institucional, como parece ser consenso na doutrina e manifestações das autoridades, é solucionar a atuação desarticulada e disputa entre as autoridades que, como visto, pode comprometer a segurança jurídica e criar desincentivos para a colaboração das pessoas jurídicas infratoras. Essa é a conclusão a que chegam Simão e Vianna (2017, p. 230), ao afirmarem que “Provavelmente o ponto que mais dificultou a efetivação dos acordos de leniência foi a incapacidade dos órgãos públicos envolvidos articular de forma adequada e encontrar uma solução viável para sua implementação”.

A partir da análise de duas questões concretas – o tratamento do sigilo e do compartilhamento de provas e os efeitos dos acordos de leniência sobre a atuação do

TCU –, ainda há muita insegurança jurídica, não obstante os esforços dos órgãos e manifestações das autoridades reconhecimento da necessidade da solução interinstitucional, o que é comprovado pela judicialização das questões.

9. REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática* — CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 394p.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Submissão de acordos de leniência ao TCU necessita de esclarecimentos*. Revista Consultor Jurídico, 23 de fevereiro de 2015, 6h56. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/ana-barcellos-submissao-acordos-leniencia-tcu-gera-duvidas>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR*, de setembro de 2017. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudo-tecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2019.

CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2016. Cap. 10. p. 337-373.

MARRARA, Thiago. *Acordos de Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: modalidades, regime jurídico e Problemas Emergentes*. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 509-527, 3 jul. 2015.

_____, Thiago. *Comentários ao art. 16*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei Anticorrupção comentada*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2018. p. 187-227.

MOREIRA, EgonBockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. *Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, descondiçõesocietária, acordos de leniência e regulamentos administrativos*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set.2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=204512>>. Acesso em: 3 out. 2018.

ROSILHO, André. *Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosilho/poder-regulamentar-do-tcu-e-o-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorruptao>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

SOUZA, Jorge Munhós de. *Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção*. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2016. Cap. 7. p. 187-241.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Controle sabotando controle. Negociação de acordos de leniência com empresas da Lava Jato mostra alguns defeitos do sistema*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/controle-sabotando-controle-22032017>>. Acesso em: 07 out. 2019.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. *A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto*. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração Premiada* (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2017. Cap. 10. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/138401991/v1/document/142122842/anchor/a-142122842>>. Acesso em 07 out. 2019.

VASCONCELOS, Beto Ferreira Martins; SILVA, Marina Lacerda e. *Acordo de leniência - A prática de um jogo ainda em andamento*. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração Premiada (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Cap. 12. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/138401991/v1/document/145677693/anchor/a-145677693>>. Acesso em: 07 out. 2019.

ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia. *Acordos de Leniência e o papel do TCU*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 20, n. 107, p. 153-168, jan/fev. 2018.

SISTEMA PRISIONAL FEMININO E POLÍTICAS PÚBLICAS: UM DEBATE OPORTUNO

Gabriela Gadeia Brito Jardim¹

Resumo

O debate sobre encarceramento feminino, seu crescimento alarmante, bem como a adoção de penas alternativas para diminuição destas taxas tem sido cada vez mais constante entre os grupos de interesse dos Direitos Humanos, Administração e Segurança Pública. No entanto, a implementação formal de políticas públicas ainda não é intrínseca, considerando a caracterização e as especificidades do gênero. Com isso, o presente artigo tem como objetivo ilustrar as dificuldades enfrentadas dentro do cárcere², traçando o perfil das mulheres encarceradas, sendo algumas delas com filhos ainda na primeira infância, abordando as alternativas existentes, ou a ausência delas, em busca de possíveis melhorias do cenário atual. A abordagem será baseada no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres/2018, que compila informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, por meio de um formulário de coleta preenchido pelos gestores dos estabelecimentos prisionais do Brasil.

Palavras-chave: gênero; mulheres; encarceramento feminino; sistema prisional; ressocialização; políticas públicas; primeira infância

FEMALE PRISON SYSTEM AND PUBLIC POLICIES: A TIMELY DEBATE

Abstract

The debate on female incarceration, its alarming growth, as well as the adoption of alternatives penalties to reduce these rates has been increasingly constant among the Human Rights, Administration and Public Security interest groups. However, the formal implementation of public policies is not yet intrinsic, considering the characterization and specificities of the genre. The purpose of this article is to illustrate the difficulties faced in the prison, tracing the profile of incarcerated women, some of them with children still in their infancy, addressing the existing alternatives, or their absence, in search of possible improvements in the current scenario. The approach will be based on the Levantamento

¹ Formada em Administração de Empresas (2013) e Mestre em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (2018). Pesquisadora do projeto “Crianças e Cárcere: efeitos do sistema prisional no desenvolvimento a primeira infância”, realizada pelo Observatório de Direitos Humanos do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), com fomento da Organização dos Estados Ibero-americanos para Educação, Ciência e Cultura (OEI).

² Conteúdo pertencente à pesquisa do projeto “Crianças e Cárcere: efeitos do sistema prisional para o desenvolvimento da primeira infância”, realizada pelo Observatório de Direitos Humanos do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), com fomento da Organização dos Estados Ibero-americanos para Educação, Ciência e Cultura (OEI).

Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres / 2018, which compiles statistical information from the Brazilian penitentiary system, through a collection form filled out by prison managers in Brazil.

Keywords: gender; women; female imprisonment; incarceration of women; prison system; resocialization; public policy; early childhood

1. INTRODUÇÃO

A atual situação carcerária brasileira, marcada não apenas pela natural privação de liberdade, mas também por uma rotina de humilhações, se encontra em contradição com o princípio Constitucional do direito à dignidade da pessoa humana, bem como com a Lei de Execução Penal – LEP, na qual se encontra a obrigação do Estado de prestar assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Lidar com essa realidade não é algo simples. A ressocialização dos presos, por meio da qualificação profissional, da educação, do trabalho e da progressão da pena, permitiria sua reintegração à sociedade. Esse seria, a princípio, o tratamento digno que teríamos a expectativa de oferecer aos nossos presos.

Ainda mais desafiador é compreender e avaliar a situação das mulheres encarceradas – um grupo ao qual se tem dedicado um número relativamente pequeno de estudo, e para o qual as intervenções de políticas públicas, definidas como “a totalidade das ações, metas e planos que os governos (...) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público” (Lopes, Amaral e Caldas, 2008), são raramente avaliadas de forma sistemática.

O presente estudo pretende analisar o perfil da mulher encarcerada, ressaltar sua especificidade e apontar, ainda que de maneira bastante inicial, para alternativas para as políticas públicas de encarceramento.

Este artigo está dividido da seguinte forma: a primeira seção aborda a relação entre gênero e cárcere, descrevendo marcos recentes da legislação internacional. A segunda seção descreve a metodologia de pesquisa e os dados utilizados. A terceira seção traz informações quantitativas sobre o perfil do encarceramento feminino no Brasil. Quando possível, essa abordagem se dá de forma comparativa. As bases de dados utilizadas são as do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, anos 2014 e 2016. Também são feitas referências a dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) (Cadastro Nacional de Presos), referentes ao ano de 2018.

A quarta seção aborda algumas políticas públicas implementadas no Brasil e em alguns países do mundo para a questão do encarceramento. A despeito da falta de avaliações sistemáticas de políticas públicas dessa natureza, é possível apresentar algumas dessas políticas e analisar, pelas suas características, seu potencial e suas limitações diante do quadro do encarceramento feminino no Brasil. O artigo se encerra com as conclusões, avaliando quais alternativas poderiam ser efetivas para a política de aprisionamento feminino no Brasil, em função das especificidades do contexto brasileiro.

2. A MULHER E O CÁRCERE

Apesar de a Constituição Federal de 1988 preconizar em seu artigo 5º que são direitos, sem distinção de raça, sexo ou classe social, o direito à vida, à saúde, ao lazer, à liberdade de crenças e expressão, segurança, trabalho, liberdade e justiça, ainda há a discriminação em relação à figura feminina.

Sabe-se que, diante de todos os direitos conquistados pelas mulheres e da busca pela liberdade e igualdade, no que se refere aos direitos e obrigações, houve um grande avanço. Os direitos da mulher foram consolidados na legislação quando dispôs sobre a igualdade do tratamento entre homens e mulheres, permitiu a licença maternidade, proteção específica para aquelas mulheres que irão ter liberdade provisória ou para aquelas que serão privadas de liberdade, não havendo lacuna para que falte respeito à dignidade da pessoa humana, conforme previsto no mesmo artigo 5º da Constituição Federal, e aos direitos já adquiridos.

Os dois gêneros estão expostos aos mesmos fatores sociais, embora as mulheres sejam mais vulneráveis às questões culturais características do gênero, como maus tratos, abusos sexuais, violência doméstica, gravidez precoce, dentre vários outros agravantes.

Uma das explicações sobre o envolvimento da maioria das encarceradas com alguns tipos de crimes não menos graves, mas menos violentos, se daria devido à sensibilidade peculiar ao gênero, das emoções e laços familiares. A figura feminina sempre foi vista como dócil e frágil, enquanto o homem é atrelado ao comportamento violento. Porém, em busca da igualdade de tratamento, a mulher tem se posicionado socialmente de uma maneira não antes vista e, à medida que essa participação na vida social, política e econômica aumenta, além da ocupação de bons cargos, a participação na criminalidade também tende a aumentar.

Apesar de não se poder descartar a hipótese de que mulheres estejam atuando na criminalidade (notadamente a relacionada ao tráfico de drogas) por conta própria, há evidências pontuais de que sofram influência masculina, muitas vezes de seus parceiros, direta ou indiretamente. Induzem-na ao cometimento do crime, servindo de ‘mula’, que é aquele indivíduo que, conscientemente ou não, transporta droga em seu corpo, ou de escudo contra a ação da polícia, ou até mesmo com o cometimento de crimes contra o patrimônio (cf. observações de casos específicos feitos por Queiroz (2015); ou a observação genérica feita por Diniz (2015), de que as mulheres chegam à penitenciária do Distrito Federal “pelo confuso tipo penal ‘tráfico de drogas’”).

Algumas dessas mulheres são presas com família constituída. Algumas são presas grávidas; outras, uma minoria, engravidam quando já estão presas. Com isso, há a demanda por atendimento pré-natal, atendimento no momento do parto e escolta no hospital, bem como de um lugar limpo e propício para cuidar de seu recém-nascido.

Este gênero sofre ainda mais discriminação familiar por estar presa. De acordo com Queiroz (2015, p. 44), na obra “Presos que menstruam”:

Quando um homem é preso, comumente sua família continua em casa, aguardando seu regresso. Quando uma mulher é presa, a história corriqueira é: ela perde o marido e a casa, os filhos são distribuídos entre familiares e abrigos. Enquanto o homem volta para um mundo que já o espera, ela sai e tem que reconstruir seu mundo.

Além da perda da liberdade, o tempo de cárcere produz consequências psicológicas devastadoras, com toda sorte de consequências para a vida da mulher, principalmente quando não há o estímulo por desenvolvimento de atividades de educação e trabalho, enquanto encarceradas.

Aquelas que praticam crimes têm de pagar pelo o dano causado até mesmo para evitar o aumento da sensação de impunidade na sociedade. No entanto, é necessário considerar a segurança pública tanto pela ótica da prevenção criminal, quanto sob a vertente da ressocialização da detenta.

No Relatório de Pesquisa “Reincidência Criminal no Brasil”, derivado do Acordo de Cooperação Técnica entre CNJ e IPEA, de 2015, Baratta (1990) expõe que há dois posicionamentos: o realista e o idealista.

Os adeptos da posição realista, partindo da premissa de que a prisão não é capaz de se constituir em espaço de ressocialização, defendem que o máximo que ela pode fazer é neutralizar o delinquente. Em decorrência, alinham-se ao discurso

oficial da prisão como prevenção especial negativa (neutralização ou incapacitação do delinquente), que está na base do recrudescimento das estratégias de contenção repressiva. No extremo oposto estão os que se inserem na posição idealista, que permanecem na defesa da prisão como espaço de prevenção especial positiva (ressocialização). Apesar de admitir seu fracasso para este fim, advogam que é preciso manter a ideia da ressocialização, visto que seu abandono acabaria reforçando o caráter exclusivamente punitivo da pena, dando à prisão a única função de excluir da sociedade aqueles que são considerados delinquentes.

Com isso, percebe-se que as dificuldades enfrentadas para que a ressocialização tenha como objetivo a baixa da taxa de reincidência são grandes, mas entende-se que o estímulo à prática do trabalho dentro dos presídios, o investimento em cursos de capacitação, presenciais e a distância, parcerias com empresas públicas e privadas para a prestação de serviços dentro dos próprios presídios, além da remição da pena, faz com que as detentas sejam úteis e valorizadas perante a sociedade, proporcionando assim que os direitos dessas mulheres sejam recuperados, ainda que de forma gradativa.

Sabe-se ainda que a população carcerária feminina é consideravelmente inferior à masculina, e a taxa de reincidência também é menor, então cabe frisar que, de acordo com o Relatório de Pesquisa “Reincidência Criminal no Brasil” (2015, p. 24), a realidade não é tão ruim no que se refere à reincidência feminina.

No entanto, quando não há políticas de estímulo às atividades laborais, implementação de políticas que envolvem educação e trabalho, ao terminarem o cumprimento de suas penas, elas não têm com o que trabalhar para o ganho de uma renda honesta ou para onde ir, já que em muitos casos há o abandono por parte de suas famílias. Os motivos externos para que isso ocorra são variados, mas a parcela de culpa pode ser a deficiência do sistema carcerário.

Em 2010, foram aprovadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) as ‘Regras de Bangkok’, um documento que levanta a questão das necessidades específicas deste gênero, tendo em vista que na maioria dos casos destas prisões estão agravadas por histórico de violência familiar e maternidade, nacionalidade estrangeira e uso de drogas. Percebe-se com isso que não se deve desprezar a distinção dos vínculos e a forma de envolvimento com o crime, das condições masculinas.

Cabe ressaltar ainda que há um entendimento também neste documento com as Regras de Bangkok que parcela das mulheres infratoras não representa risco à sociedade e, tal como ocorre com todos os infratores, seu encarceramento pode dificultar sua reinserção social.

É pertinente citar que, em 1º de dezembro de 2017, foi expedido o ofício nº 10, do Gabinete do Ministro Gilmar Mendes, no Supremo Tribunal Federal – STF, endereçado à então presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Ministra Cármen Lúcia, em atenção à situação das mulheres presas ou internadas, grávidas ou com crianças sob seus cuidados, devido ao grande número de pedidos de habeas corpus que dizem respeito às mulheres nestas condições.

O Ofício nº 10 não só pede a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar de pacientes mães, gestantes e lactantes, mas também entende que “o tema requer reflexão sobre outras providências. Passa pelo acompanhamento psicossocial das famílias envolvidas e pela criação de alternativas para o drama social e familiar que frequentemente envolve esse tipo de situação”.

Em continuidade a estas medidas educativas de reinserção social de presos, em 2016, o Conselho Nacional de Justiça lançou em uma cartilha as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, as chamadas “Regras de Mandela” e, dentre 122 regras, está prevista a regra nº 4.

Os objetivos de uma sentença de encarceramento ou de medida similar restritiva de liberdade são, prioritariamente, de proteger a sociedade contra a criminalidade e de reduzir a reincidência. Tais propósitos só podem ser alcançados se o período de encarceramento for utilizado para assegurar, na medida do possível, a reintegração de tais indivíduos à sociedade após sua soltura, para que possam levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis. Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem oferecer educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, inclusive aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, esportiva e de saúde. Tais programas, atividades e serviços devem ser oferecidos em consonância com as necessidades individuais de tratamento dos presos.

Em suma, as mulheres possuem características específicas, que são fundamentais para que se compreenda sua situação no sistema prisional. Mulheres menstruam, engravidam, têm filhos muito jovens, que delas precisam durante todo o período de aleitamento. São encarceradas em um sistema prisional com claras deficiências de infraestrutura. Embora tais deficiências sejam traço comum para presídios masculinos e femininos, no caso das mulheres, elas ficam mais claras, porque, historicamente, as prisões femininas foram, na melhor das hipóteses, adaptações: arremedos arquitetônicos de edifícios que não foram projetados originalmente nas necessidades de mulheres.

3. METODOLOGIA

A compreensão do fenômeno do aprisionamento feminino, na realidade brasileira, passa pela análise dos dados existentes. Esses dados provêm fundamentalmente do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen/Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Fez-se uso intensivo do Relatório Infopen de Junho de 2014, voltado especificamente para o exame do encarceramento feminino. Também são utilizados, de forma mais pontual, o Relatório Infopen de 2016, bem como pelo relatório do Cadastro Nacional de Presos, baseado no Banco Nacional de Monitoramento das Prisões (BNMP 2.0), publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O Infopen é um banco de dados do sistema penitenciário brasileiro que apresenta informações sobre as unidades prisionais fornecidas pelos gestores destes estabelecimentos, periodicamente, desde 2004. Nestes relatórios constam informações básicas de cada estabelecimento, como nome e endereço das unidades, quantidade de vagas, condições da estrutura física (incluindo instalações específicas para atendimento de necessidades femininas como dormitório para gestante, berçário, creche); além de módulos de saúde, educação e trabalho (oficinas), entre outros; informações quantitativas da população prisional (segundo existência ou não de condenação, faixa etária, raça/cor, estado civil, deficiência, grau de instrução, nacionalidade, existência de filhos na prisão, visitas, tipos de crimes praticados, trabalho, atividade educacional, mortalidade, entre outras).

4. APRISIONAMENTO FEMININO NO BRASIL, TENDÊNCIAS E PERFIL

Até o ano de 2014, o Brasil tinha a quinta maior população feminina encarcerada do mundo, com 37.380 mulheres privadas de liberdade, número que saltou para 42.355 mulheres segundo o Relatório Infopen 2016 (considerando o Estado de São Paulo, que no relatório anterior não estava contemplado).³

³ Em 2018, de acordo com o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0), este número seria de 29.453 mulheres, mas, como mencionado, os Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul não haviam finalizado o cadastramento de seus dados até a data de publicação.

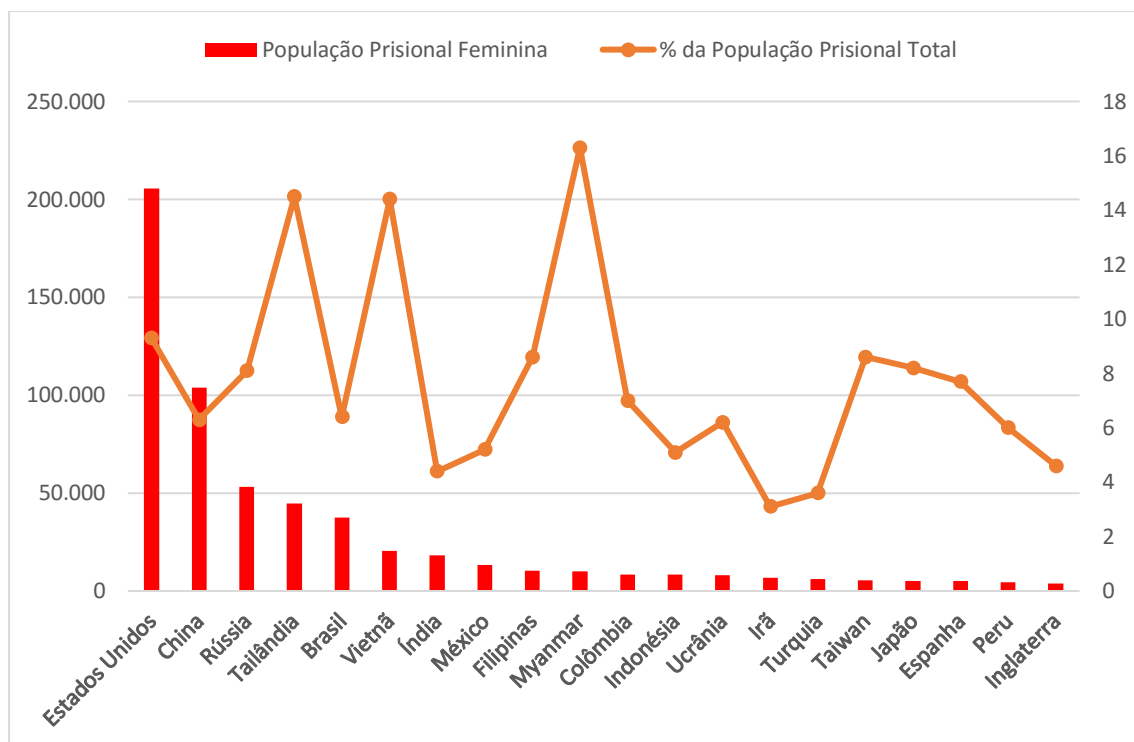


Figura 1 - População carcerária feminina mundial, considerando os países com maior população carcerária.

Fonte: Cartilha Infopen, jun/2014, Departamento Penitenciário Nacional / MJ.

O aprisionamento feminino, como proporção do aprisionamento total, não pode ser considerado especialmente alto (cf. Tabela 2, abaixo). Segundo o World Female Imprisonment List, a proporção de mulheres entre o total de presos encontrada no Brasil deixa o País na 52ª posição.

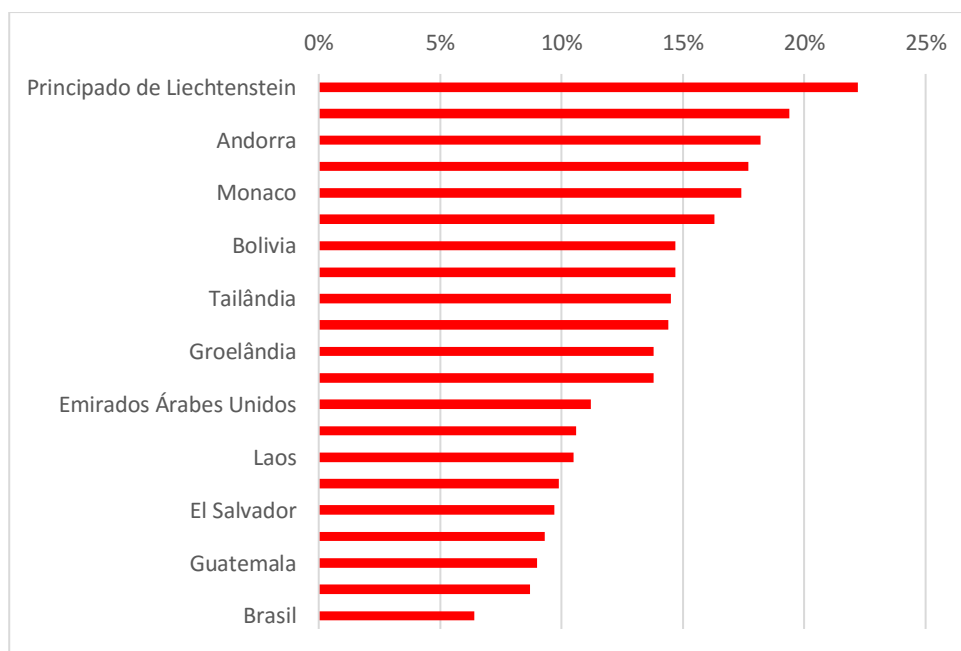


Figura 2 - Países com maior população prisional feminina relativa ao total da população prisional - World Female Imprisonment List

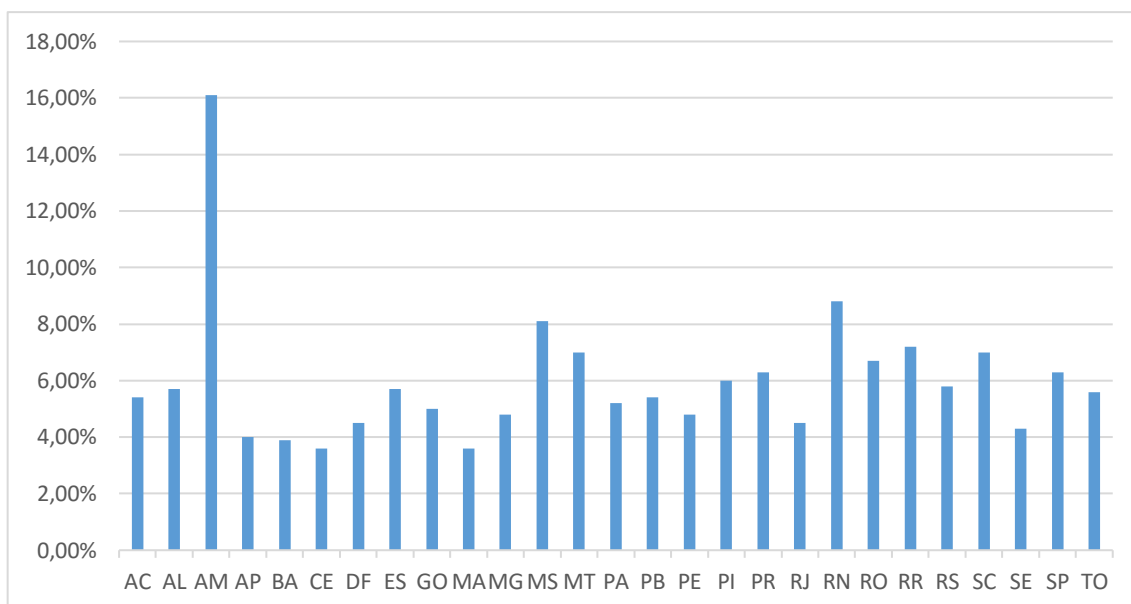


Figura 3 - Proporção de Mulheres no Sistema Penitenciário, por UFs – Infopen 2016

A partir deste ponto, a pesquisa se baseará no “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres – Junho de 2014”, pelo fato desse ser o único relatório do Infopen formalmente voltado para o exame do encarceramento feminino. Esse não foi o caso do Relatório Infopen (2016), nem do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) (2018), cujos dados podem ser ocasionalmente mencionados, quando disponíveis.

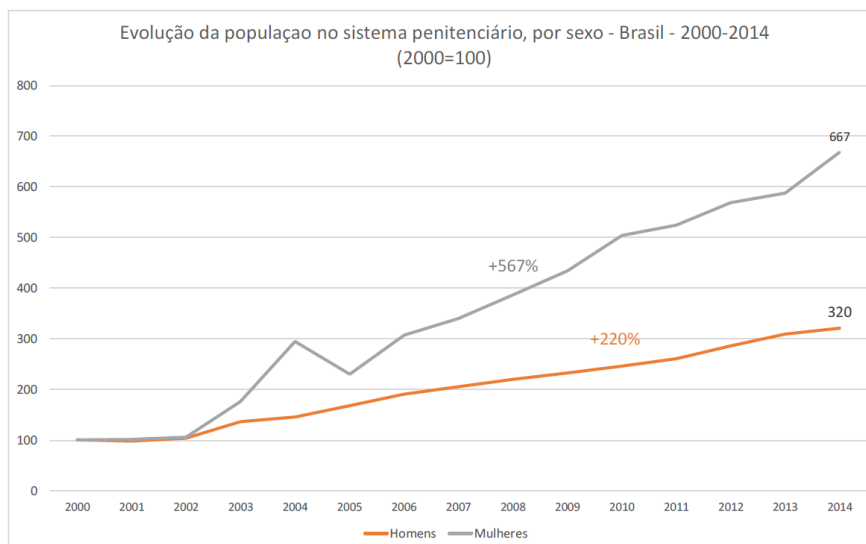
Um dos vários pontos críticos de todo o sistema penitenciário, não sendo diferente nos estabelecimentos femininos, é a infraestrutura. Há problemas com superlotação, higiene, entre outros que demandam de uma readequação em todo o sistema. Como vimos no primeiro capítulo, a Lei nº 7.210, 11 de junho de 1984 (Lei de Execução Penal) prevê que os estabelecimentos sejam separados em masculinos e femininos.

Como vimos na seção anterior, em termos proporcionais, o aprisionamento feminino no Brasil não chega a ser um problema. Estamos longe dos países nos quais a proporção das mulheres no total dos presos pode ser considerada alta.

Entretanto, o ritmo do aprisionamento feminino ao longo da última década e meia pode ser considerado preocupante. Como pode ser visto no Gráfico 1, abaixo, o crescimento no número de mulheres presas entre 2000 e 2014 (+567%) foi

substantivamente superior ao crescimento do número de homens presos no período (+220%), já bastante assustador. Assim, a população carcerária total mais do que triplicou nesse período.

Gráfico 1 – Evolução da população prisional por sexo (2000 = 100)



Fonte: Elaboração própria através de dados do Infopen/MJ - 2014

O número de presídios por destinação masculina ou feminina, bem como o número de vagas, segue a distribuição de presos por sexo. A divisão das penitenciárias brasileiras por gênero em 2014 e em 2016 é apresentada nas Tabelas 1 e 2, abaixo.

Tabela 1 - Divisão de penitenciárias por gênero, 2014

Características	Quantidade de estabelecimentos	%
Unidades exclusivamente masculinas	1070	76%
Unidades mistas	238	17%
Unidades exclusivamente femininas	103	7%
Total	1411	100%

Fonte: Elaboração própria através de dados do Infopen/MJ – 2014

Tabela 2 - Divisão de penitenciárias por gênero, até 2016

Características	Quantidade de estabelecimentos	%
Unidades exclusivamente masculinas	1067	74%
Unidades mistas	244	17%
Unidades exclusivamente femininas	107	7%
Sem informação	31	2%
Total	1449	100%

Fonte: Elaboração própria através de dados do Infopen/MJ - 2016

Tabela 3 - Total de vagas e total de presos em unidades femininas, masculinas e mistas

Unidade	Total de vagas	Total de presos	Média
Feminino	22.756	25.985	1,1
Masculino	313.364	496.158	1,6
Misto	39.604	63.707	1,6
Total Geral	375.734	585.850	1,6

Fonte: Elaboração própria através de dados do Infopen/MJ – 2014.

Apesar do aumento da participação feminina nos encarceramentos, os presídios originalmente destinados às mulheres ainda enfrentam condições de lotação menos críticas do que as observadas em presídios destinados aos homens e em presídios mistos (cf. Tabela 3).

Os dados de superlotação de presídios destinados a homens e a mulheres podem ser analisados de maneira um pouco diferente. Quase 90% dos presídios femininos tinham, no máximo, 2 presas por vaga. Nos presídios masculinos esse percentual caía para 74,4%. Quase 10% dos presídios masculinos tinham mais de 3 presos por vaga (cf. Tabela 4).

Tabela 4 – Percentual de unidades prisionais femininas, masculinas ou mistas, segundo número de presos por vaga

Unidade	Até 1	Entre 1 e 2	Entre 2 e 3	Entre 3 e 4	Mais de 4	Total
Feminino	55,00%	34,00%	8,00%	3,00%	0,00%	100%
Masculino	30,00%	44,40%	16,60%	5,60%	3,50%	100%
Misto	25,10%	47,60%	21,60%	4,00%	1,80%	100%

Fonte: Elaboração própria através de dados do Infopen/MJ – 2014.

Dessa forma, embora a participação feminina na população carcerária brasileira não seja alta, de acordo com os padrões internacionais, o aumento da população carcerária feminina aponta para uma tendência preocupante. Entre outros fatores, o quadro de superlotação nos presídios femininos, hoje menos comum do que em presídios mistos ou masculinos, tende a se agravar.

Embora não se possa dizer que a superlotação seja um problema específico dos presídios voltados para mulheres, o fato é que eles não parecem adequadamente preparados para recebê-las. Como vimos, a Lei de Execução Penal aponta para uma série de exigências para que os presídios possam receber mulheres. O relatório do Infopen

informa que poucas são as unidades prisionais que dispõem de infraestrutura para que detentas gestantes ou com recém-nascidos tenham condições dignas para prosseguirem com o cumprimento de suas penas.

Os dados do Infopen sugerem que apenas uma minoria das unidades femininas (e um percentual muito pequeno das unidades mistas) contam com espaço físico adequado para gestantes (Tabela 5), berçários ou centro de referência (Tabela 6) e, sobretudo, creche, existente em apenas 5% das unidades femininas (Tabela 7).

Tabela 5 - Existência de cela/dormitório adequado para gestantes

Existência de cela/dormitório adequado para gestantes	Unidades Femininas	Unidades mistas
Sim	34%	6%
Não	49%	90%
Não há informações	17%	4%
Total	100%	100%

Fonte: Elaboração própria através de dados do Infopen/MJ – 2014.

Tabela 6 - Existência de berçário e/ou centro de referência em unidades femininas ou mistas

Existência de berçário e/ou centro de referência	Unidades Femininas	Unidades mistas
Sim	32%	3%
Não	48%	86%
Não há informações	20%	11%
Total	100%	100%

Fonte: Elaboração própria através de dados do Infopen/MJ – 2014.

Tabela 7 - Existência de creche em unidades femininas ou mistas

Existência de creche	Unidades Femininas	Unidades mistas
Sim	5%	0%
Não	76%	89%
Não há informações	19%	11%
Total	100%	100%

Fonte: Elaboração própria através de dados do Infopen/MJ – 2014.

No que se refere ao perfil das mulheres encarceradas, há a prevalência de certas características como mulheres com baixa escolaridade e de raça negra. Este conjunto de características permite que se faça um diagnóstico sobre quais medidas podem ser tomadas para que a população carcerária feminina tenha um melhor acompanhamento ou até mesmo diminua.

O grau de escolaridade é outro fator relevante que deve ser considerado. Mais de 60% das mulheres encarceradas possuem escolaridade abaixo da educação fundamental completo. Esse é um perfil muito mais vulnerável, do ponto de vista educacional, do que o encontrado na população feminina brasileira como um todo (na qual 37% das mulheres têm escolaridade abaixo da fundamental completa).

A maior parcela das mulheres encarceradas é jovem, em fase reprodutiva, e com idade economicamente produtiva. O perfil das mulheres encarceradas, ressalte-se, é muito mais jovem do que da população feminina brasileira. Mas é compatível com o perfil etário da população prisional total, predominante masculina.

Quanto à raça, cor e etnia, é possível perceber que a maioria, é negra, conforme Tabela 14. As prisioneiras negras tendem a estar sobre-representadas em relação à sua participação na população feminina brasileira, mas, novamente, essa não é uma característica apenas das mulheres encarceradas. A população prisional total, predominantemente masculina, também é majoritariamente formada por negros.

Tabela 8 - Raça, cor ou etnia das mulheres encarceradas no Brasil

Raça, cor ou etnia	Prisioneiras	População prisional total	População feminina - BR
Branca	31%	31%	47%
Negra	68%	67%	52%
Amarela	1%	1%	1%
Indígena	0%	0%	0%
Outras	0%	1%	0%
Total	100%	100%	100%

Fonte: Elaboração própria através de dados do Infopen/MJ – 2014.
População feminina no Brasil: PNAD/IBGE, 2015.

No que diz respeito aos dados disponibilizados pelo Infopen/DPN/MJ, a principal informação que caracteriza o aprisionamento feminino são os crimes tentados/consumados pelos presos. Com efeito, as prisões das mulheres estão fortemente concentradas no que foi chamado de “confuso tipo penal ‘tráfico de drogas’” (Diniz, 2015). Conforme a Tabela 9, enquanto 26% dos homens foram presos por tráfico, esse

crime é responsável pelo aprisionamento de cerca de 2/3 das mulheres privadas de liberdade. Dada a concentração do aprisionamento feminino por tráfico, o percentual de mulheres condenadas por outros crimes é sistematicamente inferior ao dos homens, com destaque para homicídio (7%, contra 15% dos homens, em 2014; 6%, contra 11% dos homens, em 2016) e roubo (8%, contra 26% no caso dos homens, em 2014; e 11%, contra 26% no caso dos homens, em 2016).

Tabela 9 - Distribuição por gênero entre os tipos de crimes no Brasil – 2014 e 2016

Tipo de crime	2014		2016	
	% Mulheres	% Homens	% Mulheres	% Homens
Tráfico de drogas	68%	26%	62%	26%
Formação de quadrilha	1%	3%	2%	2%
Roubo	8%	26%	11%	26%
Furto	9%	14%	9%	12%
Receptação	2%	3%	1%	3%
Homicídio	7%	15%	6%	11%
Latrocínio	2%	3%	1%	3%
Desarmamento	3%	9%	2%	5%
Violência doméstica	0%	1%	6%	1%
Outros	-	-	0%	11%
Total	100%	100%	100%	100%

Fonte: Elaboração própria através de dados do Infopen/MJ – 2014, 2016

Em outras palavras, o quadro geral é de concentração dos encarceramentos em um único tipo de crime. Também parece ser o de prisioneiras marcadas por baixo grau de periculosidade.

5. POLÍTICAS PARA O APRISIONAMENTO FEMININO, ALGUMAS EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS

A documentação de experiências nacionais e internacionais de políticas para lidar com o aprisionamento – especialmente o aprisionamento feminino – é limitada. No Brasil, especialmente, avaliações rigorosas de experiências nacionais nas áreas de segurança pública e penitenciária são virtualmente inexistentes. Há pouca evidência sistematizada.

Procuraremos apresentar algumas experiências nacionais e internacionais de interesse, seja pelo potencial de efetividade, seja pelo motivo inverso (como é o caso mexicano). As experiências que parecem bem-sucedidas podem ter formas diversas –

desde intervenções pontuais em um município específico, até alterações de caráter mais estrutural. Nenhuma delas deve ser entendida como uma “bala de prata” para as questões do aprisionamento feminino no Brasil.

Para exemplificar algumas iniciativas internacionais, foram selecionados casos de países com perfis diferentes (geografia, população total e população carcerária feminina), ilustrando os projetos de sucesso existentes e que podem ser replicados em outras situações, bem como os conflitos peculiares ao gênero.

Tabela 10 - Dados sobre aprisionamento feminino (países selecionados)

Continente	País	Pop. Carc. Fem.	Ano	% da pop. Carcerária	Pop. Estimada (mi)	Taxa da pop. Fem. Presa (por 100 mil hab.)
América do Sul	Colômbia	8.482	2015	7,00%	49,53	17,1
Europa	Portugal	838	2015	5,90%	10,35	8,1
Europa	Holanda	687	2013	5,40%	16,82	4,1
América Central	México	13.400	2015	5,20%	119,81	11,2

Fonte: World Female Imprisonment List - third edition - Consultado em 02/07/2017 e atualizado em 19/08/2018

A escolha pela Colômbia se deu por ser um país que tem a segunda maior população carcerária da América do Sul, conforme Tabela 1 (página 41), ficando atrás apenas do Brasil. No entanto, apesar do histórico de violência bem conhecido mundialmente e da população carcerária relativamente grande, tem apresentado propostas de redução de violência e da reincidência criminal e de projetos de ressocialização.

Em 2016, foi criado o primeiro restaurante gourmet no presídio feminino San Diego, em Cartagena, cidade turística da Colômbia, administrado por detentas e permitido atendimento ao público externo. Foram capacitadas algumas das 150 detentas daquele presídio, que se tornaram responsáveis pelo atendimento e cozinha do restaurante “Interno”, onde duas jornadas de trabalho permitem a remição de um dia de pena.

Além da criação do restaurante, no presídio San Diego também desenvolvem atividades destinadas às detentas, como aulas de dança e teatro, a fim de que sejam fortalecidas as habilidades destas internas. Esse e outros projetos visam a reconciliação da população civil e carcerária, tornando possível a ressocialização e proporcionando uma segunda chance de escolha para estas detentas.

A escolha por Portugal se deu por ser um país com baixa população carcerária, o que levanta a questão sobre quais medidas aquele país toma, seja para reduzir a criminalidade, seja para reduzir o encarceramento. Com isso, percebeu-se que há medidas alternativas e educativas que possibilitam que as penas sejam cumpridas de maneiras alternativas à prisão e que possuem um propósito muito bem definido de ressocialização.

Uma delas é que o governo Português propôs uma alternativa legislativa visando extinguir algumas penas (prisão por dias livres e semidetenção) para criar uma nova forma de cumprimento da pena de prisão efetiva, não podendo ser superior a dois anos: a permanência na habitação com vigilância eletrônica. Esta alternativa tem um fim ressocializador, voltada para o reforço da prevenção do cometimento de novos crimes e para a integração do condenado no seu meio social de origem.

Este regime de permanência domiciliar com vigilância eletrônica não tem como objetivo principal a descaracterização do condenado, mas pretende um efetivo acompanhamento dos condenados para análise individual das necessidades de reinserção social do condenado. A Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP) de Portugal analisou as vantagens e desvantagens destas penas de prevenção da reincidência e reintegração social dos condenados que resultou na necessidade de revisão das penas curtas de prisão e das respectivas penas de substituição.

Periodicamente, a Direção-Geral de Reinserção Social, subordinada ao Ministério da Justiça Português, emite relatórios estatísticos sobre os tipos penais em que estes apenados se enquadram. No relatório de Junho/2018 foi exposto o quadro caracterizando as pessoas monitoradas, por gênero, onde apenas nos tipos penais “Obrigação Permanência Habitação”, “Adaptação Liberdade Condicional” e “Crime de Perseguição” o gênero feminino teve um peso superior, conforme indica a Tabela 11.

Tabela 11 - Número e percentagem de pessoas com pedidos recebidos, por tipo de pena/medida e gênero

Pena / Medida / Gênero	Masculino	%	Feminino	%	Total
Obrigação Permanência Habitação	179	86,89	27	13,11	206
Pena Prisão Habitação	443	95,89	19	4,11	462
Modificação Execução Penal	1	100	0	0	1
Adaptação Liberdade Condicional	23	82,14	5	17,86	28
VE por crime violência doméstica	353	98,88	4	1,12	357
VE por crime de perseguição	2	66,67	1	33,33	3
VE por crime incêndio	2	100	0	0	2
TOTAL	1.003	94,71	56	5,29	1.059

Fonte: Relatório Estatístico mensal sobre vigilância eletrônica, jun/2018, Direção-Geral de

É notório que neste país não há grandes problemas de encarceramento, principalmente no que se refere ao gênero feminino, no entanto vale considerar o bom modelo, pois, entre as vantagens desta medida está a redução da população carcerária, bem como os seus custos para o Estado (não implica infraestruturas pesadas, recursos humanos intensivos e elevados encargos de funcionamento), redução da reincidência criminal através da supervisão intensiva da vigilância eletrônica e da retirada do mundo do crime, proporcionando novos instrumentos ao serviço da ressocialização desses condenados. Além disso, o modelo distancia o apenado do ambiente de prisão e aumenta a possibilidade de recuperação.

Outra medida adotada por Portugal, no ano 2000, foi a descriminalização da posse para consumo próprio de drogas, através da lei 30/2000. Cabe ressaltar que a lei não legalizou o uso e a posse destas substâncias, mas sim descriminalizou, o que significa que pelo menos parte dos consumidores deixam de estar sujeitos à possibilidade de ter de cumprir pena de prisão, não eliminando a possibilidade de sofrer alguma sanção.

Além disso, a política de descriminalização das drogas em Portugal permitiu que o sistema penitenciário não seja sobrecarregado. De acordo com Vitalino Canas, Deputado Português, um dos autores do texto da lei: “Quem entra numa cadeia por consumir drogas leves sai de lá, muito provavelmente, consumindo drogas mais graves. Quem não traficava, passa a traficar. E quem está lá vai obrigar os familiares a correr risco de tráfico”.⁴

Já a Holanda é considerada modelo de sucesso no que se refere ao sistema prisional e as penitenciárias holandesas estão longe de se parecerem com as do Brasil. Em meados dos anos 2000, a população carcerária holandesa ultrapassou as 20 mil pessoas e a taxa de aprisionamento. Entre 2006 e 2014, esse número foi reduzido em 43%.⁵

A recuperação do preso é tratada de forma personalizada. Se o aprisionamento for decorrente do vício de drogas, por exemplo, há uma ampla possibilidade de desintoxicação, incluindo tratamento psicológico, terapias de substituição e tratamento ambulatorial, para os que não estão presos (ALLEN, 2012). Atenção específica é dada

⁴ Cf. <https://www.jota.info/justica/descriminalizacao-diminuiu-consumo-de-drogas-em-portugal-24062017>.

⁵ Cf. <http://www.prisonstudies.org/country/netherlands>.

em casos diferentes, na qual a causa do crime é, por exemplo, a agressividade ou o endividamento.⁶

A Holanda, assim como Portugal, promoveu a descriminalização do uso de drogas – o tráfico continua a ser crime, o que diminuiu a população carcerária. O país também adota o monitoramento por tornozeleira em uma série de situações, com uso crescente no período mais recente (BONNE, VAN DER KOOIJ e RAP, 2017). Essa medida faz com que eles possam contribuir com sua força para trabalho, diminuindo os custos para o governo e contribuindo para a sociedade.

A justiça holandesa está adotando mais penas alternativas à prisão, como trabalhos comunitários, multas e monitoramento eletrônico e aplicando o encarceramento para casos de criminosos de maior periculosidade.

O cenário do sistema prisional mexicano é um dos mais degradantes dentre os listados neste trabalho. Oficialmente podemos buscar nas bases de informação divulgadas pela ONU e de acordo com o relatório da Comissão Nacional dos Direitos Humanos (2017), o Sistema Penitenciário Nacional do México tem 360 centros de detenção para uma população carcerária de 208.343 internos. Há um problema de superlotação. Deste total de pessoas privadas de liberdade, temos: 197.516 (94,8%) homens e 10.827 (5,2%) mulheres, ou seja, mais uma vez percebe-se que o gênero feminino ainda está em minoria.

Cabe ressaltar que o México é um país que está amparado pelas regras de Mandela, citada no capítulo 1 deste trabalho, que abarca medidas educativas de reinserção social de presos e presas, considerando como princípio que o período de encarceramento deve ser utilizado para proteger a sociedade contra a criminalidade, diminuir a reincidência dos crimes praticados, bem como reintegrar os condenados à sociedade, após a penalização.

No entanto, ainda são raros, senão inexistentes, os casos em que são empregadas políticas de ressocialização aos detentos e detentas naquele país. Ainda no ano de 2018, ocorreu no México o 3.º Seminário Latino-Americano de Infraestrutura e Gestão Penitenciária, com o objetivo de discutir maneiras para o tratamento com dignidade de reclusos, onde se enfatizou a situação das mulheres, a necessidade de permitir que mantenham os vínculos familiares e sociais, no trabalho e na formação para o emprego como ferramentas essenciais para a reinclusão social e na necessidade de contar com centros penitenciários nos quais o tratamento das pessoas que vivem aí estejam em conformidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH).

⁶ Cf. <https://www.bbc.com/news/magazine-37904263>.

Nota-se que há a preocupação com a situação de encarceramento, seja ele por superlotação, por más condições de higiene, segurança, mas ainda não foi possível empregar qualquer política de sucesso, para que as pessoas sejam regeneradas e possam se capacitar para o retorno à sociedade.

No caso brasileiro, há experiências que parecem promissoras – ainda que a virtual ausência de avaliações mais rigorosas nos impeça de uma posição categórica a respeito. Tais experiências também raramente têm a escala necessária. O Brasil caminha velozmente para ter um milhão de pessoas encarceradas, mas parte considerável das iniciativas existentes ainda têm alcance bastante limitado. Uma dessas experiências é apresentada a seguir.

5.1 Programa PSC (Prestação de Serviço à Comunidade)

É sabido que o senso comum tende a não considerar as penas alternativas como uma boa prática para punir aquele que um dia praticou um crime, independentemente de sua proporção, e este fato é explicado pela sensação de impunidade. No entanto, elas são destinadas a infratores de baixo potencial ofensivo, baseando em antecedentes e conduta social. Trata-se de uma punição, mas estritamente de caráter educativo, além de ser útil à sociedade, pois impõe à autora da infração uma penalidade, não a afastando do convívio social e familiar e não a expondo às agruras do sistema penitenciário.

O apenado passa por uma avaliação psicossocial que avalia também suas potencialidades (profissão, graduação, conhecimentos e habilidades), bem como suas limitações e restrições. Com isso, as Centrais de Penas e Medidas Alternativas (CPMA) são responsáveis pela execução e acompanhamento do programa, que consiste no encaminhamento a uma instituição (governamental ou não) sem fins lucrativos, para preencherem postos de trabalho de acordo com o perfil traçado na entrevista.

De acordo com informações da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, a PSC é um programa originado para atender pessoas que cometeram crimes de baixa periculosidade e foram condenadas pelo judiciário ao cumprimento de pena alternativa à de privação de liberdade.

O apenado passa por uma avaliação psicossocial que avalia também suas potencialidades (profissão, graduação, conhecimentos e habilidades), bem como suas limitações e restrições. Com isso, as Centrais de Penas e Medidas Alternativas (CPMA) são responsáveis pela execução e acompanhamento do programa, que consiste no

encaminhamento a uma instituição (governamental ou não) sem fins lucrativos, para preencherem postos de trabalho de acordo com o perfil traçado na entrevista.

Este é um programa também desenvolvido com o intuito de atender o gênero feminino e sua extensão foi denominada “Central de Penas e Medidas Alternativas da Mulher”, cujo objetivo é “possibilitar que as demandas das mulheres sejam consideradas e incorporar a perspectiva de gênero da gestão das penas/medidas alternativas, pautada numa visão integral das necessidades e direitos da mulher”.⁷

6. CONCLUSÕES

Sob a perspectiva histórica e qualitativa, alguns pontos examinados neste artigo precisam ser destacados. O primeiro deles é de que o aprisionamento feminino se deu, historicamente, em instituições mal adaptadas para receber as mulheres, na melhor das hipóteses. Embora se possa dizer que os presídios brasileiros sejam caracterizados pelas más condições de infraestrutura e pela superlotação, algo que afeta tanto homens quanto mulheres, apenas mulheres menstruam, engravidam, têm filhos e amamentam.

Por razões culturais, também cabe a elas parte desproporcional do cuidado dos filhos, especialmente as crianças. Há necessidades específicas, portanto, que deveriam estar atendidas pela estrutura física dos presídios femininos. O segundo deles é a evidência pontual, baseada em relatos de presas e destacada de forma qualitativa por alguns autores (Queiroz 2015; Diniz 2015), de que as mulheres estariam na prisão majoritariamente devido ao “confuso tipo penal ‘tráfico de drogas’” (Diniz, 2015).

Esses pontos foram em grande medida confirmados pela análise quantitativa. Também há, aqui, alguns pontos de destaque. O primeiro deles é que a população carcerária feminina ainda é pequena, quando comparada à masculina: embora já tivéssemos, em 2014, a quinta maior população carcerária feminina do mundo, a proporção de mulheres no total da população carcerária (de 6,4%, na comparação feita pela terceira edição do *World Female Imprisonment List*), era apenas a 52ª mais alta do mundo. A questão, portanto, era menos do número de prisioneiras, mas de tendência: enquanto a população carcerária masculina havia crescido 220% entre 2000 e 2014, a

⁷ Cf.

<http://www.reintegracaosocial.sp.gov.br/db/crskyu/archives/ec0c934256a717f20d063bdbff1c3e2b.pdf> e http://www.reintegracaosocial.sp.gov.br/penas_alternativas.php.

feminina cresceu 567% no mesmo período. Esse primeiro ponto merece duas reflexões distintas.

O segundo ponto é o de que ainda é rara a presença de equipamentos que revelam a adequação da prisão à condição feminina: ainda temos poucas unidades prisionais femininas e mistas que possuem cela/dormitório adequado para gestantes, berçário ou unidade de referência e creche, em desacordo com a legislação nacional e com compromissos internacionais assumidos pelo País.

Finalmente, o terceiro ponto é o de que o perfil da mulher encarcerada é muito semelhante ao dos homens: jovem (50% têm até 29 anos), negro (mais de dois terços são negras); e de baixa escolaridade (a maioria com no máximo a educação fundamental incompleta).

Infelizmente, as experiências brasileiras para as questões do encarceramento são relativamente limitadas (em número e, quando existentes em alcance). Como regra, também não são avaliadas de maneira rigorosa. Projetos como o “Começar de Novo”, o programa de penas alternativas de Prestação de Serviço à Comunidade e as iniciativas das Associações de Proteção parecem promissores, mas não foram documentados e avaliados de forma apropriada e sua escala não parece suficientemente ampla para fazer frente ao crescente número da população encarcerada.

As experiências internacionais aqui brevemente examinadas revelam ou dificuldades estruturais bastante parecidas com as brasileiras (como o caso mexicano, por exemplo); experiências interessantes, mas pontuais (como a do restaurante Interno, na Colômbia), algo que, de certa forma, o Brasil também possui; e medidas estruturais bem-sucedidas (como os casos de Portugal e Holanda). Dessas experiências estruturais, algumas delas, que seriam altamente desejáveis, parecem de adoção improvável no Brasil, como a personalização no tratamento do preso adotada no caso holandês. Essa linha de ação faria sentido se tivéssemos uma população carcerária relativamente pequena (como é o caso da Holanda) e certa abundância de recursos públicos, o que não é (e dificilmente será) o caso do Brasil.

Mas esses países (em meio a diversos outros países europeus) também promoveram a descriminalização do consumo de drogas e passaram a adotar uma perspectiva muito diferente do “proibicionismo”, política antidrogas caracterizada por medidas de repressão que leva a “prisão de um imenso número de pessoas por crimes relacionados a drogas” (Comissão Latino- Americana sobre Drogas e Democracia – CLADD 2009).

A CLADD sugere que os países latino-americanos reconheçam que a política proibicionista teve resultados pobres, se tanto, e avancem na linha da redução de danos, da despenalização e da descriminalização do consumo de drogas. O “pequeno tráfico de drogas” que muitas vezes leva mulheres à prisão no Brasil pode, em diversos casos, ser o enquadramento policial dado ao porte de quantidades limitadas de droga. Prisões desse tipo, que seriam inefetivas tanto para inibir a operação efetiva do tráfico, quanto para a ressocialização da presa, deixariam de existir.

Finalmente, a adoção de políticas específicas para as mulheres em crimes relacionados às drogas “não seria discriminatória, mas essencial” (UNODC 2018), pois responderia às condições específicas enfrentadas pelas mulheres tanto antes quanto durante o encarceramento.

7. BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado*. Universidade de Saarland, 1990. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/ressocializacao-ou-controlesocial-uma-abordagem-critica-da-“reintegração-social”-do-senten>>. Acesso em 17/01/2018

BRASIL. *Decreto n. 678, de 6 de julho de 1850*. Coleção de Leis do Império do Brasil, v. 1, parte II, p. 31 1850. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-678-6-julho-1850-560002-publicacaooriginal-82510-pe.html>. Acesso em: 18/12/2017.

BRASIL. *Lei Federal n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Lei de Execução Penal, Brasília, 1984.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

BRASIL. *Lei Federal n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Brasília: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.html> Acesso em: 2/02/2018

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI*. Brasília: 2007. Disponível em: https://www.senado.gov.br/comissoes/CE/AP/PDE/AP_08_MinisterioJustica.pdf
Acesso em: 4/01/2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução Começar de Novo*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2783>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Projetos Novos Rumos na Execução Penal*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009. Disponível em: http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/novos_rumos/_cartilha_apac.pdf. Acesso em: 2/02/2018.

BRASIL. *Lei Federal n. 12.403, de 4 de maio de 2011*. Código de Processo Penal, Brasília, 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres - Junho de 2014*. Brasília, Departamento Penitenciário Nacional, 2014. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacaopenitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf> > Acesso em 12/10/2017.

BRASIL. *Portaria Interministerial 210/2014*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25232895_PORTARIA_INTERMINISTERIAL_N_210_DE_16_DE_JANEIRO_DE_2014.aspx> Acesso em: 20/05/2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016*. Brasília, Departamento Penitenciário Nacional, 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamentonacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em: 4/01/2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>. Acesso em 12/10/2017

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>> Acesso em: 13/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ofício nº10 – Gabinete do Ministro Gilmar Mendes. Acesso em: 18/12/2017.

BRASIL. *Lei Federal n. 11.530, de 24 de outubro de 2017*. Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI, Brasília, 2017

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 143641 - Relator Min. Ricardo Lewandowski*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2018. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3p dfVoto.pdf>. Acesso em: 20/08/2018.

CLADC. *Drogas e Democracia: rumo a uma mudança de paradigma. Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia: 2009*. Fundação Acción Interna. Disponível em: <<https://fundacionaccioninterna.org>>. Acesso em: 18/07/2018.

Fundação Acción Interna. Disponível em: <<https://www.infobae.com/america/america-latina/2017/02/08/internoelrestaurante-de-moda-en-colombia-que-esta-ubicado-dentro-de-unacarcel-de-mujeres/>> Acesso em: 18/07/2018.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *Justiça sem muros*. ITCC, 2017. Disponível em <<http://ittc.org.br/justica-sem-muros/>> Acesso em: 2/02/2018.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *Mulheres em prisão*. ITCC, 2017, p. 144-145. Disponível em: <http://ittc.org.br/wpcontent/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf>. Acesso em: 2/02/2018.

IPEA. *Reincidência Criminal no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2015.

JESUS. Damásio Evangelista. *Direito Penal, 1º Volume – Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 2004.

LOPES, Brenner, AMARAL, Jefferson e Caldas, Ricardo (supervisão). *Políticas Públicas: conceitos e práticas*. Belo Horizonte: SEBRAE/MG, 2008. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/nespeciais/promulher/manuais/MANUAL%20DE%20POLITICAS%20PÚBLICAS.pdf>

Pastoral Carcerária. *Quem somos. Objetivos. Sistema Penitenciário*. São Paulo. Disponível em: <http://carceraria.org.br/objetivos-e-missao> Acesso em: 4/01/2018.
PORTUGAL. Código Penal. 2018. Disponível em: <<http://www.codigopenal.pt>> Acesso em: 20/04/2018.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SANTOS, Alberto Marques dos. *Criminalidade: causas e soluções*. Curitiba: Juruá, 2007. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 26. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>> Acesso em: 28/01/2018

UNODC. World Drug Report. United Nations, June 2018. *World Female Imprisonment List* - *third edition*. Disponível em: http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_third_edition_0.pdf Acesso em: 02/07/2017.

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CELEBRIDADES DIGITAIS NA PUBLICIDADE DO *INSTAGRAM*

Maíra Moura Barros Henrique¹

Resumo

O presente trabalho tratou do tema da responsabilidade civil dos influenciadores digitais, considerados celebridades digitais, em razão do papel social que exercem em contrapartida ao capital de visibilidade que agregam à sua imagem no momento em que transformam seu perfil no *instagram* em plataforma de publicidade. O objetivo central do trabalho foi de verificar se há a responsabilização dos influenciadores digitais pela publicidade que exercem em seus perfis quando não há a identificação de publicidade paga. Adotou-se como metodologia de pesquisa o método indutivo, partindo da premissa maior de que as plataformas publicitárias não integram a cadeia de consumo e chegando à particular do caso de espaço publicitário dos perfis de *instagram*. O objetivo específico do trabalho foi o de, após a identificação do papel social do influenciador digital e o dever de zelo da informação divulgada atribuir a devida responsabilidade civil como resposta a prevenção de dano social. Concluiu-se pela existência de responsabilidade civil com a possibilidade de penalização no caso de ausência de informação quanto ao espaço publicitário em caráter preventivo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Publicidade; Celebridade Digital; Direito do Consumidor.

CIVIL RESPONSIBILITY OF DIGITAL CELEBRITIES IN INSTAGRAM ADVERTISING

Abstract

This scientific paper deals with the civil liability of digital influencers, treated as digital celebrities, considering their social role compared to the visibility capital aggregated to their image at the moment they turn their Instagram profile into a publicity platform. The main goal of this paper is to check if the digital influencers are being held accountable for the publicity they do when on their profiles when there is no identification of a paid publicity. The adopted research methodology was the inductive, considering that the publicity platforms don't integrate the consumer chain and relating to the publicity space of Instagram profiles. The main specific point of this paper was to identify the social role of the digital influencer and the care for the publicized information, correctly attributing the civil responsibility as a response to prevent social damage. It is safe to conclude that there is a civil responsibility that may be punished in the absence of information on what refers to the publicity space, in a way of a preventive care.

Keywords: Civil Liability; Advertisement; Digital Influencers; Consumer Law.

¹ Advogada, Pós-graduada em Advocacia Empresarial, Contratos e Responsabilidade Civil e Família, maira@henriquedesousa.adv.br.

1. INTRODUÇÃO

O uso massivo das tecnologias e das possibilidades que elas oferecem, como a divulgação quase instantânea de informações, relevantes ou não, a baixo custo e com a capacidade de alcance muito maior do que os métodos tidos por tradicionais em publicidade, tem transformado as mídias sociais em uma ferramenta importante na transformação das relações sociais.

Historicamente, as relações sociais eram tidas por confiáveis apenas pela penhora da palavra.

Com a difusão dos meios de comunicação e a possibilidade de criação de conteúdo por qualquer indivíduo, a robustez e confiabilidade das informações passam a ser relativizadas.

As fontes de informação que outrora eram tidas por confiáveis, em razão da fama que adquiriram com o tempo, qualidade e profundidade para serem reconhecidas como referenciais perderam espaço para pessoas comuns que conquistam a empatia e a confiança do público por mera identificação pessoal.

A confiança antes fincada em elementos objetivos, como o estabelecimento de marca tradicional, de renome, indicações de grandes marcas como parceiras, agora passa por filtros mais subjetivos de influência, como seguimentos específicos de interesses, empatia sobre causas em comum, relação passa a ficar “horizontalizada” com identificação de costumes semelhantes entre o influenciador digital e o público.

Essa relação horizontalizada que o influenciador digital adquiriu com seu público gera para seu conteúdo a robustez antes destinada às empresas de grande porte, dando a ele legitimidade quanto ao conteúdo que se dedica a divulgar e influência com seu público.

Essa influência conquistada apenas com a finalidade de compartilhar suas preferências lhe acrescenta um capital social que agrega valor econômico e um papel social de peso, uma vez que se torna um influenciador de massa de um determinado segmento.

Uma grande ferramenta que tem crescido tal poder a esses influenciadores digitais é o *instagram*, em que o influenciador digital ganha destaque por expor sua vida privada como produto de seus interesses, transformando o público, consumidor de seu material de divulgação, participante de sua vida.

É a plataforma digital que traduz com mais clareza as mudanças sociais havida nos últimos anos, onde o produtor de conteúdo de um determinado perfil busca uma aproximação com o público alvo utilizando-se, especialmente, de interesses específicos (como perfis de rotinas jurídicas, autocuidado, entre outros).

A superexposição por partes desses influenciadores digitais que tornaram-se celebridades, com a veiculação de sua rotina acrescida de alguma divulgação de produto ou serviço pode gerar efeitos jurídicos sujeitos à responsabilização na esfera civil, especialmente por terem se tornado influentes socialmente no consumo.

Nessa esfera, tratar da responsabilidade civil dessas celebridades é responsabilizá-los pelo conteúdo que divulgam e apoiam, especialmente em razão da influência e impacto social que exercem.

Historicamente, a percepção da responsabilidade civil se dava na perspectiva da proteção à vítima de eventuais danos gerados em razão de ações praticadas pelos agentes de tais danos.

Ocorre que tal perspectiva vem sendo revista no sentido de responsabilizar o agente do dano de forma repressiva, para evitar maiores prejuízos a, inclusive, potenciais vítimas.²

A finalidade principal da responsabilidade civil, que é a responsabilização de agente por suas ações e os potenciais riscos oferecidos.

A responsabilidade civil tratada no contexto da relação de consumo, os potenciais e efetivos danos são considerados pela própria atividade comercial, incluindo a publicidade.

A publicidade que veicula determinado produto a uma celebridade é integrante da cadeia de consumo, como entende a doutrina e jurisprudência, quando especificadas em um espaço publicitário.

Assim, no entendimento do direito brasileiro, essas celebridades não respondem pessoalmente perante a sociedade por qualquer vício do produto, ou da informação prestada.

Entretanto, trazendo a discussão para a nova modalidade de interação publicitária, via *instagram* por um influenciador digital, por intermédio de um perfil com características pessoais, que pode vir a confundir o público entre o que é privado e o que integra um contrato publicitário, há uma lacuna.

² Braga Netto, F.P.. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva; 2008.

As celebridades são remuneradas por sua visibilidade, quanto mais conhecidas socialmente maior seu valor econômico e consequentemente, sua influência gera valor agregado ao seu capital.

Esse retorno financeiro decorrente da visibilidade da celebridade torna a relação entre celebridade-consumidor uma relação de responsabilidade, uma vez que o retorno financeiro não seria percebido se o consumidor não reagisse à influência exercida pela celebridade, especialmente a celebridade digital (influenciadores digitais).

Essa relação, então, impõe à celebridade a responsabilidade pessoal pelo conteúdo que produz e pela divulgação dos produtos e serviços que faz, especialmente quando assume para si a atribuição que antes competia ao intermediário do contrato (agência de publicidade, no caso das celebridades tradicionais) e quando não é possível verificar a relação contratual existente entre o contratante e a celebridade.

A ausência de informação clara e inequívoca sobre a existência de relação contratual entre o influenciador digital e o produto ou serviço que divulga, vindo a publicidade ser baseada tão-somente na confiança o público, demonstra um desequilíbrio de informações perante o consumidor, colocando-o em vulnerabilidade.

A ocorrência de dano do produto ou serviço verificada pelo consumidor é diretamente resolvida pelo fabricante ou prestador do serviço, já resguardado pela responsabilidade civil objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, quando a publicidade veiculada pelas celebridades do *instagram*, aquelas cujo nicho é específico, quase personalizado e a relação com o consumidor é baseada na confiança da indicação, havendo qualquer prejuízo decorrente dessa indicação não há qualquer responsabilização do influenciador digital, especialmente quando não informado que o conteúdo é material publicitário.

A ausência de informação quanto ao material publicitário demonstra um desequilíbrio de informação em relação ao consumidor e quando provocado pelo fabricante do produto ou pelo prestador de serviços, a legislação consumerista prevê penalidade, mas no caso da omissão por parte do influenciador digital especificamente não previsão legal de responsabilização.

A mera possibilidade de ocorrência de dano é suficiente para gerar ao produtor de conteúdo publicitário a responsabilidade de assumir o risco, uma vez que nessa relação o influenciador digital não pode apenas se beneficiar do capital econômico decorrente de sua confiabilidade pública sem que haja responsabilização pela repercussão que o material divulgado gerado.

O que se pretende com o presente estudo é justamente a análise de existência de responsabilidade civil da celebridade digital, influenciador digital, na ausência de informação quanto à publicidade, uma vez que há uma relação contratual e, em razão da atividade, um encargo social quanto ao que por ela for divulgado.

2. CELEBRIDADES E INFLUENCIADORES DIGITAIS

De acordo com Rojek³, o conceito de celebridade pode ser determinado por 3 fontes diferentes: a) Herdado; b) Conquistado; e c) Atribuído.

A primeira fonte, da herança, é a que surge em razão de seu status social, da sua nobreza já conhecida por gerações. É o caso das famílias de renome em que se identificavam determinadas características sociais em razão do nome.

A segunda fonte, conquistada, são pessoas que alcançaram visibilidade por seus feitos, como a conquista de prêmios, grandes descobertas ou até mesmo os atores no exercício de suas atividades. O reconhecimento público demonstra a importância do resultado do esforço empenhado para o exercício de determinada atividade.

Por último, o conceito de celebridade como fonte atribuída é aquela construída, especificamente, pelos meios de comunicação através da exposição excessiva da imagem.

Se os meios de comunicação tradicionais elegeram celebridades em razão da repercussão que atingiam, o surgimento de novas formas de comunicação também demandam o surgimento de novos conceitos de celebridades.

As mídias tradicionais como a televisão e o rádio apontavam certa distância do público alvo da publicidade e a sua vida privada; por outro lado, as mídias sociais derrubam e diminuem a distância havida entre o conteúdo público e privado das celebridades.

A democratização do acesso à informação possibilitou a todos o compartilhamento de diversos tipos de conteúdo, inclusive os da vida privada.

Assim, possibilitou também o surgimento de novos difusores de conteúdo especializado, ainda que de forma rasa. Todos podem ser referências sociais.

³ Apud: OLIVEIRA, Maria Louiza Batista de. Surra de fama: mídias sociais e a resignificação do conceito de celebridade. 2016. 74 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Comunicação Social)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

O que a princípio surgiu com o propósito de fomentar o relacionamento virtual entre os indivíduos também passa a ser também um mecanismo de fomento do comércio e da publicidade.⁴

Nesse contexto, a figura do "influenciador digital" surge.

Para delimitar quem seriam os tais "influenciadores digitais" Issaaf Karhsawi⁵ descreve um breve histórico.

No cenário em que a informação pode ser transmitida sem intermédio de terceiros, surgem os bloggers que, com a transformação de hobbies em foco de atividade, passam a ser referência dos assuntos que se dedicam a aprofundar geram renda a partir de então.

O formato de produção de conteúdo online passa a ser uma alternativa viável em razão do baixo custo operacional, facilidade de acesso aos meios, diversidade de formatos e variedades dos produtos ofertados.

Os blogs passam a ter público específico em razão do nicho a que se dedicam (moda, beleza, viagens, maternidade, livros, filmes, entre outros) e, pouco a pouco, passam a ser a própria marca e veículo de comunicação.

Em 2010, no Brasil, começam a surgir os vlogueiros, com a vinda do YouTube e a mesma sistemática de compartilhamento de informações, mas agora no formato de vídeo.

Ressalte-se que tanto no blog como no vlog (videoblog) a prática realizada pelos "produtores de conteúdo" das referidas plataformas resumia-se, basicamente, a exposição de suas rotinas, preferências pessoais ou qualquer outro formato que aproximasse o público de suas preferências sem a interferência de terceiros que pudessem avaliar a qualidade e a extensão do conteúdo divulgado.

O conceito acerca do fenômeno "formadores de opinião", no contexto de celebridades e de influenciadores digitais, vem sendo construído há algum tempo e não há consenso se os potenciais influenciadores formadores de opinião venham a ser somente aqueles que possuem grande alcance de pessoas para divulgação de ideias ou se os influenciadores de maior relevância são aqueles da convivência de cada núcleo e relação privada (familiares e amigos).

⁴ SIMAS, Danielle Costa de Souza; Souza Júnior, Alberfredo Melo de. Sociedade em Rede: Os Influencers Digitais e a Publicidade Oculta Nas Redes Sociais. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, Salvador. V. 4, n.1, p. 21, Jan/Jun. 2018.

⁵ KARHAWI, Issaaf. Influenciadores Digitais: Conceitos e Práticas em Discussão. Revista Comunicare. São Paulo, v. 17, p. 46-61.

De qualquer forma, o que se tem observado é que "cada vez mais os formadores de opinião serão os microinfluenciadores digitais; pessoas que conversam com nichos cada vez mais específicos e menores."⁶

Desde 2015 o "influenciador digital" tomou o espaço dos que eram considerados blogueiros, vlogueiros e afins em razão da expansão das mídias sociais e a interação dessas personalidades nas diversas plataformas, ampliando o conceito que se tinha estabelecido para as pessoas públicas desses meios.

Os influenciadores possuem um chamado "capital social", próprio da área de comunicação que se refere aos recursos reais ou potenciais ligados à imagem de alguém por um grupo específico.

Issaaf elucida mui claramente outro aspecto forte e relevante das relações entre os influenciadores digitais e o público com o exemplo de

Tatiana Feltrin é a principal booktuber brasileira e discute literatura com os seus quase 230 mil inscritos no canal. [...] Ela ocupa uma posição social de destaque por ter sido uma das primeiras youtubers a se dedicar ao tema literatura no Brasil. Na relação com seus pares, Tatiana desempenha o papel de “crítica”, mesmo que informalmente, apontando boas leituras (de acordo com seu gosto pessoal). Essa função é valorativa para os que buscam conteúdo de literatura nas redes sociais digitais. Ao atuar como um “filtro”, Tatiana auxilia no processo de escolha de livros em meio à abundância de novos autores e livros lançados. As indicações de Tatiana só são levadas em consideração, no entanto, por conta de sua representatividade. Esta pode estar apoiada em sua formação em Letras ou mesmo na quantidade de leituras que é capaz de fazer em um curto espaço de tempo. Por fim, o “grau de engajamento que manifesta com relação à informação transmitida” pode ser considerado alto, uma vez que há atualizações semanais em seu canal.

Assim, quando uma empresa como a Amazon estabelece parcerias com Tatiana Feltrin – que vão desde vídeos pagos em que a youtuber fala de produtos como o leitor digital Kindle, até pagamento de “comissão” a cada vez que um assinante de seu canal faz compras no site por meio dos links disponibilizados por Tatiana – ficam explícitas as vantagens dessa associação da Amazon com a booktuber. Para a marca, Tatiana é mais que apenas uma “garota-propaganda”. Ela representa reputação e credibilidade para com seu público (que também é público da própria Amazon, sendo já consumidor ou consumidor em potencial).⁷

Portanto, o que iniciou com uma democratização de conteúdo das mais diversas áreas do conhecimento, passou a possibilitar, também, o surgimento de novos ramos de atividade econômica e de influência social.

A influência social por si só deve atribuir seu agente a imputação de responsabilidade em razão de seu apelo social pelo conteúdo divulgado.

⁶ Idem., p. 53.

⁷ Idem., p. 58.

O influenciador digital passa a exercer e associar suas ações à atividade econômica e, em razão da importância social imputada nesse ponto, a responsabilidade civil representa uma forma de prevenção à potenciais prejuízos à sociedade de um modo geral.

2.1 SEGUIDORES OU FÃS

Para que haja o reconhecimento social das celebridades, ao ponto de ser suficiente para gerar um capital social, é necessário que haja um reforço determinado pelo público específico do conteúdo divulgado pela celebridade.

Em uma relação contratual, o público seria como o sujeito passivo da relação celebridade e conteúdo divulgado.

Ao tratarmos de uma celebridade específica e um público restrito que admira, acompanha e consome a cultura midiática proposta o sujeito passivo dessa relação seria o fã.

Ocorre que no segmento das mídias sociais, há a distinção de fã para "seguidores".

Os seguidores são o capital social que legitima determinada celebridade digital pelo conteúdo proposto, uma vez que eles acompanham o conteúdo publicado.

2.2 O CAPITAL ECONÔMICO E SOCIAL DAS CELEBRIDADES

A exposição da imagem pessoal vinculada a determinadas ações gera para a celebridade um capital econômico atrelado à sua ação em determinadas situações, agregando valor à sua atividade.

Bruno Campanella, em seu artigo acerca da formação de capital solidário pelo engajamento de celebridades evidencia a dificuldade em determinar um marco histórico que tenha dado início ao engajamento de celebridades em questões publicitárias socialmente relevantes (em especial, de âmbito humanitário).

O primeiro evento de grande relevância ocorreu na época da Segunda Guerra Mundial, em que o governo norte-americano realizou parcerias com estrelas do cinema e do rádio para a venda de Bônus de Guerra, com a finalidade de conscientizar o país acerca da situação. O intuito do engajamento das estrelas à época não era de resolver problemas humanitários ou ecológicos, mas ao notar a influência das celebridades para a sociedade, notaram que poderia exercer papel-chave na conscientização do momento.

Já na década de 1970 começaram a surgir movimentos que buscavam, através da visibilidade das celebridades do entretenimento, a conscientização para problemas humanitários ou ecológicos. A exemplo disso foi o *Live Aid*, *USA for Africa*, *Live 8*, *Make Poverty History*, entre outros que não só ganharam visibilidade pelo evento em si, como também promoveram a venda de produtos vinculados às celebridades que não apenas promovem as campanhas beneficentes, como também associam sua imagem à credenciais humanitárias e ecológicas.

Os problemas sociais que as celebridades se engajam por vezes possuem uma profundidade de complexidade não alcançada por eles, mas o efeito que geram em razão da associação de sua imagem com os problemas tornam a solução também complexa.

As celebridades passam a expor soluções rasas e simples para questões de proporções mundiais, gerando no inconsciente social uma sensação falsa de inabilidade política das grandes potências e, agregando para si, mais engajamento humanitário e, conseqüentemente, valor à sua imagem.

Há, pela sociedade, uma cobrança de responsabilidade pelo impacto social que as celebridades exercem diante de questões de impactos globais.

A despeito das limitações desse tipo de argumento, o entendimento contemporâneo de que as celebridades podem (e devem) desempenhar um papel na conscientização humanitária, social ou ambiental – que muitas vezes se mistura às suas próprias atuações profissionais na indústria do entretenimento – tem resultado na recente criação de várias premiações que buscam dar visibilidade a esse tipo de atuação.⁸

Campanella denomina de "capital solidário" aquele que agrega benefícios econômicos à celebridade que participa de campanhas midiáticas ao longo de sua carreira.

No caso das "celebridades tradicionais" o capital solidário é aquele que gera uma valorização da pessoa pública quando participa de campanhas de cunho humanitário, sociológico e ecológico.

Pierre Bordieu, sociólogo francês, buscou estruturar a relação entre a cultura e estruturas social e econômicas aplicando conceitos de capital cultural quando os tipos materiais de capital não se mostravam puramente econômicos.

⁸CAMPANELLA, Bruno. Celebridade, engajamento humanitário e a formação do capital solidário. Revista FAMECO mídia, cultura e tecnologia, Porto Alegre, v. 21, n. 2, p. 721-741, maio-agosto 2014.

Bourdieu conceitua capital cultural como o tipo específico de conhecimento, modos de comportamento, gostos e estilos de vida responsáveis pela oportunidades e acessos a tipo de mercado de trabalho, profissões ou empregos.

É possível identificar que esse capital cultural é mais visto nas "celebridades hereditárias", onde os ambientes frequentados e as experiências culturais foram expostas por maior período e com maior frequência. Uma atitude que eventualmente pode reforçar a perpetuação de desigualdades sociais, as escolhas culturais tendem a se reproduzir na estrutura social.

Esse capital social deve ser visto como naturalizado, sua expressão não deve demonstrar esforço, porque deve ser fruto de experiências adquiridas na vida, nos lugares frequentados, nas relações vivenciadas que, muitas vezes, é inacessível a outros grupos.

A possibilidade de denominação dessa forma de capital como efetivo capital é a sua alta possibilidade de ser convertido em capital econômico, uma vez que a segmentação de determinados consumos gera uma especificidade de público consumidor que compartilha os mesmos gostos e costumes.

Os tipos de conhecimento que constituem esse capital cultural colaboram para a robustez de capitais econômicos.

Por outro lado, Bourdieu atribui ao capital social as relações mantidas em detrimento do conhecimento ou gostos que desenvolveu ao longo de sua vida. São as pessoas que possuem boa circulação em lugares privilegiados e que as oportunidades retornam ao agente da relação como possibilidades reais de aumentar sua capacidade econômica, uma vez que as oportunidades selecionadas são melhor expostas.

Campanella também cita Nathalie Heinich, socióloga francesa, que traz um outro conceito de capital econômico com melhor aplicação para nosso caso.

De acordo com Heinich, a visibilidade das celebridades atuais é um tipo de capital social, que agora independe da classe social ou posse de um título de nobreza. A essa nova modalidade de capital, a autora alinha de capital de visibilidade.

A superexposição da imagem das celebridades, especialmente no novo formato midiático, é causa e consequência de seu destaque e, assim, também gera um retorno econômico para quem a promove.

Não é difícil mensurar esse capital de visibilidade, uma vez que as plataformas de redes sociais desenvolvem indicadores que promovem a contabilização como, por exemplo, o número e buscas no Google, a quantidade de seguidores, de menções em determinada campanha.

É possível, portanto, verificar a existência de capital econômico atrelado à atividade que a celebridade exerça, tanto pelo capital solidário como pelo capital de visibilidade.

O capital de visibilidade carrega, também, consigo o valor agregado em razão da superexposição da imagem da celebridade ou de quão conhecida determinada marca se estabelece no mercado.

Assim, qualquer que seja a modalidade de capital, seja solidário, seja de visibilidade, agrega para a celebridade um valor econômico e uma responsabilidade em decorrência da influência social.

Analisando sob a perspectiva da papel social do influenciador digital ou da celebridade de um modo geral, o conteúdo difundido por eles deveria ser considerado com maior zelo ante amplitude da influência.

Contudo, a pressão social diante da encargo moral atribuído à celebridade não é suficiente para atribuir a ela um caráter repressivo ou preventivo acerca dos possíveis danos a serem experimentados pelos conteúdos divulgados pelos influenciadores digitais e celebridades, que se beneficiam diretamente de suas ações, como atividades econômicas.

Nesse ponto o ordenamento jurídico brasileiro prevê que nas relações contratuais e extracontratuais há a previsão de responsabilidade civil entre os sujeitos da relação.

Entre o contratante do material publicitário e o público há uma relação de consumo, que anterior ao consumo em razão das obrigações pre-contratuais obriga ao fornecedor de produtos transparência e responsabilidade objetiva por todos os aspectos, desde a publicidade até o efetivo consumo.

Entre a celebridade ou influenciador digital e o contratante do material publicitário (fornecedor de produto), também há relação que demanda a responsabilização civil em decorrência do contrato.

As celebridades se beneficiam e aumentam seu capital social, agregando capital econômico aos seus cachês com a superexposição de suas imagens e baseados na confiança de sua influência social e se furtam à informação da relação que há com o contratante do conteúdo difundido.

Essa omissão da celebridade na informação dessa relação contratual, a princípio gera somente uma responsabilidade subjetiva, não no sentido técnico de responsabilidade civil subjetiva, mas de expectativa de boa-fé, que não previne de potenciais prejuízos a serem experimentados pelo público consumidor.

Para que se possa responsabilizar esse influenciador digital dos eventuais prejuízos experimentados pelos consumidores é necessário que se reconheça a responsabilidade civil desses de forma a prevenir prejuízos sociais.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é, em suma, a consequência jurídica para uma ação ou omissão que gere ou tenha potencialidade de gerar dano a outrem, com a finalidade de reestabelecer o equilíbrio jurídico-econômico⁹.

Nessa perspectiva, alguns elementos são juridicamente essenciais para a verificação de existência da responsabilidade civil, como o agente, o dano e o nexo de causalidade.

A evolução nas relações sociais contribuiu para que tais elementos que embasam a responsabilidade civil sofressem novas interpretações.

Se antes a responsabilidade civil tinha como viés o reestabelecimento da relação jurídico-financeira com a verificação de dolo pelo agente, o efetivo dano experimentado pela vítima e o nexo de causalidade entre esses eventos, agora a atribuição da mesma responsabilidade civil não passa necessariamente pelos três requisitos.

A responsabilidade civil objetiva, por exemplo, independe de dolo ou culpa do agente, ou seja, verificado nexo de causalidade da potencialidade do dano e o dano efetivamente experimentado o agente é civilmente responsável, em razão da teoria do risco.

A teoria do risco aduz que a mera potencialidade de gerar danos atribui ao agente a responsabilidade civil de reparar os prejuízos eventualmente experimentados por terceiros.

Nesse ponto, os influenciadores digitais, por sua potencialidade de gerar prejuízos pelo conteúdo que produzem, seriam responsáveis civilmente, em tese, pelos danos experimentados pelos seguidores ou consumidores dos produtos por eles divulgados.

Ressalte-se que a responsabilidade civil objetiva foi elaborada com a finalidade de responsabilizar os agentes que têm a potencialidade de gerar prejuízos em decorrência de sua atividade e, conseqüentemente, é desconsiderada a vontade de causar danos.

⁹ RESPONSABILIDADE: Função da Responsabilidade Civil. In: CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A., f. 561, 2007. 13 p. cap. 1, p. 1-21.

Os influenciadores digitais, ao não informarem sua relação com o contratante do material publicitário, assumem para si a responsabilidade pelo conteúdo da informação divulgada e, portanto, mesmo que não ajam com intenção de causar dano, devem ser responsáveis objetivamente pelo teor da informação e as consequências daí geradas.

A princípio, a verificação da responsabilidade dessas celebridades demandaria o efetivo dano, uma vez que na ausência do dano experimentado não se poderia atribuir ao agente do dano a responsabilidade com a exclusão da intenção do agente. Há, aqui, ainda dois elementos que precisam ser satisfeitos: o nexo de causalidade e o dano experimentado.

Em uma perspectiva de responsabilidade civil preventiva, Roberto Norris¹⁰ diz que os objetivos da responsabilidade civil "são os de compensar as perdas sofridas pela vítima e desestimular a repetição de condutas semelhantes em um momento posterior".

Esse ponto nos parece interessante na perspectiva de tratar da responsabilidade civil dos influenciadores digitais de modo preventivo, sem a experimentação do dano por quem quer que seja, apenas e tão-somente pela potencialidade do risco de prejuízo.

Contudo, a responsabilidade civil preventiva enfrenta algumas questões de relativa incompatibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, à forma como se busca adaptar, como uma indenização punitiva, conhecida no direito comparado como o *punitive damages*.

Este instituto visa indenizar de forma compensatória a vítima do agressor que agiu com negligência, malícia ou dolo e sua punição dar-se-á com a finalidade de desestimular a reincidência do ato.

A aplicação do *punitive damages* para o caso dos influenciadores digitais dar-se-ia especialmente para desestimular a reincidência da negligência com a potencialidade de dano perante os consumidores.

O Professor Antônio Junqueira de Azevedo¹¹ analisa que o instituto do *punitive damages* visa tão somente a garantia da cobertura dos danos da vítima, não alcança, contudo, as questões centradas no agente.

Dessa forma, a aplicação do *punitive damages* seria insuficiente para a efetiva repressão de reincidência da omissão por parte dos influenciadores digitais, mesmo

¹⁰A RESPONSABILIDADE E A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR: Noções básicas sobre a responsabilidade civil. In: STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Revista dos Tribunais, 2015. cap. 1.

¹¹JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 211-218, 2004.

porque é necessário que haja um dano efetivo que sirva de paradigma para utilização do instituto como repressivo.

O professor acrescenta que o direito civil atribui a determinadas situações penas de cunho civil que são suficientes para o fim preventivo a que se destinam, uma vez que há multas previstas para o descumprimento de determinadas obrigações.

A solução que se apresenta, para a responsabilização civil de determinados agentes que atuam de forma semelhante aos influenciadores digitais, em razão do alcance social e da potencialidade de dano a um grupo indeterminado, o professor Azevedo traduz essa modalidade de dano da seguinte forma:

"a responsabilidade civil deve impor indenização por danos individuais e por danos sociais. Os danos individuais são os patrimoniais, avaliáveis em dinheiro - danos emergentes e lucros cessantes -, e os morais, - caracterizados por exclusão e arbitrados como compensação para a dor, para lesões de direito de personalidade e para danos patrimoniais de quantificação precisa impossível. Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral - principalmente a respeito da segurança - quanto por diminuição de sua qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população."¹²

A postura dos influenciadores digitais na falta de transparência da comunicação acerca da relação contratual, cujo capital de visibilidade está inserido nessa relação, demonstra potencial prejuízo de dano social, como o descrito acima pelo professor, uma vez que o incentivo a consumo excessivo, por exemplo, pode gerar a diminuição do índice de qualidade de vida social.

A caracterização do dano não é necessariamente material, uma vez que há a possibilidade de existência de dano moral, e agora o dano social, o que responsabiliza o agente pela potencialidade de prejuízo, com a finalidade de repressão de reincidência e, em certa medida, modelo social.

O que deve ser considerado, em todo caso, é que a constante evolução das relações demandam sim adaptação de institutos que visam estabelecer pilares para as resoluções das demandas dos cidadãos.

¹² Idem.

Se antes a responsabilidade civil era regulada a partir do ponto de vista de proteção à vítima de danos efetivamente sofridos, num contexto essencialmente vinculado à vingança, a mudança das relações sociais demandam agora que a potencialidade do risco seja efetivamente reprimida como forma de prevenção a danos efetivamente sofridos, sejam de forma individual ou coletiva.

4. A RELAÇÃO DE CONSUMO

4.1 A CADEIA DE CONSUMO

Considera-se relação de consumo aquela que atenda ao artigo 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, quando uma pessoa física ou jurídica que adquire produto ou utilize serviço como destinatário final, de fornecedor que desenvolva atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Com a finalidade de resguardar ao consumidor maior garantia nas relações comerciais, o legislador previu a possibilidade de equiparar certos sujeitos da relação consumerista (artigos 17 e 29).

A doutrina e a jurisprudência, por outro lado, também com o espírito protecionista que rege a lei consumerista, alcunhou o termo “cadeia de consumo” para tratar do alcance da responsabilidade do fornecedor de produto ou do prestador de serviço pelo fato do produto ou serviço.

A cadeia de consumo é considerada como todos os agentes participantes da concepção do produto e a sua disponibilização no mercado.

A publicidade integra essa cadeia de consumo.

Nesse sentido, o influenciador digital e a celebridade, ao divulgar o material publicitário a que foi contratado a fazer, em tese, contempla a cadeia de consumo e é responsável pelo conteúdo divulgado.

O que nos interessa é especialmente a responsabilidade solidária que o diploma consumerista conferiu a todos os integrantes da cadeia de consumo, atribuindo, ainda, a responsabilidade objetiva.

Essa responsabilidade solidária dá ao consumidor vantagem para escolher quem será o responsável pelo prejuízo eventualmente experimentado, como leciona Cláudia Lima Marques, "perante o consumidor o que vigora é a chamada *causalidade alternativa*,

em que se imputa a todo um grupo de fornecedores uma atividade ilícita grupal (a de participar da cadeia de produção) - assim perante o consumidor todos são responsáveis."¹³

Essa vantagem é dada ao consumidor em razão do desequilíbrio existente entre as informações trocadas pelos agentes da cadeia de consumo e as informações disponibilizadas ao consumidor.

E para a efetiva aplicação da responsabilidade solidária, nesse caso, é necessário o dano efetivamente experimentado pelo consumidor, que justifique a convocação de todos os participantes da cadeia de consumo.

A relação da publicidade com o fornecedor do produto ou prestador do serviço é subordinada e meramente contratual. O material publicitário divulgado deve ser aprovado em forma e conteúdo pelo contratante que se responsabiliza totalmente pelas informações ali divulgadas.

Na doutrina e jurisprudência o entendimento é de que a publicidade não integra a cadeia de consumo e o material publicitário divulgado é de responsabilidade do contratante.

4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO CONSUMERISTA

O próprio Código de Defesa do Consumidor prevê que, no que tange à classificação da responsabilidade civil em razão da "conduta do agente" a regra é a aplicação da responsabilidade objetiva, ou seja, não há avaliação de culpa na conduta do agente. Havendo violação de direito ou dano ao consumidor, basta verificar o nexo de causalidade.¹⁴

Além da responsabilidade objetiva, a solidariedade no polo passivo das relações é ampliado.

4.3 A PUBLICIDADE NA CADEIA DE CONSUMO

¹³ Apud: DA QUALIDADE de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos: Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço. In: OLIVEIRA, James Eduardo. Código de Defesa do Consumidor: Anotado e Comentado. Doutrina e Jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 900 p. cap. 4, p. 141-278.

¹⁴ FROTA, Paulo Malheiros da Cunha. A IMPUTAÇÃO SEM NEXO CAUSAL E A RESPONSABILIDADE POR DANOS. Curitiba. Tese (Direito) - Universidade Federal do Paraná, 2013.

O Código de Defesa do Consumidor atribui ao fornecedor de produtos a obrigação de disponibilização no mercado informações de produto que seja próprio para o consumo, bem como que as informações publicadas sejam verídicas e mais precisas possível sobre os bens ofertados.

A falta de transparência nas informações prestadas pelo contratante do material publicitário, o fornecedor de produtos ou prestador de serviços, é tratada com severidade no código consumerista, atribuindo, inclusive, a possibilidade de punição penal no caso de abuso na forma de divulgação o produto.

Nessa relação contratual, o fornecedor de produtos é considerado como anunciante e a agência a idealizadora e intermediadora, em alguns casos, dos contratos celebrados com os influenciadores digitais e celebridades.

Não paira qualquer dúvida sobre a responsabilidade solidária do anunciante e da agência pelo dano causado pela publicidade prejudicial ao consumidor (seja por ser inverídica ou abusiva a informação publicada).

Ocorre que as formas de publicidade evoluíram além do que previa o código consumerista (1990), e as possibilidades tornaram-se mais complexas de serem percebidas como abusivas, excedentes ou subliminares.

Fato é que em tempos de jornais, revistas e televisão o espaço destinado à publicidade paga era evidente, tornando-se desnecessária a informação de que tal ou qual informação tratava-se meramente de informe publicitário, em que o meio e a "persona" que ali estava evidentemente se tratava de material publicitário.¹⁵ Assim, a vulnerabilidade do consumidor não era latente, pela avaliação do homem médio naquele determinado tipo de consumo.

Entretanto, com a modernização dos meios de comunicação, passando agora a maior parte da interação comunicativa e, conseqüentemente, publicitária para outras plataformas de divulgação com o auxílio da internet, a separação do que é material publicitário e o que é divulgação informativa ou, até mesmo, exposição da vida pessoal passou a ser de difícil identificação.

É o caso do *instagram*, onde o que se nota é a publicidade quase velada, num intuito de transforma-la em algo orgânico e quase imperceptível.

A transição entre a vida privada e a vida pública do influenciador digital é de difícil percepção, não se identifica se a indicação de determinados produtos ou serviços

¹⁵ Um exemplo claro eram as propagandas da Gisele Bündchen usando Pantene. O público alvo daquele produto tinha ciência de que a Uber Model não era consumidora direta daquele produto.

contemplam a mera indicação da celebridade digital ou se houve um contrato de divulgação de material publicitário.

As plataformas digitais, em especial o *instagram*, já possibilitam a identificação de espaço publicitário, com a criação de “hashtags” específicas de publicidade (*#ad*, *#publi*, entre outras) e, ainda, com a identificação visual de patrocínio.

Esses mecanismos visam identificar ao consumidor, público e seguidores que o material divulgado se trata de material publicitário, onde o responsável civilmente pelo conteúdo da divulgação e pelo fato do produto é o anunciante.

Alguns influenciadores digitais não se valem desse mecanismo de transparência na comunicação.

Ao que parece, a informação que noticia a transparência da relação contratual e que atribui ao anunciante a responsabilidade civil pelos danos causados não gera a aparência de fluidez da publicidade, não produz uma publicidade “orgânica”, natural.

Ocorre que essa postura os exclui de qualquer responsabilidade uma vez que, pela doutrina e jurisprudência, não são solidários aos anunciantes, são meras plataformas de publicidade, logo, não respondem perante o consumidor no caso de dano experimentado.

Por outro lado, o alcance e o capital de visibilidade que os influenciadores digitais têm agregados à sua imagem, que retornam em valor econômico, deveriam lhe atribuir também a responsabilidade pelo conteúdo e forma do material divulgado.

Essa responsabilidade deve ser imposta aos influenciadores digitais pela possibilidade de dano social que geram ao incentivar, por exemplo, um consumo excessivo, sem transparência da separação entre a vida pública e privada que publicam.¹⁶

5. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À PUBLICIDADE

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, lei, decreto ou regulamento no sentido estrito que regule os limites da publicidade fora o Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, na forma de autorregulação, o Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária - CONAR editou o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária que é amplamente aceito pela categoria.

¹⁶ COSTA, Daniel Arthur Quaresma da. Dano Social nas Relações de Consumo. Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Direito e Economia) - Universidade Gama Filho, 2007.

5.1 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PUBLICIDADE

O Código de Defesa do Consumidor, em alguns pontos muito específicos, trata da responsabilidade e zelo que a publicidade deve guardar em razão do contato direto com o consumidor e isso se dá para que se evitem condutas imorais, excessivas e abusivas.¹⁷

O CDC não visa impedir o uso de técnicas publicitárias para o exercício de sua atividade, mas impõe limites, que são conciliáveis para que não prejudique o consumidor.¹⁸

No artigo 30, quando trata da oferta e das informações que devem conter na publicidade, a responsabilidade é do fornecedor, pois possui toda a informação relativa ao produto e é quem detem poder suficiente para apresentar os detalhes.

A publicidade é uma forma de pré-contrato do fornecedor com o consumidor, por isso, a importância de que as informações sejam suficientes e que garantam segurança para o consumidor.

Como em toda relação contratual, os princípios da boa-fé, transparência e proteção da confiança devem ser garantidos ao consumidor.

Nesse sentido o código veda, por exemplo, a publicidade enganosa ou abusiva (artigo 37) e a transparência deve ser garantida a ponto de que o consumidor a identifique com facilidade, sendo vedada a publicidade clandestina ou subliminar, (artigo 36).

Segundo Cláudia Lima Marques¹⁹ propaganda enganosa é aquela que visa induzir a erro o consumidor, é aquela que estimula a potencialidade pela omissão, mas de forma negativa. Para a autora, a forma de apurar a potencialidade negativa da publicidade seria pela observação do consumidor menos atento, porque até ele deve discernir essa potencialidade.

¹⁷ No presente trabalho não trataremos da responsabilidade penal que o código também prevê, especialmente por se tratar somente do estudo em sede de direito civil. A título de informação, entretanto, informamos que o CDC também prevê crimes para o caso de publicidades, nos artigos 67 e 68 do CDC.

¹⁸ "O *merchandising* constitui técnica publicitária que não é inconciliável de per si com o regramento do art. 36 do CDC. Entretanto, para que permaneça no leito da legalidade é preciso que devota homenagem ao princípio da identificação da publicidade encartado nesse dispositivo legal." p. 443, In: DA QUALIDADE de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos: Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço. In: OLIVEIRA, James Eduardo. Código de Defesa do Consumidor: Anotado e Comentado. Doutrina e Jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 900 p.

¹⁹ In: MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 36 p.

Já a publicidade abusiva seria aquela revestida de antieticidade, aquela que busca abusivamente atingir valores básicos sociais do consumidor. A publicidade abusiva fere a sociedade como um todo.

A omissão dos influenciadores digitais quanto ao espaço publicitário que cedem em seus perfis de *instagram*, demonstrando falsamente que determinados produtos integram seus consumos cotidianos, caracterizam uma modalidade de propaganda enganosa e abusiva, conforme os ensinamentos da professora Marques.

O seguidor do influenciador digital, quando consome o conteúdo divulgado no *instagram* não está apto a discernir a potencialidade da publicidade ali investida (especialmente nos casos de consumidores hipervulneráveis, como é o caso das crianças) e, em uma escala maior, o incentivo massivo ao consumo extremo gera prejuízos à sociedade.

A doutrina e jurisprudência brasileira não admitem que os veículos de publicidade integrem a cadeia de consumo, uma vez que o fornecedor tem com o anunciante um contrato, e portanto, estaria fora da referida cadeia, mesmo que haja previsão expressa da publicidade no CDC.

Contudo, não se deve afastar a responsabilidade civil do influenciador digital que, ao renunciar a possibilidade de não integrar a cadeia de consumo como o espaço publicitário do produto e, tendo contrato com o anunciante, recebendo todos os benefícios decorrentes dessa relação (contraprestação pelo anunciante e capital social e de visibilidade associados), não se responsabilize pelo conteúdo e forma de publicidade divulgados em seu espaço pelos eventuais prejuízos causados à sociedade como um todo.

5.2 CÓDIGO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA DO CONAR

O Código de Autorregulamentação Publicitária do CONAR é a norma mais específica que trata do assunto.

Alguns conceitos, entretanto, como o de publicidade, podem vir a serem tratados de forma diferente pelo direito e pela comunidade da comunicação social, o que, em tese, poderia gerar algum conflito, mas que, na prática não o faz.

A publicidade, para o direito, é basicamente "toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de

comunicação utilizado"²⁰, enquanto isso, o Código de Autorregulamentação do CONAR define como "atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias".²¹

De forma geral o código trata dos mesmos princípios do CDC, contudo, se o objetivo deste é o de proteger o consumidor, o objetivo daquele é de basicamente regular a atividade do anunciante, agente ou qualquer outra figura em que a atividade seja a descrita como publicidade.

O código de autorregulamentação não trata as responsabilidades, ações esperadas, vedações, infrações e penalidades de formas principiológicas, mas com o objetivo de especificar e aplicar as penalidades devidas àqueles que se submetem ao CONAR.

Abaixo, destacamos os artigos que mais nos interessam e mostram a semelhança com o CDC.

Artigo 23 - Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade.

Artigo 45 - A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e a sua Agência, bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste Artigo:

1. o Anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade;
2. a Agência deve ter o máximo cuidado na elaboração do anúncio, de modo a habilitar o Cliente Anunciante a cumprir sua responsabilidade, com ele respondendo solidariamente pela obediência aos preceitos deste Código;
3. este Código recomenda aos Veículos que, como medida preventiva, estabeleçam um sistema de controle na recepção de anúncios. Poderá o veículo:
 - c.1) recusar o anúncio, independentemente de decisão do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, quando entender que o seu conteúdo fere, flagrantemente, princípios deste Código, devendo, nesta hipótese, comunicar sua decisão ao Conselho Superior do CONAR que, se for o caso, determinará a instauração de processo ético;
 - c.2) recusar anúncio que fira a sua linha editorial, jornalística ou de programação;
 - c.3) recusar anúncio sem identificação do patrocinador, salvo o caso de campanha que se enquadre no parágrafo único do Artigo 9º ("teaser");
 - c.4) recusar anúncio de polêmica ou denúncia sem expressa autorização de fonte conhecida que responda pela autoria da peça;
4. o controle na recepção de anúncios, preconizado na letra "c" deste artigo, deverá adotar maiores precauções em relação à peça apresentada sem a intermediação de Agência, que por ignorância ou má-fé do Anunciante, poderá transgredir princípios deste Código;
5. a responsabilidade do Veículo será equiparada à do Anunciante sempre que a veiculação do anúncio contrariar os termos de recomendação que lhe

²⁰ In: MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 36 p.

²¹ Artigo 8º do Código CONAR.

tenha sido comunicada oficialmente pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR.

Artigo 46 - Os diretores e qualquer pessoa empregada numa firma, companhia ou instituição que tomem parte no planejamento, criação, execução e veiculação de um anúncio, respondem, perante as normas deste Código, na medida de seus respectivos poderes decisórios.

Artigo 47 - A responsabilidade na observância das normas deste Código abrange o anúncio no seu conteúdo e forma totais, inclusive testemunhos e declarações ou apresentações visuais que tenham origem em outras fontes. O fato de o conteúdo ou forma serem originários, no todo ou em parte, de outras fontes, não desobriga da observância deste Código.

Artigo 48 - Um anúncio enganador não pode ser defendido com base no fato de o Anunciante, ou alguém agindo por ele, ter posteriormente fornecido ao Consumidor as informações corretas. O Anunciante terá, entretanto, "a priori", o crédito de boa-fé.

Artigo 49 - Nenhum Anunciante, Agência, Editor, proprietário ou agente de um veículo publicitário deve promover a publicação de qualquer anúncio que tenha sido reprovado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, criado para o funcionamento deste Código.

[...]

Artigo 50 - Os infratores das normas estabelecidas neste Código e seus anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades:

1. advertência;
2. recomendação de alteração ou correção do Anúncio;
3. recomendação aos Veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio;
4. divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas.

§ 1º - Compete privativamente ao Conselho de Ética do CONAR apreciar e julgar as infrações aos dispositivos deste Código e seus Anexos e, ao Conselho Superior do CONAR, cumprir e fazer cumprir as decisões emanadas do Conselho de Ética em processo regular.

§ 2º - Compete privativamente ao Conselho Superior do CONAR alterar as disposições deste Código, bem como alterar, suprimir e acrescentar-lhe Anexos.

O referido código, quando aplica as penalidades de advertência e multa atua de forma repressiva à violação da norma autorregulatória, responsabilizando, assim, a "plataforma publicitária".

Embora, principiologicamente, as orientações sejam em prol do destinatário da publicidade, logo, eventual vítima, os dispositivos visam precipuamente a regulação da atuação do conjunto publicitário na busca pela boa-fé e confiança da sociedade.

Os influenciadores digitais, nesse ponto considerados como plataformas de divulgação de material publicitário, se submetem ao CONAR.

O CONAR atua a partir de denúncias realizadas pelo público, quando identificados abusos por parte dos agentes da publicidade e, após a apuração dos fatos,

imputa penalidades como multa e determinação da retirada de circulação do material danoso.

É um mecanismo extrajudicial que se mostra eficiente para a repressão das ações antiéticas e abusivas por parte das agências e dos influenciadores digitais.

Contudo, por se tratar de uma relação jurídica (anunciante e influenciador digital), também, é necessário que haja o reconhecimento da possibilidade de responsabilidade civil, com o intuito de reprimir a reincidência e os prejuízos experimentados pela sociedade.

6. CONCLUSÃO

A tecnologia tem influenciado e desenvolvido muito mais que apenas as atividades mecânicas, mas também tem influenciado as relações sociais entre os indivíduos que interagem com essas tecnologias.

A praticidade, a relativa economia e a imediatidade nas comunicações influenciaram as amizades, as relações de trabalho, as eleições, o comércio e outras tantas áreas.

A internet, com a desburocratização no compartilhamento de informações, trouxe à sociedade a possibilidade de manifestação pública sem o intermédio de terceiros ou de filtros que delimitem a vida pública e privada dos indivíduos.

Nesse movimento, houve a democratização da informação, onde pessoas comuns passam a opinar, divulgar e elaborar informações específicas ou gerais sem embasamento técnico.

Com o tempo, essas pessoas comuns passam a ganhar destaque social, ainda que virtual e, com isso, conquistam a confiança do público, passam a ganhar capital social, de visibilidade e que resulta num capital econômico atrelado à influência que exercem sobre determinado nicho.

O destaque do movimento dá-se, dentre tantas razões, porque o público identifica empatia com aquela figura que agora se torna pública e referência em determinado assunto.

Em razão da dificuldade em se estabelecer a diferença entre o que é público e privado, daquela pessoa que era comum, a exposição da privacidade passa a ser monetizada.²²

Novas celebridades passam a surgir.

A relação entre os influenciadores digitais e seus seguidores não diferencia muito da relação havida entre as celebridades e os fãs.

A publicidade sempre explorou a exposição que as celebridades exerciam na sociedade como forma de consumo certo, a indicação de quem o público conhece e confia (muitas vezes em razão de personagens de teledramaturgias ou semelhantes).

O que acontece nas plataformas digitais, em especial no *instagram* é a superexposição e a evidente simbiose entre a "persona" (personagem público assumido pelo influenciador digital) e a pessoa por detrás da tela do *smartphone*.

A não ser que a "celebridade digital" estabeleça uma persona muito caricata que a destaque de sua personalidade pessoal, o público facilmente poderá confundir sua indicação pessoal com o material publicitário pelo qual está sendo paga para divulgar, caso não haja identificação de espaço publicitário.

Quando em tempos de comerciais televisivos, ou até mesmo impressos, o espaço publicitário era destacado de forma evidente, as chances de engano quanto à intenção publicitária era mínima, se não dizer, inexistente. E, talvez por essa razão, a doutrina e jurisprudência não considerem a publicidade como integrante da cadeia de consumo, mas meramente como mecanismos de divulgação.

A responsabilidade pela publicidade ainda é do anunciante.

O marketing atualmente tem visto com bons olhos a publicidade que é feita de maneira "orgânica", que se passa aos olhos, influencia, marca, induz, sem que chame a atenção para a intenção da publicidade e a incitação para o consumo.

Não há, para esse grupo, um prejuízo social nessa conduta.

A cultura das redes sociais passou a adotar um modelo de informação do espaço publicitário com "etiquetas" (ou *tags* em formatos de #) em publicações que informem se tratar de um "momento publicitário" quando postam dizeres semelhantes a: #publi, #publicidade, #ad, #advertisement, "publicação patrocinada por", entre outros.

²² MATEUS, Samuel. Regimes de visibilidade na publicidade mediatizada. Matrizes, São Paulo, n. 2, p. 259-281, jul./dez. 2014.

O próprio *instagram* em uma de suas atualizações instalou a possibilidade das celebridades digitais informarem o patrocínio dos espaços em seus perfis.

Os influenciadores digitais, por seu capital social e de visibilidade, são, muitas vezes, contratados por anunciantes que adotam estratégias de marketing associados ao seu público, por serem específicos e, muitas vezes, fiéis às indicações propostas em seus perfis.

A ausência de informação quanto ao espaço publicitário gera, para a sociedade de um modo geral, um dano social evidente, porque expõe uma parcela da população ao estímulo excessivo do consumo.

Esse estímulo excessivo de consumo gera, de forma indireta, um dos problemas sociais que se tem enfrentando nas sociedades de consumo, o “superendividamento”, uma vez que o estímulo emocional e social da compra não se traduz em reflexão financeira do consumidor.

É necessário que se responsabilize os agentes provocadores desse dano social que expõe a sociedade a um risco de proporções que podem alcançar o equilíbrio financeiro de uma comunidade.

Em razão da cultura publicitária e consumerista, é de se observar que a publicidade tradicional não integra a cadeia de consumo, também não deverá integrar os novos formatos de publicidade, ainda que possuam certa responsabilidade sobre a forma e o conteúdo divulgado. O anunciante responde, na modalidade de responsabilidade objetiva, por todos os prejuízos eventualmente causados.

Ocorre, entretanto, que a ausência de responsabilização da celebridade digital, especialmente no *instagram*, perante a sociedade, embora não cause um dano visível, promove a quebra da boa-fé objetiva que conduz as relações contratuais e se espera nas relações sociais de um modo geral.

Tais ações devem ser punidas e as celebridades digitais responsabilizadas e, em razão do risco de dano material e um dano social, pela ausência de transparência na atividade que tem sua natureza de exposição de valores e costumes.

Não há julgados nos tribunais brasileiros exatamente pela ausência de dano e de uma vítima específica pela falta de informação quanto ao espaço publicitário, entretanto, o CONAR possui alguns julgados de advertência a essas celebridades digitais, na tentativa de atuar de forma repressiva com a punição de pagamento de multa e determinação de retirada de circulação do material danoso.

Tais ações paralegais não devem afastar a necessidade de responsabilização civil dos influenciadores digitais pelos danos efetivamente provocados (sociais, morais ou materiais), e também devem ser responsabilizados pela potencialidade dos danos que geram, para que suas condutas retornem ao ponto de reestabelecimento dos princípios da boa-fé e confiança das relações.

A disponibilização de espaço publicitário pelos influenciadores digitais é consequência de uma relação contratual com o anunciante, que atinge terceiros de difícil delimitação e que, portanto, deve ser utilizado com zelo em razão da influência social que exerce.

Os possíveis danos, de natureza econômico-financeira por exemplo, demonstram uma possibilidade de dano efetivo suficientes para que os influenciadores digitais sejam punidos de forma repressiva, quando efetivamente comprovados, ou de forma preventiva, quando demonstrada a ausência de boa-fé na publicidade.

Quando a perspectiva de aplicação da responsabilidade civil é alterada, de proteção à vítima para repressão ao agente, a reinterpretação dos institutos possibilita a alteração de suas estruturas e também a aplicação mais contemporânea que atenda às demandas atuais.

Dessa forma, entendemos que a ausência de informação pelo influenciador digital das publicações que tratam de espaço publicitário, embora não o caracterize como integrante da cadeia de consumo, o responsabiliza civilmente com a caracterização de dano social, como leciona o Professor Azevedo, tanto de forma repressiva como de forma preventiva, como se observa na aplicação das multas impostas pelo CONAR.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. *Notas sobre a teoria da Responsabilidade Civil sem dano*. Revista dos Tribunais, v. 6, p. 89-103, Jan/Mar 2016.

BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPANELLA, Bruno. *Celebridade, engajamento humanitário e a formação do capital solidário*. Revista FAMECO mídia, cultura e tecnologia, Porto Alegre, v. 21, n. 2, p. 721-741, maio-agosto 2014

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A., f. 561, 2007. 13 p. cap. 1, p. 1-21.

COSTA, Daniel Arthur Quaresma da. *Dano Social nas Relações de Consumo*. Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Direito e Economia) - Universidade Gama Filho, 2007.

FROTA, Paulo Malheiros da Cunha. *A IMPUTAÇÃO SEM NEXO CAUSAL E A RESPONSABILIDADE POR DANOS*. Curitiba. Tese (Direito) - Universidade Federal do Paraná, 2013.

GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. *RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS*. *Jurídica Cesumar*, v. 19, n. 1, p. 65-87, janeiro/abril 2019.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. *Punitive Damages no Direito Brasileiro*. *Revista dos Tribunais*, v. 964, p. 191-214, Fev 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. *Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 211-218, 2004.

KARHAWI, Issaaf. *Influenciadores Digitais: Conceitos e Práticas em Discussão*. *Revista Comunicare*. São Paulo, v. 17, p. 46-61.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 36 p.

MATEUS, Samuel. *Regimes de visibilidade na publicidade mediatizada*. *Matrizes*, São Paulo, n. 2, p. 259-281, jul./dez. 2014.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. *O direito dos danos na sociedade das incertezas: a problemática do risco de desenvolvimento no Brasil*. *Civilistica.com*, v. 2, n. 4, 2013.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor: Anotado e Comentado. Doutrina e Jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 900 p.

OLIVEIRA, Maria Louiza Batista de. *Surra de fama: mídias sociais e a resignificação do conceito de celebridade*. 2016. 74 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Comunicação Social)—Universidade de Brasília, Brasília, 201

SIMAS, Danielle Costa de Souza; SOUZA JÚNIOR, Albefredo Melo de. *SOCIEDADE EM REDE: OS INFLUENCERS DIGITAIS E A PUBLICIDADE OCULTA NAS REDES SOCIAIS*. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 17-32, Jan/Jun. 2018.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. *Revista dos Tribunais*, 2015. cap. 1.

MODERNIZAÇÃO DO ESTADO E *DOING BUSINESS*: UMA ANÁLISE DAS IMPORTAÇÕES NO DISTRITO FEDERAL POR MEIO DO PORTAL ÚNICO DE COMÉRCIO EXTERIOR

Ma. Nyvea Lourenço¹

Resumo

O artigo analisa as importações no Distrito Federal por meio do Portal Único de Comércio Exterior - PUCOMEX, à luz dos esforços recentes de modernização do Estado. Nesse sentido, examina-se a utilização de ferramentas inovadoras de facilitação, de controle de gestão pública e de modernização do Estado, baseando-se na governança. O avanço em direção a uma nova gestão e governança pública tem, na inovação em governo, um auxiliar fundamental na busca de soluções das demandas, cada vez mais complexas, da sociedade. Apresenta-se o PUCOMEX como uma das ferramentas de inovação em governo. Na metodologia, foram utilizadas fontes primárias (coleta de dados referentes ao desembaraço aduaneiro segundo os indicadores de grau de fluidez, Tempo Médio Bruto, Tempo Médio Total e entrevistas) e fontes secundárias. Traçou-se um comparativo das importações no âmbito nacional, por Regiões Fiscais e Distrito Federal, no período de 2014 a 2019, em que se demonstrou uma redução no tempo de importação. Como conclusões, tem-se que o PUCOMEX trouxe vantagens, mas ainda apresenta necessidade de aprimoramento, e que sua implementação está alinhada à fase inovadora do comércio exterior.

Palavras-chave: Modernização. Governança. Comércio Exterior. PUCOMEX.

STATE MODERNIZATION AND DOING BUSINESS: AN ANALYSIS OF IMPORTS IN THE FEDERAL DISTRICT THROUGH THE SINGLE FOREIGN TRADE PORTAL

Abstract

The present research analyzes the Federal District's imports via the "Single Portal of Foreign Trade" - PUCOMEX, designed in light of recent state modernization endeavors. The dissertation examines the use of innovative facilitation tools for public management control and state modernization. Aided by the state's modernization efforts, the transition toward a new type of public management and governance must find solutions for increasingly complex social demands – PUCOMEX is one of these answers. Based on primary sources (e.g., data collection on customs clearance according to Fluidity Degree, Gross Average Time and Total Average Time indicators and interviews) and secondary sources. The work presents a comparison between national imports, according to the different tax regions and the Federal District, from 2014 to 2019, which shows a decrease

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Santa Úrsula, mestrado em Administração Pública (IDP/EAB), especialização em Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal (ESAF/União Europeia), é especialista Docente em Direito Tributário (UNIDF), pós-graduada em Direito Tributário Aplicado à Gestão Pública (NDA/FACNET). É Auditora Fiscal da Receita do Distrito Federal e ocupa atualmente a chefia do Núcleo de Fiscalização do Aeroporto Juscelino Kubitschek da Secretaria de Estado de Economia do Distrito Federal - SEEC/DF. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0830861809290299>

in import time. The main conclusions reveal encouraging prospects of the PUCOMEX improvements, however, are still necessary.

Keywords: Modernization. Governance. Foreign Trade. PUCOMEX.

1. INTRODUÇÃO

A inserção do modelo gerencial na administração brasileira tem duas fases distintas, porém complementares. A primeira foi iniciada em 1995 com a reforma administrativa de Luiz Carlos Bresser-Pereira² e vem ganhando maior impulso nos últimos anos. O cerne da reforma esteve em dotar o Estado brasileiro de capacidade de planejar e suprir as crescentes demandas sociais e econômicas com base nos serviços por ele prestados e que devem ser eficazes, baratos e de boa qualidade. A segunda fase tem entre seus principais instrumentos jurídicos, a Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº 01/2016 e o Decreto nº 9.203/2017. Juntos, os dois instrumentos tratam, pela primeira vez, de temas como governança, gestão de riscos e controles internos que, por sua vez, encontram-se em consonância com os princípios inscritos no Art. 37 da Constituição Federal de 1988. Os instrumentos fixam esses temas em letra jurídica, obrigando as organizações públicas a internalizá-los e a segui-los.

Ainda assim, em vários casos, os serviços públicos ainda são incapazes de se ajustarem aos novos tempos. Com efeito, há recorrentes déficits, como demonstra o censo de governança realizado pelo Tribunal de Contas da União – TCU em 2018.

O modelo gerencial de administração é pouco usado no Brasil. Isso pode contribuir para o insucesso do país em ocupar um *ranking* mais alto no relatório *Doing Business* 2019³ do Banco Mundial no quesito “facilitação para fazer negócios”. Em relação ao pagamento de impostos, o Brasil ocupa no referido relatório, a 184ª posição – a mesma alcançada no ano de 2018. De acordo com o relatório, no Brasil gasta-se muito tempo para calcular e pagar impostos; em média, 1.958 (mil novecentos e cinquenta e oito) horas por ano.

² A Emenda Constitucional nº 19/98 incluiu o princípio da eficiência na lista dos princípios constantes no Art. 37 da Constituição Federal - CF, que regem a administração pública.

³ Relatório do Grupo Banco Mundial que analisa regulamentações aplicáveis às empresas nacionais durante seu ciclo de vida, com métricas de comparação baseadas em indicadores tais como: ambiente de negócio, pagamento de impostos; a facilidade para fazer negócio em 190 países. O Brasil encontra-se na 124ª posição, de acordo com o Relatório *Doing Business* 2020.

Nesse sentido, uma inovação, no âmbito da gestão pública e da modernização do Estado, é o Portal Único de Comércio Exterior - PUCOMEX, objeto de análise deste trabalho. Trata-se de uma operacionalização simplificada do comércio exterior e uma nova ferramenta com abordagem *single-window*, utilizada em alguns países, como China e Estados Unidos. Nesse contexto, o PUCOMEX insere-se na lógica de maior eficiência tributária do Estado e segurança da informação, buscando a melhoria do ambiente de negócios no país. O Portal permite que se troquem informações tributárias de distintas bases de dados, com segurança e rapidez.

Em desacordo com diversas unidades da federação, o Distrito Federal - DF não utilizava sistema de controle de importações por meio do uso intensivo de ferramentas e de metodologias ligadas à internet ou informatizadas. Em virtude disso, questiona-se: em que medida a modernização do Estado facilita e melhora o ambiente de negócio, o pagamento de impostos e o comércio internacional? Como parte de uma possível resposta analisa-se, como estudo de caso, o DF. Em particular, analisam-se duas variáveis relativas às importações no DF: tempo de desembaraço e tempo total até entrega da carga.

Tem-se como objetivo principal examinar as importações no DF por meio do PUCOMEX, à luz dos esforços recentes de modernização do Estado e de aprimoramento do *Doing Business*. Nesse sentido, será examinada a utilização de ferramentas inovadoras de facilitação, controle de gestão pública e a modernização do Estado fundada no conceito de governança, bem como nos desafios do gestor público atuante no setor de fiscalização tributária e nos entraves à modernização.

Feita esta introdução, o texto divide-se em 6 seções. A seção 2 aponta a revisão de literatura, a seção 3 retrata os aspectos teóricos e metodológicos adotados para proceder à pesquisa, a seção 4 apresenta os resultados obtidos no trabalho, a seção 5 mostra as entrevistas efetuadas e por fim, a seção 6 expõe as conclusões do artigo.

2. REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Modernização do Estado

O modelo burocrático é comum nos órgãos governamentais atuais. Um exemplo é a Secretaria de Estado de Economia do Distrito Federal - SEEC-DF, que se encontra ancorada na burocracia weberiana – embora já seja possível detectar um avanço para nova

gestão pública ou *New Public Management*⁴. Um dos problemas desse modelo burocrático é a rigidez na estrita observância da norma e do procedimento, pois limita a capacidade de iniciativa e “engessa” o fluxo de demandas provenientes da sociedade e as entregas por parte do órgão.

Para Silva (2012, p. 9-10), “infelizmente, mesmo com o advento da Tecnologia da Informação (TI), a cultura burocrática ainda permanece com as mesmas estruturas organizacionais e com a administração do papel (...). Dessa forma, é preciso evoluir em direção a “(...) uma administração gerencial com foco no processo de trabalho e nos resultados, utilizando uma estrutura em rede que permita ao mesmo tempo maior controle e publicidade dos atos (...)”.

Nessa esteira, a modernização do Estado vem ganhando cada vez mais espaço na agenda estratégica governamental. Inovação em governo tornou-se fundamental para corrigir as falhas, atender às crescentes demandas da sociedade ou mesmo auxiliar na busca da solução dos problemas cada vez mais complexos (CAVALCANTE, 2017). De acordo com Falcão e Marini (2010), o “desafio de modernizar a gestão pública é transformar e consolidar, na democracia, uma burocracia que, no conteúdo, ainda apresenta traços patrimonialistas e, na forma, linhas ortodoxas.” Cavalcante (2017) argumenta que:

As organizações públicas passaram cada vez mais a se preocupar com o fomento da prática inovadora em resposta às constantes mudanças econômicas, políticas, sociais e tecnológicas em um mundo mais globalizado e em rede, limitadas por expectativas crescentes dos cidadãos, problemas complexos e orçamentos apertados.” (CAVALCANTE, 2017, p. 15).

Para a modernização administrativa, é importante colocar-se na função crítica inovadora; sair da discussão apenas tecnológica, focando no problema e na entrega, por meio de um modelo abstrato de realidade futura (a utilização do *Design Thinking*⁵ como método tem por objetivo integrar as necessidades ao que é viável e tecnicamente possível, ainda que haja uma relação hierarquizada). Parte importante dessa discussão é a inovação em governo.

A teoria de rede tem como premissa o Estado pluralista com atores múltiplos e interdependentes cooperando para a provisão de serviços públicos e para a perspectiva de

⁴ Modelo de governança da administração pública que age de forma colaborativa no que tange o desenvolvimento de projetos (MOTTA, 2013).

⁵ Resolução da problemática agindo com base na coletividade. Disponível em <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/artigosInovacao/entenda-o-design-thinking,369d9cb730905410VgnVCM1000003b74010aRCRD>. Acesso em 15 de junho de 2019

Estado plural, no qual os processos de interação dos grupos produzem informações ao sistema de políticas públicas (CAVALCANTE, 2017, CAVALCANTE e CUNHA apud OSBONE, 2010). Assim, a atuação em rede está em linha com as tendências inovadoras. As expectativas e as potencialidades ainda estão sendo descobertas e ajustadas à realidade das organizações.

A ausência de tecnologias facilitadoras e em rede enrijece e burocratiza os processos e afeta o ambiente de negócios. O conceito de ambiente de negócios está associado às condições que dizem respeito ao ciclo de vida das empresas. Em termos gerais, o ambiente de negócios está relacionado aos níveis de complexidade e aos procedimentos de abertura e fechamento de empresas ou de recolhimento de tributos. A melhoria do ambiente de negócios está ligada, dessa maneira, a desburocratização e ações de simplificação desses procedimentos. (CAVALCANTE, 2015).

Nesse contexto, Cunha e Severo ressaltam que, “atualmente, mais que uma oportunidade, inovação apresenta-se como imperativo para o setor público.” (CAVALCANTE, 2017, p. 9) – e as tendências de inovação dialogam entre si; em especial, as relacionadas às Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs e à governança (CAVALCANTE, 2017, Cavalcante e Cunha apud Bekkers, Edelenbos e Steijn, 2011). É necessário identificar as barreiras à inovação, sejam internas, sejam externas. Assim, é preciso desburocratizar o fluxo de execução de um projeto, que deve ser feito de modo a possibilitar o acompanhamento do projeto, realizando *feedbacks*, maior participação dos *stakeholders* e monitoramento constante.

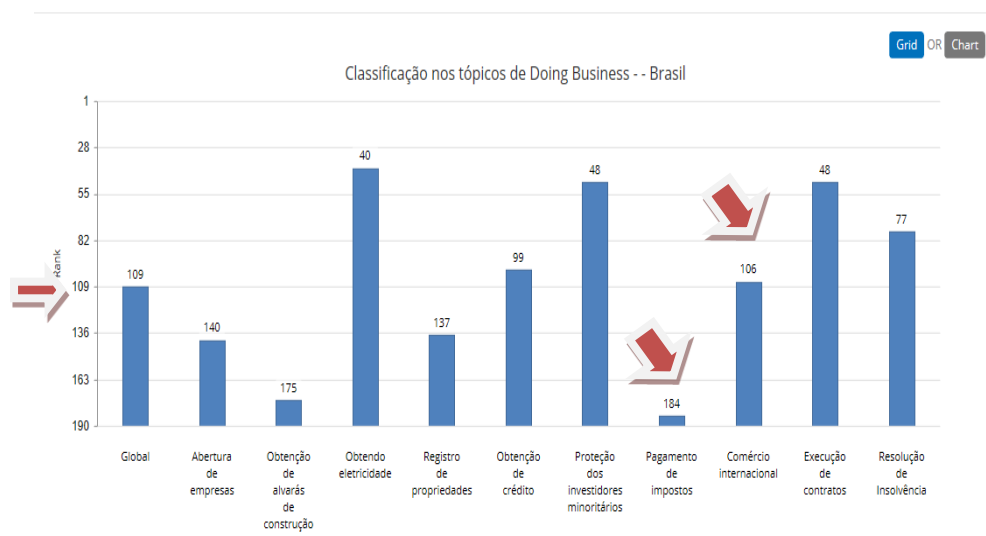
No caso do PUCOMEX, se por um lado a pluralidade de atores envolvidos favorece a integração das boas práticas existentes nas 27 unidades federadas, por outro, é um desafio encontrar soluções que abarquem as 27 Secretarias de Fazenda, viáveis tanto ao Portal quanto às especificidades de cada unidade da federação. No que diz respeito ao uso de sistemas modernos informatizados como ferramenta de gestão, a partir da última década, deu-se início a um período de inovação com iniciativas como a implantação do Governo Eletrônico - e-Gov, no âmbito federal, e do Sistema Eletrônico de Informações - SEI, nos âmbitos federal, estadual e distrital. Iniciativas como essas contribuem para a modernização da administração pública.

2.2 Relatório *Doing Business*

O relatório *Doing Business*, do Banco Mundial, de 2019, analisa regulamentações aplicáveis às empresas nacionais durante seu ciclo de vida, com métricas comparativas baseadas em indicadores como ambiente de negócio, pagamento de imposto, e facilidade para fazer negócios em 190 países.

Conforme demonstra o Gráfico 1, o Brasil ocupa a 109ª posição em termos de facilitação para fazer negócios, *ranking* superior ao do ano anterior. Em termos de comércio internacional, o Brasil ocupa a 106ª posição.

Gráfico 1 - Classificação nos tópicos de *Doing Business* – Brasil (Relatório 2019)



Fonte: Relatório Doing Business (2019)⁶.

2.3 Pagamento de Impostos

A complexidade do sistema tributário brasileiro, bem como a legislação tributária com suas diversas obrigações, dá margem à evasão fiscal. Faz-se necessária uma simplificação do sistema tributário para que as normas não precisem ser alteradas com tanta frequência. Essas mudanças constantes, provocadas por fatores econômicos, sociais e políticos, causam dificuldades tanto para administração quanto para os contribuintes.

Assim, é importante adaptar a tributação à economia globalizada, na medida em que pode desonerar o preço das mercadorias e torná-las mais competitivas no mercado mundial. Promover a inclusão de empresas e indivíduos na economia do século XXI é uma das atribuições do Estado, seja por meio de sistemas tributários compatíveis com os adotados no mercado globalizado, seja por outra maneira encontrada pelo governo.

2.3.1 Incidência, base de cálculo e cálculo do ICMS na importação

⁶ Disponível em < <http://www.doingbusiness.org> > Acesso em 09 de junho de 2019.

A Constituição Federal, no seu Art. 24, dispõe da competência da União, dos Estados e do DF em legislar, concorrentemente, sobre Direito Tributário. Nesse sentido, a União, por meio de lei nacional, estabelece normas gerais, ficando a cargo das leis estaduais de cada ente da federação dispor sobre as peculiaridades de cada Estado, desde que não sejam antagônicas à norma nacional e à própria Constituição Federal.

A incidência do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS na importação está prevista no Art. 155 § 2º, alínea a da Constituição Federal. O momento de ocorrência do fato gerador do ICMS na importação está na Lei Complementar 87/96 disposto no Art. 12. “Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...)IX – do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior;”. (BRASIL, 1996, Art.12)

A Lei Complementar 87/96 no Art. 13 § 1º, inciso I, dispõe que integra a base de cálculo do imposto, dentre outros, o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque, na nota fiscal, mera indicação para fins de controle. A referida Lei Complementar 87/96 estabelece regras gerais, cabem às leis estaduais regularem as regras específicas.

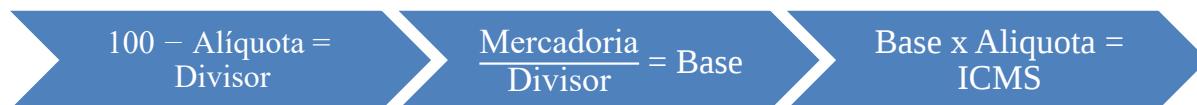
Assim, cada Estado estabelece as parcelas que constituem a base de cálculo do ICMS na importação. No DF a base de cálculo do ICMS está disposta no Art. 34, II do Decreto 18.955/97 e na Lei 1.254/96, em seu Art. 6º. O cálculo do ICMS na importação é feito, a título exemplificativo, conforme a Tabela 1.

Tabela 1– Cálculo do ICMS na importação

Cálculo do ICMS na importação		
Número de Adições		1
Valor Taxa Siscomex		214,50
VMLD (valor em dólares)		15.000,00
Cotação da Moeda Estrangeira na data do registro da DI		4,1555
Valor Total dos Produtos (em reais)		62.332,50
II		1.000,00
IPi		1.500,00
PIS		100,00
COFINS		500,00
Despesas		0,00
Valor Total da Mercadoria ou Valor Aduaneiro (sem o ICMS)		65.647,00
Valor Total da Nota Fiscal (Base de Cálculo do ICMS com o imposto por dentro)		ICMS
Comercialização 12%	74.598,86	8.951,86

Fonte: Autor, 2019.

Fluxograma 1 – Cálculo do ICMS exemplificado



Fonte: Autor, 2019.

A alíquota difere em razão da mercadoria ou produto, ou ainda, a finalidade; se para comercialização, industrialização ou uso/consumo - identificado pela Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM (código internacional). Algumas mercadorias têm redução na base de cálculo e, para alguns produtos, ainda há um acréscimo de 2% aplicado sobre a base de cálculo do ICMS para o Fundo de Combate à Pobreza.

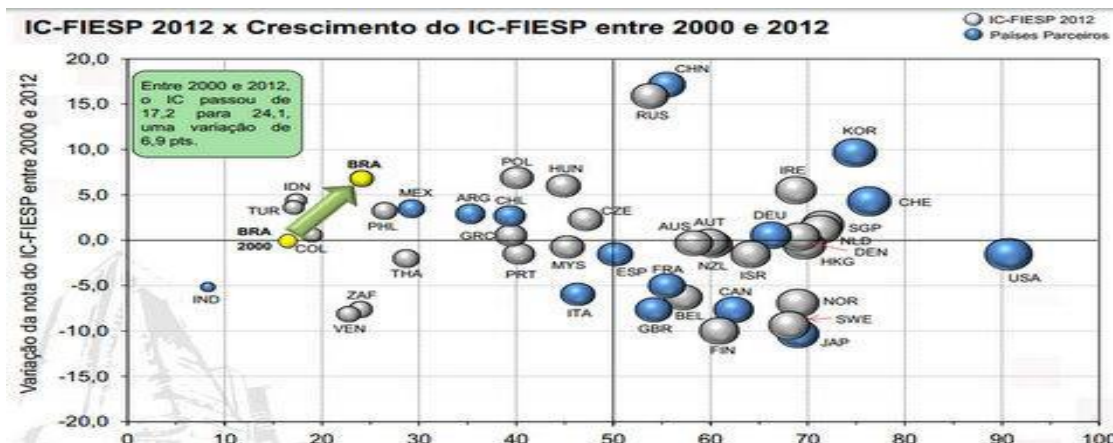
2.4 Comércio Internacional

Conforme Lourenço (2007), a globalização por si só não constitui processo de inclusão dos países na nova economia caracterizada pelo crescente fluxo, em tempo real, de negociações decorrentes da revolução introduzidas pelas novas tecnologias de informação e de comunicação - TIC. Cabe aos atores tratarem de sua inserção vantajosa no processo, utilizando as devidas ferramentas de gestão. O Estado pode e deve auxiliar essa inclusão, seja por incentivos, seja por redução da tributação.

De acordo com a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL, para atrair o investimento direto estrangeiro, alguns países concedem incentivos fiscais a fim de influenciar na implantação de empresas multinacionais nesses países. Dessa maneira, interferem na tomada de decisão da localização de uma empresa, com a prudência para não prejudicar as empresas nacionais. Uma das tendências da globalização é a de aproveitar o que as empresas multinacionais podem agregar de positivo, como por exemplo, a transferência de tecnologias, a entrada de investimento no país, dentre outros.

Na ótica microeconômica, que concerne aos efeitos econômicos causados às empresas e aos cidadãos, o Departamento de Competitividade e Tecnologia da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - FIESP divulgou estudo que aponta que o Brasil teve destaque entre os países de crescente competitividade. Aumentou o seu Índice de Competitividade - IC em quase sete pontos entre 2000 e 2012. Entretanto, dentre os 43 países analisados, o Brasil continuou entre os sete países menos competitivos.

Gráfico 2– IC-FIESP 2012 x Crescimento do IC-FIESP entre 2000 e 2012



Fonte: Site Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP)⁷.

Armando Monteiro Neto apontou a necessidade de uma modificação no sistema tributário voltada para a modernização, bem como o aumento da competitividade dos produtos brasileiros. A recuperação contínua da competitividade é a chave para ultrapassar os desafios do crescimento, aumentar a eficiência e erguer a produtividade. A continuidade de um cenário de adversidades sistêmicas tem sido um dos impedimentos ao alargamento da competitividade das empresas, o que gera o Custo Brasil. (MORHY (org), Neto, 2003, p.53-67).

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Diversos são os atores envolvidos no processo de desembaraço aduaneiro e no comércio exterior. Esses envolvem por exemplo, as Secretarias de Fazenda, a Receita Federal, os contribuintes e os recintos alfandegados. Essa formação da rede advém da legislação e tem por objetivo maior a educação fiscal, fazendo que o contribuinte tenha um papel colaborativo e contributivo, a fim de que o tributo volte para a máquina administrativa e o Estado desempenhe o papel de redistribuição de serviços e bem-estar social.

Serão analisadas as importações no DF e no Brasil antes e depois da implantação do PUCOMEX. Em particular, serão coletados os seguintes dados:

⁷ Disponível em <[http:// www.fiesp.com.br](http://www.fiesp.com.br)> Acesso em 13 de junho de 2019.

Fluxograma 2- Dados coletados



Fonte: Autor, 2019.

Assim, para alcance do objetivo do presente estudo, foram analisadas as importações antes e depois do PUCOMEX (grau de fluidez, tempo médio bruto e o tempo médio total do despacho aduaneiro até a retirada da carga do recinto alfandegado) no âmbito nacional, por região fiscal e no DF. No quesito pagamento de imposto, o cálculo do ICMS a recolher será informado pela Secretaria de Fazenda envolvida na importação.

3.1 Grau de fluidez

Diversas foram as ações no sentido de desburocratizar o comércio exterior. O foco dessas tem sido facilitar o comércio e dar celeridade ao processo sem perder o controle. Quando da implementação do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, surgiu a possibilidade de utilização de uma parametrização por canais que permitiria que uma parcela das declarações de importações fosse liberada com critérios impessoais e foco no objeto. Vale observar que as operações de comércio exterior estão regulamentadas no Decreto nº 6.759 de 2009 e o despacho aduaneiro, disciplinado na Instrução Normativa - IN SRF 680/2006.

A partir da parametrização por canais, pode ser feita uma análise de risco prévia assessorada pela Receita Federal verificando quais declarações impactam negativamente na meta de redução de tempo; ajudam no desempenho do indicador de eficiência de seleção; e melhoram o nível de acerto na seleção das declarações a serem inspecionadas.

Nessa esteira por melhoria dos serviços e procedimentos que está em linha com a assimilação pela Receita Federal das diretrizes alfandegárias, utiliza-se o indicador do grau de fluidez, que é um índice aplicado pela Receita Federal para aferir o desempenho alcançado na meta estabelecida. O grau de fluidez é definido como uma porcentagem de Declaração de Importação - DI ou Declaração Única de Importação - DUIMP, liberadas no prazo definido na meta e que são as desembaraçadas com menos de 24 horas (maioria canal verde).

3.2 Tempo Médio Bruto x Tempo Médio Total

Foram analisados o tempo médio bruto - com o qual se verifica o tempo entre a data do registro da DI e o desembaraço aduaneiro, e o tempo médio total - que

corresponde ao tempo entre o registro da DI e a retirada da carga pelo contribuinte no recinto alfandegado. O tempo médio total depende de fatores internos e externos como ações em governo e exigências a serem cumpridas pelo contribuinte importador.

4. RESULTADOS

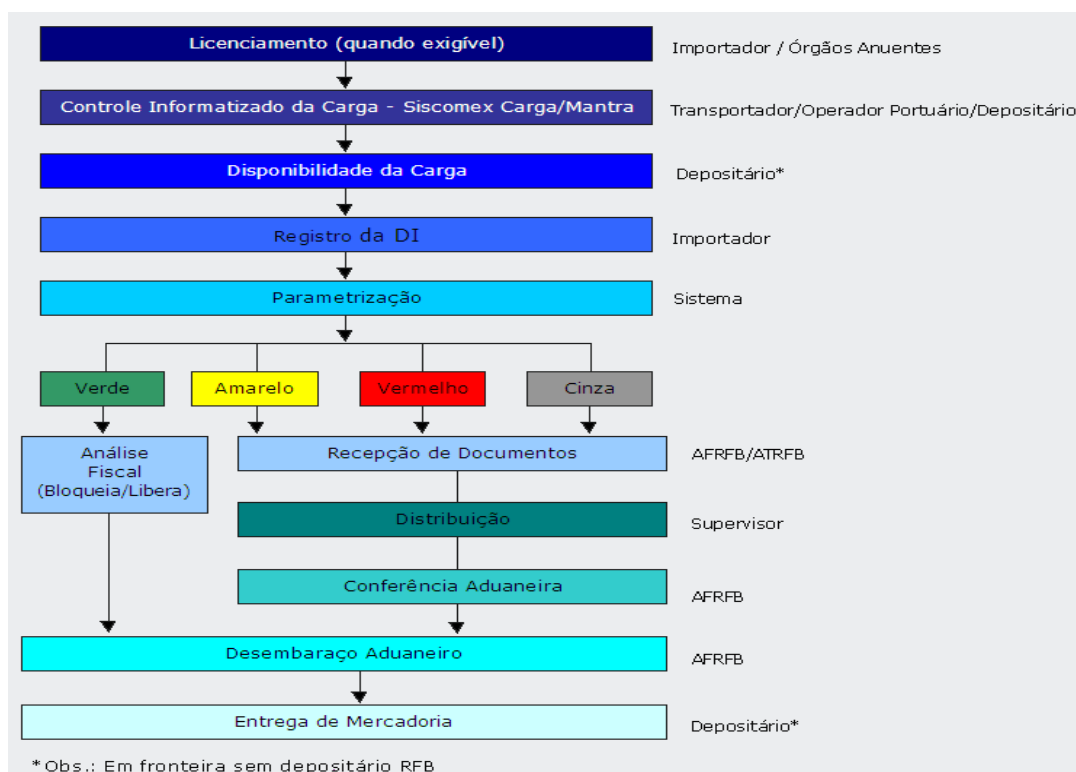
O PUCOMEX tem abrangência nacional e iniciou suas operações para importação no primeiro semestre de 2019, com o módulo Exoneração Integral, que já se encontra em utilização. Existem ainda mais dois módulos a serem implementados: Exoneração Parcial com Pagamento e Pagamento.

4.1. Atual processo de desembaraço

Alguns Estados já estão informatizados nos acessos e nas análises das importações. Ainda assim, o prazo para conclusão do desembaraço aduaneiro, em média, é de três a oito dias (tendo o oitavo dia como o prazo máximo estipulado pelo art. 4º do Decreto-Lei 70.235/72). Salvo quando a mercadoria seja direcionada para o canal vermelho, o prazo para conclusão do desembaraço pode chegar a 30 dias.

A Figura 1 demonstra o processo de importação referente à parte da Receita Federal e de alguns órgãos anuentes. A parte estadual acontece entre o desembaraço aduaneiro (inclusive) e a entrega da mercadoria.

Figura 1 – Processo de importação – RFB e alguns órgãos anuentes



Fonte: Site da Receita Federal⁸.

O processo de desembaraço aduaneiro até a entrega da mercadoria pode acontecer em Estados diferentes. O contribuinte deve calcular e recolher o imposto devido ou solicitar a exoneração do ICMS via Guia de Liberação de Mercadoria Estrangeira sem recolhimento do imposto - GLME na SEFAZ do Estado destinatário da mercadoria.

No DF não havia sistemas informatizados para o desembaraço aduaneiro. Todo o trâmite era, e ainda é para alguns casos, via papel. O Contribuinte ou representante legal leva a documentação *in loco* para análise do auditor. Ressalta-se que se o desembaraço ocorrer em outra unidade federada, o contribuinte deverá enviar via postal, ao representante legal no DF a documentação para liberação da mercadoria.

No caso de solicitação de exoneração, deverá ter o carimbo apostado do auditor fiscal da Unidade da Federal - UF de destino e após, o de origem - onde a mercadoria ou produto está sendo desembarçada - na Guia de Liberação de Mercadoria Estrangeira - GLME sem o recolhimento do ICMS. Para as importações analisadas via Portal único, para melhor adequação e celeridade do sistema, a legislação deverá prever a dispensa do referido carimbo. No caso de recolhimento do ICMS, o contribuinte importador deverá efetuar o cálculo do mesmo e recolher aos cofres públicos. O fisco tem o prazo de cinco anos, para cobrar possíveis diferenças no recolhimento do imposto.

4.2. Processo de desembaraço aduaneiro modernizado por meio do PUCOMEX integrado ao SISCOMEX

De acordo com o relatório PUCOMEX são esperados, dentre outros benefícios: redução do tempo e da burocracia do desembaraço aduaneiro; melhora do ambiente de negócio; facilitação do mecanismo com um único local e um ambiente de trabalho; controle da gestão com mais eficiência e efetividade nas importações; diminuição do tempo de permanência das mercadorias em zona primária; harmonização dos procedimentos adotados pelos vários órgãos da Administração Pública; segurança e agilidade das operações. A figura 2 demonstra o novo processo de importação via Portal Único.

⁸ Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br>> Acesso em 09 de junho de 2019

Figura 2 – Novo processo de importação via Portal Único



Fonte: Site Sistema do Comércio Exterior, adaptado⁹.

Em virtude da implantação e uso do módulo Exoneração Integral – Pagamento Centralizado no Portal Único de Comércio Exterior, é necessário alterar o convênio ICMS 85/2009. No âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ essa alteração já ocorreu, cabe aos Estados e DF internalizar a alteração do Convênio ICMS em suas leis locais. Assim, quando a GLME estiver adunada no processo de desembaraço via Portal, o visto na guia será substituído pela assinatura digital do auditor. Vale observar que a redução no tempo de desembaraço com procedimentos internos seria insuficiente caso os serviços ao contribuinte importador não fossem melhorados.

Alguns indicadores do relatório *Doing Business* são compostos pelo tempo para importar, tais como pagamento de impostos e comércio internacional. Contudo, esse relatório toma por base informações e percepções de entrevistados para composição de seus parâmetros e “médias” para o *ranking*. Assim, a melhoria desses indicadores está associada com a melhora da percepção do importador.

4.3. Sistemas informatizados nas Unidades da Federação

O Gráfico 3 demonstra a arrecadação do imposto de importação por UF, no período de janeiro a agosto de 2018.

Gráfico 3- Arrecadação do Imposto de Importação por UF, Janeiro-Agosto 2018



⁹ Disponível em <<http://www.siscomex.gov.br/>>. Acesso em 25 de junho de 2019.

Fonte: Autor, 2019.

Coincidentemente ou não, os Estados com maiores arrecadação e volume de negócios, possuem sistemas tributários informatizados para o desembaraço aduaneiro ou acesso a sistemas da Receita Federal.

No Quadro 1 destacam-se, na modalidade pagamento, os Estados que têm algum sistema (total ou parcial) para desembaraço das importações. Das 27 Unidades Federadas, 11 possuem sistemas dentre eles sete são os Estados de maior arrecadação, como observa-se abaixo.

Quadro 1- Apuração por UF com e sem Sistema para desembaraço das Importações

UF	Modalidades de Pagamento				Exoneração		
	Sem interação para Cálculo	Com Interação p/ cálculo			Sem integração	Com Integração	
	Declaratório sem Conferência	Conferência manual do valor	Cálculo aut. Base DI (Contribuinte Declara, Sefaz Calcula e Valida, Contribuinte Paga)	Cálculo aut. Base DI (Contribuinte Declara e Paga e depois Sefaz Valida e Calcula Valor complementar)	Manual (Papel / eMail) - Sem sistema de recepção de documentos	Manual Digital (anexação) - Sistema de recepção de documentos digitais	Automática
AC	x				x		
AL		x			x		
AM				x		x (2%)	x (98%)
AP	x				x		
BA	x (20%)	x (80%*)			x (20%)	x (80%)	
CE		x	x		x (10%)	x (90%)	
DF		x			x		
ES			x (95%)	x (5%)	x		
GO		x			x		
MA			x			x (10%)	x (90%)
MG		x			x		
MS	x					x (10%)	x (90%)
MT	x				x		
PA			x		x		
PB		X (20%)		X (80%)	X (20%)		X (80%)
PE	X (30%)		X (70%)		X (30%)		X (70%)
PI	x				x		
PR		x (2%)				x (2%)	x (98%)
RJ		x (2%)	x		x (40%)		x (60%)
RN		x				x	
RO	x				x		
RR	x				x		
RS	x				x (10%)		x (90%)
SC		x (2%)	x (93%)	x (5%)	x (1%)		x (99%)
SE	x				x		
SP		x (3%)	x (97%)		x (14%)		x (86%)
TO	x				x		

* BA-Sistema próprio do Recinto

Fonte: Projeto PCCE – adaptado 2019.

O primeiro módulo em utilização do portal é Exoneração Integral via *upload* e *download* de documentos com interação direta via web entre o contribuinte importador e as Secretarias de Fazenda e demais anuentes. Quando o processo é deferido, o recinto alfandegado recebe a mensagem direta das Secretarias de Fazenda que a carga está liberada.

Contudo, a utilização do PUCOMEX pelos 11 Estados que possuem sistema representa, inicialmente, um retrocesso, uma vez que têm de desembaraçar as importações em dois locais: no Portal e em seus sistemas próprios. Isso ocorre porque não há possibilidade de os sistemas estaduais serem acoplados ao PUCOMEX, até agora.

Apesar das 27 Unidades Federadas aderirem ao Portal, nem todas estão utilizando-o totalmente. Alguns estados investiram em sistemas próprios e esses estão mais adiantados por possuírem a cobrança do imposto integrada. Entretanto, utilizam ocasionalmente o Portal a título de teste até que haja a integração de sistemas ou que o Portal esteja avançado.

Para os Estados que não possuem sistemas, nem todas as importações estão sendo desembaraçadas via Portal. Por questões ainda de ajuste de legislação, por exemplo, quanto à exigência do carimbo fisco na Guia de Liberação de Mercadoria Estrangeira sem o recolhimento do ICMS - GLME.

No DF, tem-se observado que, no primeiro momento, os contribuintes importadores e/ou despachantes utilizaram o Portal a título de teste e apenas para conhecê-lo, pois houve uma diminuição no número de exonerações de ICMS solicitadas via Portal.

4.4. Grau de fluidez

Ao analisar os dados da Tabela 2, há uma percepção de melhora do grau de fluidez no âmbito nacional, mas não uma garantia real de melhora. Essa melhora pode ter advindo de uma mudança no procedimento de análise no filtro de parametrização com redução na trava/filtro.

Tabela 2 – Grau de fluidez – Importação no âmbito nacional

2014	2.404.388	2.003.998	83,35%
2015	2.141.982	1.822.516	85,09%
2016	1.969.457	1.694.175	86,02%
2017	2.166.312	2.013.968	92,97%
2018	2.261.175	2.096.686	92,73%
2019*	1.462.054	1.356.559	92,78%

Fonte: DW – Aduaneiro, 2019. *Até 28 de agosto de 2019.

Assim, no âmbito nacional pode-se considerar que houve uma possível melhora no grau de fluidez (importações desembaraçadas com menos de 24 horas). Contudo, quando analisados os dados da Tabela 3, por região fiscal¹⁰, é verificado que nem todas apresentaram o mesmo desempenho.

¹⁰ Para fins de descentralização dos serviços a cargo do Ministério da Fazenda, o território brasileiro é dividido em 10 Regiões Fiscais – RF- Decreto nº 55.770, de 19 de fevereiro de 1965.

Tabela 3 – Grau de fluidez – Importação - Regiões Fiscais (1ª a 10ª)

REGIÃO FISCAL	2014	2015	2016	2017	2018	2019 *
1ª RF	75,31%	74,92%	77,94%	85,62%	84,82%	86,80%
2ª RF	91,33%	91,74%	88,85%	93,23%	92,87%	95,67%
3ª RF	72,43%	77,03%	77,33%	92,35%	89,77%	90,05%
4ª RF	75,49%	82,25%	82,21%	90,05%	89,99%	90,45%
5ª RF	76,80%	81,56%	83,13%	87,87%	88,55%	90,83%
6ª RF	81,85%	81,86%	83,42%	93,25%	94,89%	95,54%
7ª RF	80,49%	80,50%	80,68%	89,16%	89,30%	90,33%
8ª RF	83,46%	85,36%	86,67%	94,19%	92,83%	91,90%
9ª RF	82,09%	85,40%	86,84%	93,78%	94,55%	95,81%
10ª RF	87,26%	87,93%	88,88%	88,72%	93,84%	95,24%

Fonte: DW- Aduaneiro, 2019. *Até 26 de setembro de 2019.

As regiões destacadas em cinza apresentaram uma trajetória de crescimento, já as regiões em branco não apresentaram a mesma melhoria em relação aos anos 2017-2018. Com os dados de 2019, a 1ª, 2ª, 3ª e 4ª regiões fiscais conseguiram acompanhar a trajetória de melhora das outras regiões; enquanto a 8ª região fiscal, composta apenas pelo Estado de São Paulo, não acompanhou a trajetória de crescimento das demais regiões.

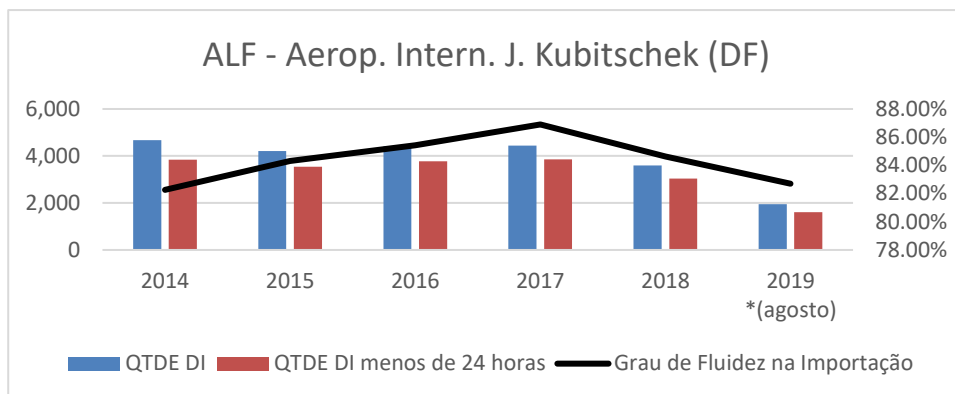
Vale destacar que os dados referentes a 2019 estão computados até o mês de setembro (parcial) e acompanham, mesmo que parciais, a trajetória das séries, o que permite incluí-los na análise com maior confiabilidade.

O gráfico abaixo demonstra o grau de fluidez no DF. Observa-se que em 2018, houve uma piora no grau de fluidez, possivelmente em decorrência de fatores como greve¹¹. A partir de 2018, a quantidade de importações vem diminuindo no DF. Com isso, poderíamos supor uma possível melhora no grau de fluidez, o que não ocorreu. Em 2019 essa melhora começa a surgir.

¹¹ Disponível em

<:https://www.sindifisconacional.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=34767:sindifisconacional-comunica-intensificacao-da-greve-a-sociedade&catid=356&Itemid=1017> Acesso em 28 de junho de 2019.

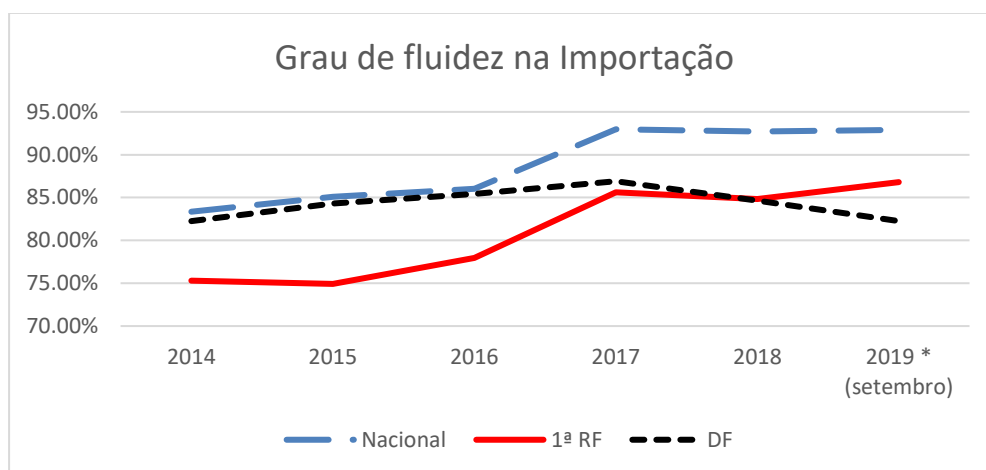
Gráfico 4 – Grau de fluidez das Importações do DF, 2014-2019



Fonte: Autor, 2019. *Até agosto de 2019.

No Gráfico 5, foi feito um confronto entre o grau de fluidez, no âmbito nacional, 1ª região fiscal (a qual o DF faz parte) e o DF.

Gráfico 5 – Grau de fluidez das Importações (âmbito nacional, 1ª RF e DF), 2014-2019



Fonte: Autor, 2019. *Até 26 de setembro de 2019.

Pode-se dizer que o grau de fluidez da 1ª região fiscal acompanha a trajetória do âmbito nacional. Até 2017, o DF esteve com grau de fluidez superior ao da 1ª região fiscal. Em 2018, houve uma inversão nas trajetórias do DF e da 1ª região fiscal. Inversão que pode ter ocorrido por uma mudança nos critérios de análise nas importações no DF, com travas mais minuciosas para análise das importações.

4.5. Tempo Médio Bruto x Tempo Médio Total

Vale destacar que os dados para análise do tempo médio bruto, no âmbito nacional, por região fiscal e no DF, foram extraídos utilizando os mesmos critérios/filtros usados na Central de Gestão da Receita Federal para fins estatísticos que considera somente os despachos da modalidade “NORMAL” (excluem-se os despachos

fracionados, antecipados, e as DIIs que levaram mais de 4.320 horas para serem desembaraçadas).

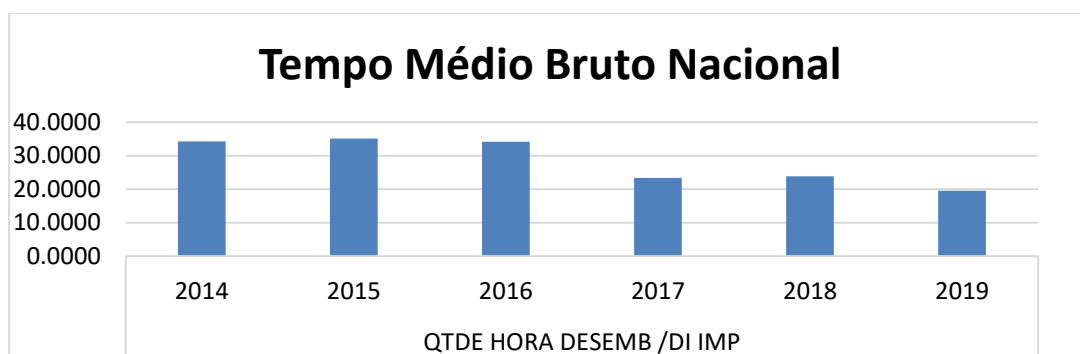
Tabela 4 – Tempo médio bruto, 2014-2019

2014	83,35%
2015	85,09%
2016	86,02%
2017	92,97%
2018	92,73%
2019*	92,78%

Fonte: DW- Aduaneiro, 2019. *Até 29 de setembro de 2019.

Colocados os dados do tempo médio bruto das importações no âmbito nacional no gráfico abaixo, detecta-se uma queda e consequente melhora no tempo de desembarço nos anos de 2014 a 2018. Em 2019, com os dados, ainda que parciais, pode-se observar uma possível melhora em relação a 2018.

Gráfico 6 – Tempo Médio Bruto âmbito nacional, 2014-2019



Fonte: Autor, 2019. *Até 29 de setembro de 2019.

Quando da análise do tempo médio bruto - TMB para importação, no âmbito nacional Gráfico 6, verifica-se uma queda no tempo médio total e assim, uma consequente melhora. Essa melhora corrobora o resultado encontrado no grau de fluidez no âmbito nacional, apresentado no gráfico 5.

Ao analisar o tempo médio bruto por regiões fiscais, verifica-se que algumas melhoraram bastante, ao passo que outras pioraram. Importante seria a adoção de algumas possíveis ações com políticas de melhorias, como um estudo e padronização nos procedimentos adotados nas diversas regiões fiscais, por exemplo, com as regiões em que

o tempo está acima de 30h. Essas políticas de melhoria poderiam advir de um estudo e de uma padronização nos procedimentos adotados nas diversas regiões fiscais.

Tabela 5- Tempo Médio Bruto – Importação - Regiões Fiscais (1ª a 10ª)

REGIÃO FISCAL	2014	2015	2016	2017	2018	2019 *
1ª RF	40,29	51,59	46,49	45,02	46,72	33,99
2ª RF	18,77	22,10	30,05	18,32	17,33	11,50
3ª RF	62,68	67,28	55,55	32,95	36,02	29,62
4ª RF	50,38	40,35	37,63	34,26	35,56	28,31
5ª RF	47,79	51,86	44,81	40,65	44,61	33,08
6ª RF	29,92	34,03	33,21	18,10	15,36	11,39
7ª RF	49,01	47,38	58,47	31,00	32,58	29,23
8ª RF	33,61	33,94	31,59	21,92	24,01	19,99
9ª RF	34,16	35,20	29,26	21,91	21,12	17,18
10ª RF	24,25	27,75	27,23	24,48	16,58	11,30

Fonte: DW- Aduaneiro, 2019. *Até 29 de setembro de 2019.

A Tabela 6 demonstra o tempo médio bruto das importações no DF, na qual é possível constatar que há uma tendência de aumento. Em 2015, houve uma piora superada em 2016. A partir de 2017, tende a piorar o tempo médio bruto. Entretanto, com os números preliminares de 2019 é verificada uma melhora comparando com os anos de 2017 e 2018.

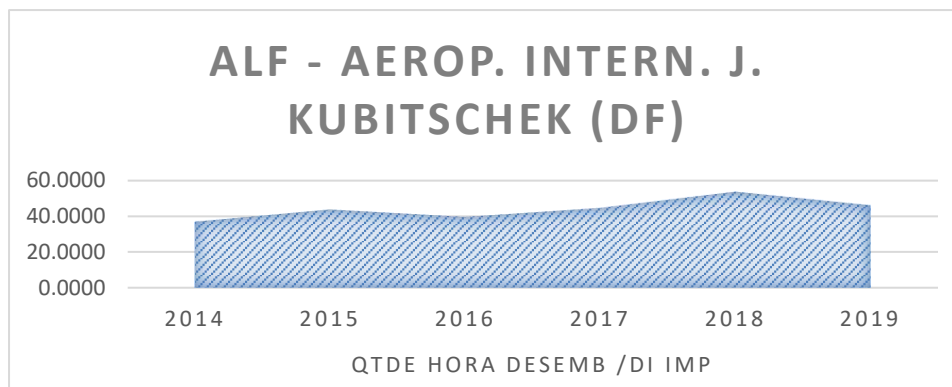
Tabela 6 – Tempo Médio Bruto (TMB) – Importações no DF

ANO	Tempo Bruto em Horas
2014	36,88
2015	43,69
2016	39,56
2017	44,57
2018	53,76
2019*	46,02

Fonte: DW- Aduaneiro, 2019. *Até setembro de 2019.

Assim, a partir de 2016 o tempo médio bruto para importação no DF vem aumentando, como se observa também no grau de fluidez ao comparar os gráficos 4 e 7. Em 2019, é apontada uma melhora no tempo médio bruto.

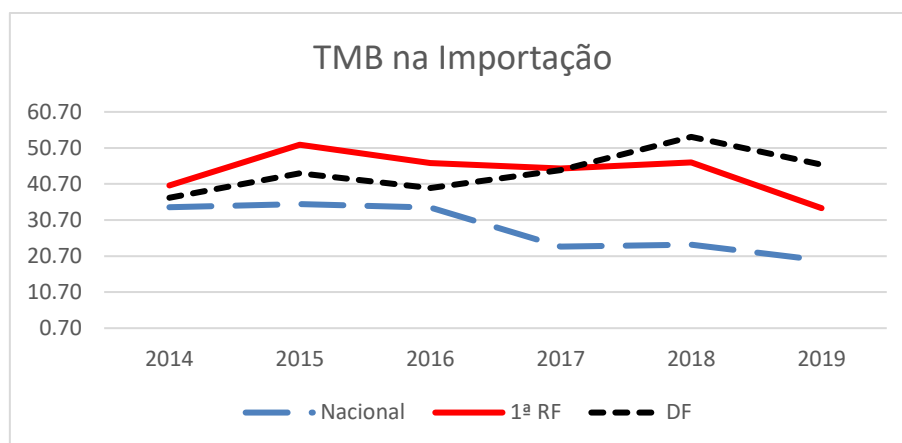
Gráfico 7 – Tempo Médio Bruto das Importações do DF, 2014-2019



Fonte: Autor, 2019. *Até setembro de 2019.

Da análise do gráfico abaixo, verifica-se que a partir de 2016 inicia-se uma inversão das trajetórias do DF e da 1ª região fiscal, o que corrobora os resultados obtidos no Gráfico 5. Em 2019, portanto, é possível observar uma melhora no tempo médio bruto tanto no âmbito nacional, quanto na 1ª região fiscal e no DF.

Gráfico 8 – Tempo Médio Bruto das Importações (âmbito nacional, 1ª RF e DF), 2014-2019



Fonte: Autor, 2019. *Até setembro de 2019.

Vale ressaltar que os dados para análise do grau de fluidez e Tempo Médio Bruto foram obtidos junto a Receita Federal do Brasil - RFB e, para análise do tempo médio total foram obtidos com a concessionária do aeroporto internacional de Brasília - Inframérica (esses últimos com extração das DIs somente do DF desembaraçadas com menos de 24h - canal verde - nos meses de junho, julho e agosto (parcial) de 2019).

A partir dos dados obtidos com a Inframérica, referentes a junho, julho e agosto (parcial) das importações no DF desembaraçadas com canal verde (com menos de 24h) e aplicadas na equação do tempo médio total, foi encontrado o somatório do tempo médio bruto, no total de 51.558 horas, e dividiu-se pela quantidade de DIs (que totalizaram 669).

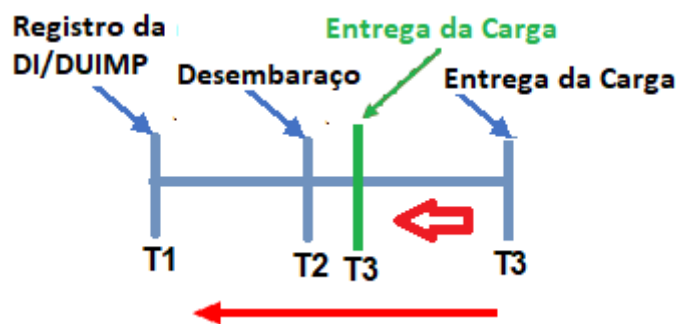
Assim, chegou-se ao tempo médio total de 77,07 horas, que em dias representaria 3,21, ou seja, uma carga que foi desembaraçada com menos de 24 horas, o contribuinte importador somente a retira, em média, três dias depois.

Ressalta-se que, entre o desembaraço e a retirada da carga, há ações e possíveis exigências a serem cumpridas pelo contribuinte importador, tais como: cálculo e recolhimento do ICMS apresentação na Sefaz, pagamento de armazenagem para os recintos alfandegados, entre outras. O contribuinte tem interesse em retirar a carga, o mais breve possível, para não ter despesas maiores com armazenagem.

Ainda que, com esses dados, pode-se observar que o tempo para desembaraço pode ser considerado bom, fazem-se necessárias ações voltadas à melhoria na importação na perspectiva do contribuinte importador dado que o tempo médio total ficou em 3,21 dias. Ao se considerar um dia para o desembaraço na RFB, uma vez que foram utilizadas as DIs com canal verde (até 24h), o contribuinte/importador ficou com 2,21 dias.

O PUCOMEX pode ser identificado como uma dessas ações voltadas para melhoria dos serviços públicos para o contribuinte, pois conforme demonstra o fluxograma 3 abaixo, um dos objetivos do referido Portal é reduzir o tempo de entrega da carga (T3) e aproximá-lo, ao máximo, do desembaraço (T2).

Fluxograma 3- Registro Importação x Entrega da Carga– Importação via Portal



Fonte: Autor, 2019.

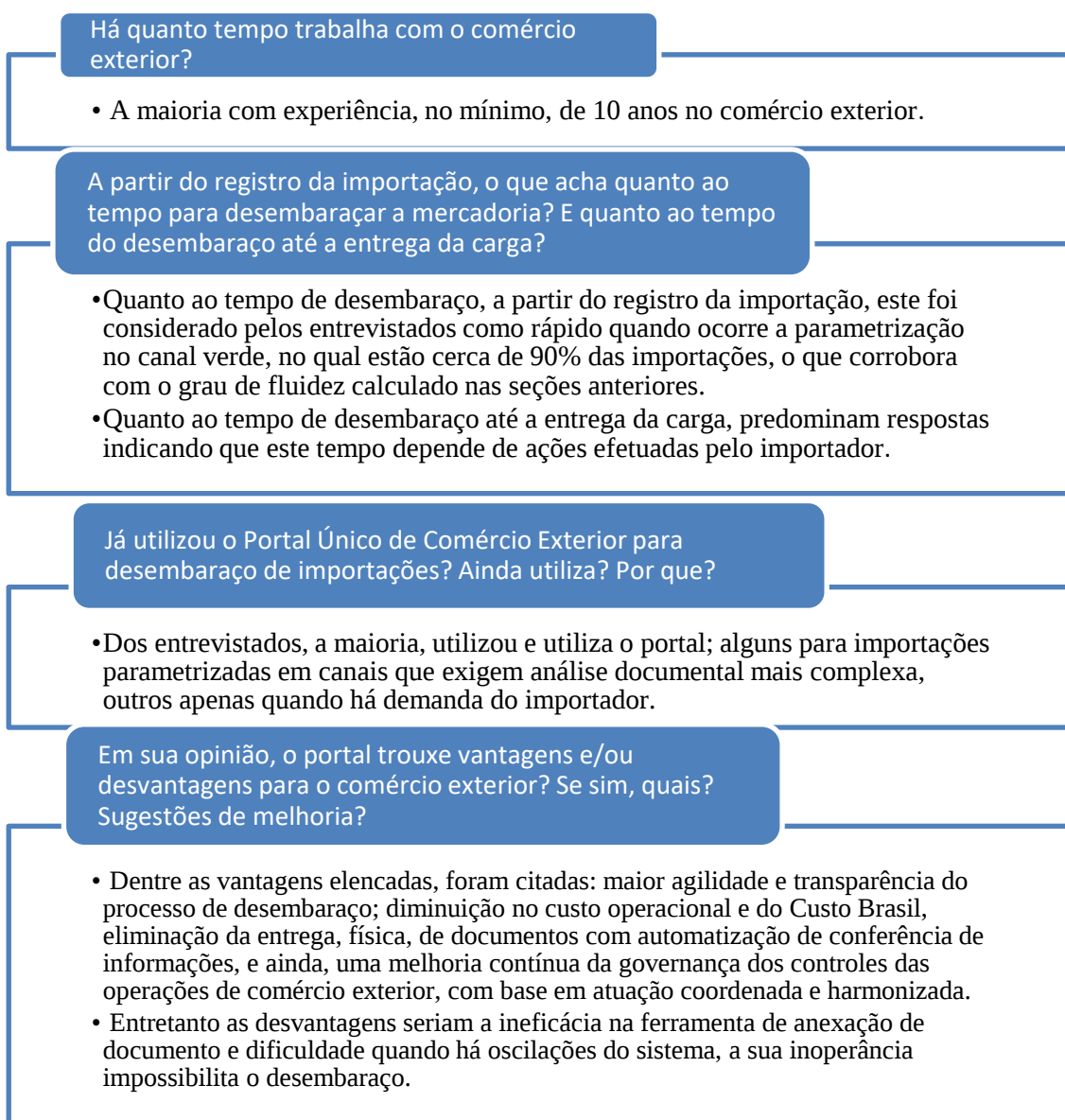
Vale ressaltar que o mencionado Portal, no que tange às importações, teve início no primeiro módulo: Exoneração Integral com anexação de documentos em janeiro de 2019 para os Operadores Econômicos Autorizados – OEA (certificação dada a algumas empresas previamente cadastradas pelo Governo Brasileiro). Em março do mesmo ano, foi “aberto” a todos os importadores.

5. ENTREVISTAS

A título de complementação de dados, para melhor análise da implementação do Portal, foi elaborada uma pesquisa com entrevistas semiestruturadas.

Foram entrevistadas dez pessoas de diferentes perfis de atuação na área de comércio exterior, desde despachantes aduaneiros, consultores do comércio exterior, passando por auditores da Receita Federal e estadual, gerentes de logística, entre outros. O fluxograma 4 traz as respostas obtidas.

Fluxograma 4- Entrevistas sobre importação



Fonte: Autor, 2019.

O tempo de desembarço até a entrega da mercadoria depende de cada importador e de procedimentos internos, como o pagamento de ICMS (imposto estadual), a emissão

do Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica - DANFE, a parte logística, entre outros.

Quanto às considerações e apontamentos referentes ao Portal, em síntese, os entrevistados apontam que a implementação do Portal Único tende a melhorar cada vez mais a competitividade brasileira no mercado internacional. Esta é a etapa inicial de um grande programa de reformulação da atuação governamental sobre as operações do comércio exterior brasileiro. Irmanado às ações de infraestrutura promovidas pelo governo, o Programa Portal Único se apresenta como o segundo pilar basilar para o aumento da eficiência do comércio exterior brasileiro e da competitividade exportadora do país.

Assim, para os entrevistados, o Portal figura como o espaço de interação entre o governo e os operadores de comércio exterior, mediante o qual importantes inovações são apresentadas e implementadas, de forma incremental, ao longo dos próximos anos.

Os entrevistados destacaram que, para que toda a cadeia consiga operar da melhor forma possível tornando o processo de comércio exterior eficiente, é necessária a padronização do serviço público como um todo e que cada pessoa tenha consciência de seu papel dentro da sociedade.

6. CONCLUSÃO

Os avanços em direção a uma nova gestão e governança públicas tornaram-se auxiliares fundamentais na busca de soluções para demandas da sociedade cada vez mais complexas, como no caso do Portal Único de Comércio Exterior - PUCOMEX, aqui analisado sob o aspecto das importações no DF. Nessa esteira, a presente pesquisa teve por objetivo analisar a utilização de sistemas modernos de tributação como ferramenta de gestão que facilitam o ambiente de negócios, o pagamento de impostos e o comércio internacional com controle da gestão em uma administração modernizada.

Quanto ao objetivo de verificar se a modernização administrativa decorrente do PUCOMEX estava em sintonia com a missão, a visão, os valores e a visão estratégica da SEEC/DF, a modernização mostrou-se alinhada, sobretudo, com a visão estratégica na busca por respostas mais rápidas com relação às mudanças sociais, econômicas, tecnológicas e políticas, em conformidade com o cenário local e nacional. As principais conclusões quanto ao grau de fluidez revelaram que, em 2019, houve uma pequena

melhora – entretanto, esse indicador já apresentava um bom desempenho, tanto no âmbito nacional quanto por regiões fiscais e no DF.

Verificou-se que os dados de 2019, ano de implementação da primeira fase do PUCOMEX para importação, módulo Exoneração Integral com anexação de documentos, apontaram uma redução no tempo para importar. Porém, não se pode assumir que uma otimização no tempo médio bruto para as importações representa, adequadamente, os resultados de ações governamentais em favor de uma melhor participação do país no comércio internacional. Entretanto, pode-se dizer que são ações necessárias na busca dessa melhoria.

O tempo médio bruto revelou que, desde o registro da declaração de importação até o desembaraço aduaneiro, o tempo foi considerado bom. Os dados indicam que há uma tendência de melhora no tempo médio bruto, tanto no âmbito nacional quanto na 1ª região fiscal e no DF. Vale observar, porém, que uma melhora tanto no grau de fluidez quanto no tempo médio bruto não representa uma ação advinda, necessariamente, do PUCOMEX pois uma mudança, pela RFB, no procedimento de análise no filtro de parametrização já alteraria esses números. O tempo médio total do registro da importação até a entrega da carga ao contribuinte pode melhorar com ações provenientes do PUCOMEX. Os dados verificados revelam que o tempo médio total apurado no período analisado em 2019, ficou em 3,21 dias. Se for considerado um dia para o desembaraço na RFB, o contribuinte importador fica com 2,21 dias.

A ferramenta utilizada pelo PUCOMEX permite que se troquem, de maneira rápida e segura, informações tributárias de distintas bases de dados. Dessa forma, não há necessidade de esperar o desembaraço aduaneiro para a ação dos Estados, órgãos anuentes e, sobretudo, do contribuinte importador, podendo assim contribuir para uma redução no tempo médio total do processo de importação. As entrevistas apontaram vantagens trazidas pelo Portal como a redução de tempo e nos custos, transparência nas operações e eliminação da entrega física de documentos, embora haja necessidade de aprimoramento da ferramenta. Nesse primeiro módulo, necessita-se melhorar a anexação de documentos e reduzir ou eliminar as oscilações do sistema, porquanto sua inoperância impossibilita o desembaraço.

No que se refere ao objetivo de examinar a utilização de ferramentas inovadoras de facilitação, de controle de gestão pública e de modernização do Estado, à luz do Decreto nº 9.203/2017, a implementação do Portal corrobora com as diretrizes da governança pública dispostas no inciso II art. 4º do referido Decreto, qual seja: “promover

a simplificação administrativa, a modernização da gestão pública e a integração dos serviços públicos, especialmente aqueles prestados por meio eletrônico”. Essas ações de reformulação da atuação governamental estão voltadas para a melhoria contínua da governança e do controle das operações de comércio exterior, tendo por objetivo coordenar e harmonizar a interação entre governo e operadores de comércio exterior. Trata-se de um espaço em que importantes inovações poderão ser apresentadas e implementadas, de forma incremental, ao longo dos próximos anos.

No cenário internacional, a implementação do Portal está em linha com a fase inovadora do comércio exterior, já que o Brasil é signatário do Acordo de Facilitação de Comércio - AFC no âmbito da Organização Mundial do Comércio - OMC. Neste aspecto, o Portal Único de Comércio Exterior pode contribuir para uma melhora no desempenho brasileiro no *ranking* de países do relatório *Doing Business* do Banco Mundial. O referido relatório, porém, toma por base informações e percepções de entrevistados para composição de seus parâmetros e “médias” para elaboração do *ranking*. Dessa maneira, é importante aprimorar não apenas os procedimentos e tempos de trabalho das administrações, mas também a melhoria dos serviços para a percepção do contribuinte importador.

Embora o PUCOMEX represente uma ação necessária de melhoria da inserção do Brasil no comércio exterior, ele, por si só, não é suficiente. É importante que haja uma padronização dos procedimentos e dos serviços, perpassando questões operacionais, adaptações de diversas TIs e consenso entre os *stakeholders*. Tudo isso para que se possa avançar ao longo de todas as etapas do ciclo de importação, tornando o processo de comércio exterior mais eficiente e sintonizado com as aspirações nacionais de desenvolvimento econômico, balizado pelo ideário da nova gestão pública.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Relação Jurídica Tributária no Modelo de Código tributário para a América Latina*. In Proposições Tributárias, São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

BRASIL. *Código Tributário Nacional – Lei Ordinária Federal nº 5.172 de 25 de outubro de 1966* – DOU de 27.10.66. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios.

BRASIL. *Constituição 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado. 1988

BRASIL. INSTRUÇÃO NORMATIVA CONJUNTA MP/CGU No 01/2016.

BRASIL. *Lei Complementar nº 87 de 13 de setembro 1996*. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 set. 1996. Seção 1.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAVALCANTE, Luiz Ricardo. *Ambiente de Negócios, Investimentos e Produtividade*. Cap.16 P441. Produtividade no Brasil- desempenho e determinantes – vol. 2 - Ipea org. Fernando De Negri e Luiz Ricardo Cavalcante, 2015.

CAVALCANTE, Pedro. *Inovação no Setor Público: teoria, tendências e casos no Brasil*. IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. org.: Pedro Cavalcante.. [et al.]. Brasília: Enap : Ipea, 2017.

COELHO, José Ricardo Roriz. *Índice FIESP de Competitividade das Nações – IC-FIESP* 2006.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Guia da Política de Governança Pública*. Governo Federal. Brasília, 2018.

DISTRITO FEDERAL (Estado). Decreto nº 18.955, de 22 de dezembro de 1997. Regulamenta o ICMS. *Diário Oficial do Estado do Distrito Federal*, Brasília, 1997.

DISTRITO FEDERAL (Estado). *Lei nº 1.254, de 08 de novembro de 1996*. Dispõe quanto ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Distrito Federal, Brasília, nº 19, 1996.

FALCÃO-Martins, Humberto & MARINI, Caio. 2010. *Um guia de governança para resultados na Administração Pública*. Publix.

LOURENÇO, Nyvea. *O Contribuinte como catalisador de alterações nos sistemas modernos de tributação*. Brasília: Monografia apresentada à ESAF/União Européia, 2007.

MARTINS, H. F. *Repensando modelos de governança com o design thinking*. CLAD, 2014.

MORHY, Lauro...[et al.]. *Reforma Tributária em Questão*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

MOTTA, P.R.M; *O estado da arte da gestão pública*. Rev. de Adm. de Emp., . 53, nº1, 2013.

RELATÓRIO DOING BUSINESS 2019 – Disponível
em: <http://portugues.doingbusiness.org/pt/rankings> Acesso em 02 nov 2018
SILVA, Marcelo de Sousa. *Implantação de um Governo Eletrônico: e-Gov*. Coleção e-Gov novos conceitos. Rio de Janeiro: Brasport, 2012.

QUESTÕES PRÁTICAS SOBRE CLÁUSULAS PÉTREAS NO BRASIL

Pedro Merheb

Resumo

Este trabalho examina as limitações materiais à reforma da Constituição com uma atenção pragmática a algumas das questões interessantes ao exercício do poder de reforma, no caso, a sua manifestação na Constituição de 1988 e a relação dos titulares do poder de reforma com essas limitações em alguns dos desdobramentos a serem vistos.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Constituição; Cláusulas pétreas.

PRACTICAL MATTERS CONCERNING THE ENTRENCHMENT CLAUSES IN BRAZIL

Abstract

The present work investigates the entrenched clauses with a pragmatism view of some of its typical concerns, more precisely, its function inside the Brazilian Constitution of 1988 and the relation between the power of amendment with those limitations and some of its typical issues.

Key-words: Constitution, Entrenchment clauses, Constitutional Law.

1. INTRODUÇÃO

A preservação daquilo que é mais caro a uma sociedade constitucionalizada pode ser conseguido com o enfeixe da atuação do constituinte derivado reformador, não só pela rigidez constitucional, mas pela indestrutibilidade daquilo que, de tão valioso, não poderia ser sacrificado em absoluto pelo poder de reforma. Além do rigor inerente ao processo de emenda, o alcance material dos seus operadores não é infinito ou absoluto.

No Brasil, as cláusulas pétreas contemplam prevenir, não a influência in totum do constituinte derivado reformador em seus objetos mas a sua abolição direta ou indireta. Essas limitações materiais à reforma da Constituição se prestam à conservação da identidade perseguida pelo constituinte originário ao perfilar a ordem constitucional e se acham tanto nos incisos do art. 60, §4º, como em outros enunciados distribuídos pela Constituição Federal – as chamadas cláusulas pétreas implícitas, que, apesar das

dificuldades metodológicas em sua identificação, não podem ser ignoradas pelo Texto Constitucional.

A existência de limitações materiais ao poder de emenda, contudo, não significam um embargo ao trato de questões relativas às matérias sob o toldo pétreo, isto é, o poder constituinte derivado reformador não é em absoluto impedido de deliberar sobre uma cláusula pétrea se essa deliberação não resultar em sua abolição. A Proposta de Emenda à Constituição 199 de 2019 destinada à modificação do trânsito em julgado como regido pela ordem jurídica brasileira se mostra como útil objeto de investigação para analisar a atuação do constituinte derivado reformador – o poder competente à reforma da Constituição – ao deliberar sobre questões direta ou indiretamente conexas com uma cláusula pétrea.

Outra questão interessante é a da possibilidade ou não de inovar os critérios para a definição de limitações materiais. Alguns autores entendem que as cláusulas pétreas não são imutáveis. Seria possível contemplar a alteração no rol pétreo da Constituição, seria isso ou não válido em uma ordem constitucional e não sendo, por quê?

Este trabalho se encerra com o exame da violação das limitações materiais e qual é a reação possível à supressão de despropósitos dessa sorte que logrem a conclusão do processo legislativo.

2. DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE EMENDA

Enquanto os atos normativos inferiores à Constituição Federal devem observância aos imperativos necessários a sua validade formal e ao conteúdo estipulado em um enunciado hierarquicamente superior, a modificação da Constituição Federal também está condicionada a requisitos de aspecto formal como de material – ainda que seja a

Os intérpretes do direito constitucional reconhecem três modalidades de limitação ao poder de emenda: o material, o formal e o circunstancial.

As limitações circunstanciais são constatadas durante os estados excepcionais de direito quando o poder constituinte derivado reformador é necessariamente estéril pelo tempo da sua duração – na Constituição brasileira, durante a intervenção federal, o estado de defesa e o estado de sítio.

As limitações formais ao poder de emenda, por seu turno, são as regras que condicionam o exercício do poder de emenda, reguladas na Constituição brasileira no artigo 60 até o § 3º, ou seja, é a ordenação do processo de emenda da Constituição Federal.

A terceira modalidade das limitações ao poder de emenda, e o fulcro deste trabalho, são aquelas de ordem material, destinadas a embargar projetos de emenda que contrariem a vontade do constituinte originário, preceituadas expressamente no 4 do art. 60 da Constituição Federal e distribuídas implicitamente pelo Texto constitucional. As cláusulas pétrea, na resolução de Leonardo Meyohas, podem ser observadas como “formulações jurídicas destinadas a evitar a destruição ou a radical alteração da ordem constitucional”¹, que se assemelha ao que Gilmar Mendes conceitua como “um esforço do poder constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade”².

3. DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

O introito que precede este capítulo expõe em sua desinência que as cláusulas pétreas seriam as limitações materiais ao poder de emenda e sua definição prescinde de um refinamento teórico mais demorado que esse, mas isso não abrange a destinação a que se prestam.

A história constitucional desde o epílogo do surto totalitário que flagelou o mundo de 1939 a 1945 precisou encontrar outros métodos e instrumentos preservassem o Estado de direito contra os aleives do poder, mais potentes que aqueles suscitados ao longo do século das luzes e da juventude do liberalismo. A Itália em 1946, a Alemanha em 1949, a França em 1956 são alguns dos exemplos que optaram por alojar tais limitações em seus Textos Fundamentais.

No Brasil não foi diferente quando da instauração da última assembleia constituinte em que o constituinte originário tratou de se guarnecer o Estado contra tudo que molestasse os primados que reputava os mais elevados: a Federação, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais e o sufrágio.

¹ MEYOHAS, Leonardo. Cláusulas Pétreas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. EMERJ: Rio de Janeiro, 2014.

² MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2020.

As limitações materiais, contudo, não são inteiramente aprovadas pelos doutrinadores na história da doutrina em direito constitucional, mas não há nenhuma variedade ou divergência nos apontamentos.

Joseph Bartélemy e Loewenstein condenam as cláusulas pétreas que, no escólio de Paulo Gonet, o fazem “por não haver uma diferença de substância entre o poder constituinte e o poder de revisão e o judiciário” e conclui dizendo que “ diz-se desarrazoado supor a existência de auto-limitação da vontade nacional operada pelo constituinte originário”, o que levaria a supor uma “função política das cláusulas pétreas e não jurídicas”³. Laferrière utiliza premissa semelhante ao argumentar que “o poder constituinte exercitado em determinado momento não é superior ao poder constituinte que se exercerá no futuro e não pode pretender restringi-lo ainda que num determinado ponto”⁴. Frederico Augusto Koehler, embora não seja antipático às limitações materiais, argui que

a existência e vigência das cláusulas pétreas constituem obstáculo deliberado à livre manifestação da soberania popular. Além disso, as cláusulas de imutabilidade geram a impossibilidade de modificação da Carta Magna para acompanhar as alterações constantes do mundo globalizado, cuja evolução se dá em uma velocidade sem precedentes⁵

Todas as fundamentações se acham na mesma questão: ao tolhimento do poder de emenda após o período constituinte, o que não se sustenta em qualquer Estado de direito relativamente preocupado com sua estabilidade institucional. Essa preconização seria uma fatalidade insondável a qualquer ordem constitucional e para tudo a que veio. A soberania popular manifestada nos representantes elevados à titularidade do poder constituinte derivado reformador é e deve ser, assim como a referida atribuição, “subordinado, secundário e condicionado”⁶.

É possível se avenge a ineficácia das limitações materiais diante de uma incursão de poderes de fato contra o Estado de direito e a Constituição, mas assim seria toda a ordem constitucional por consequência.

³ BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2020.

⁴ LAFERRIÈRE, Julien. Manuel de Droit Constitutionnel. apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros. 2016

⁵ KOEHLER, Frederico.: Reflexões acerca da legitimidade cláusulas pétreas. Revista da Seção Judiciária do Pernambuco: Recife, 2008. Disponível em: https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/FredericoAugustoLeopoldinoKoehler/Reflexoes_RevSJPE_n1_2008.pdf

⁶ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.

4. DAS CLÁUSULAS PÉTREAS NO BRASIL

Paulo Gonet observa que a Constituição brasileira tem as cláusulas pétreas como “absolutamente vinculantes e imprescindíveis”. Isso porque, continua o autor, em relação às limitações materiais, a Constituição brasileira “parte do pressuposto de que o poder de revisão, criado pela Constituição, deve conter-se dentro do parâmetro das opções essenciais feitas pelo constituinte originário”⁷.

No Brasil, o constituinte originário incluiu quatro matérias que reputava pertinentes para a preservação da ordem constitucional sob sua confecção:

4.1 A forma federativa do Estado

Toda modificação do Texto Constitucional que tendesse a abolir a Federação em que a República brasileira se constitui não pode prosperar no processo de reforma da Constituição – o que não significa que toda modificação relacionada à organização federativa do Estado brasileiro deve malograr.

4.2 A separação dos Poderes

A extinção ou perversão do sistema em que os Poderes constitucionais se arranjam defenestraria evolução do Estado no direito brasileiro, atrozmente interrompida nos vinte anos antecederam a instalação da assembleia constituinte. Uma proposta tendente a abolir a separação de Poderes é toda proposta que se desdobre na erosão de um Poder em benefício de outro, isto é, em que se legitime a usurpação das atribuições de um Poder por outro.

4.3 O voto direto, secreto, universal e periódico

O exercício do sufrágio na forma estabelecida pelo constituinte originário não pode, dest’arte, ser reduzido em nenhuma medida;

4.4 O direito e as garantias individuais.

Essa é a limitação material mais vulnerável a controvérsias de ordem teórica como de ordem prática. O que são direitos e garantias individuais? Seriam direitos humanos? Seriam direitos fundamentais ou apenas alguns? Quais direitos sociais são concebíveis como direitos e garantias individuais?

⁷ BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit. Pag. 22

Marcelo Novelino repele que os direitos e garantias individuais sejam incluídos na dimensão dos direitos e garantias fundamentais. Segundo ele,

essa interpretação extensiva, entretanto, não nos parece a mais adequada. O legislador constituinte poderia ter mencionado no rol de cláusulas pétreas a expressão “direitos e garantias fundamentais”, como fez no Título II, mas optou pelos “direitos e garantias individuais”, com o claro objetivo de designar os direitos de defesa⁸

O autor segue seu escólio com uma importante observação:

A impossibilidade de fundamentar a inclusão de todos os direitos fundamentais na expressão “direitos e garantias individuais” não significa, todavia, que direitos fundamentais de outra espécie não possam receber esta proteção qualificada, mas apenas que devem ser considerados, quando for o caso, como cláusulas pétreas implícitas. O ônus argumentativo cabe àquele que deseja justificar a inclusão do direito fundamental neste rol, por meio de uma fundamentação racionalmente construída.

5. A CLÁUSULAS PÉTREAS IMPLÍCITAS

Se as cláusulas pétreas estreitam o poder de reforma às matérias cujo trato não venha a conspurcar a vontade constituinte originária e a base teleológica da Constituição, haveria qualquer coisa de insensato cogitar que apenas os trechos que expressamente assinalam a sua força pétrea são hábeis a concebê-la.

As limitações materiais *implícitas*, dest’arte, seriam os enunciados distribuídos pela Redação constitucional que externam os fundamentos e fins do constituinte originário em seu artesanato. A imprecisão natural desse conceito atrai qualquer coisa de etéreo e insubstancial à questão.

A inexistência de critérios que deslindem o que na Constituição é o telos do constituinte originário e o que não é torna a questão desgostosa deveras, ensejando o comentário de Ferreira Filho segundo o qual cláusulas pétreas implícitas “há para todos os gostos⁹”.

Uma das consequências de uma Constituição analítica é a de que nem sempre se pode facilmente identificar aquilo que sustenta a identidade constitucional perseguido pelo constituinte originário, mas há casos que são indiscutíveis, como os primeiros quatro artigos do Texto constitucional, os princípios da ordem econômica no art. 170, os direitos sociais.

⁸ NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Gen, 2014.

⁹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Significação e alcance das cláusulas pétreas. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995:.

A identificação das cláusulas pétreas implícitas só pode se dar com a precisão desejável diante dos trabalhos encetados pelo constituinte derivado reformador – do cotejo feito entre a proposta de emenda à Constituição e suas consequências para o Texto constitucional. Isso, contudo, não é tão fácil como se verá nas linhas que seguem.

A modificação do Texto em um sentido diverso daquele contemplado originariamente pelos constituintes, assim como quanto às cláusulas pétreas expressas, extinguiria com a ordem constitucional como ela se propôs, engendrando indiretamente uma nova Constituição – isso porque a renovação das constituições não ocorre somente quando do ímpeto do titular do poder constituinte originário em gestar um novo ordenamento constitucional.

Importante também mencionar que, como pontuado por Ingo Sarlet

se as razões em favor da existência de limites implícitos devem prevalecer, também há que dar razão aos que sustentam que a construção de uma teoria dos limites implícitos à reforma constitucional apenas pode ser efetuada à luz de determinada ordem constitucional, isto é do direito constitucional positivo”¹⁰.

As limitações implícitas, portanto, não são universais nem permanecem linearmente na história – por não o fazerem as premissas que inspiram o constituinte originário

Ora, se tudo que enverga os fundamentos históricos e teóricos dos quais promana a necessidade da Constituição pode ser interpretado como cláusula pétrea, é lógico, portanto, que todas as ordens constitucionais possuem núcleos dogmáticos que não podem ser vulnerados pelo poder de reforma em absoluto. Com isso, é deveras possível contemplar a universalidade das cláusulas pétreas implícitas em qualquer Constituição, o que será melhor apreciado em um próximo trabalho.’

Outra questão deve ser escrutada é: se a cláusula pétrea implícita manifesta a finalidade e os fundamentos do constituinte originário, não existe uma locução decisiva que deslinde o que poderia e o que não poderia ser feito como é o caso das cláusulas pétreas explícitas. Noutras palavras, a Constituição brasileira diz que não será objeto de deliberação a proposta *tendente a abolir*.

A cláusula pétrea implícita não conta com uma regra hermenêutica que oriente o proceder do poder constituinte derivado na deliberação das suas matérias por lógica. É válido, portanto, inferir que não pode ser objeto de deliberação tudo o que contrariar o

¹⁰ MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva jur, 2019

seu dever-ser, ou seja, tudo que divergir daquilo pretendido pelo constituinte originário, salvo, para aperfeiçoar aquilo que ele construiu.

O raciocínio aqui pode ser contemplado se o constituinte derivado reformador desatinar, por exemplo, a reformar a Constituição para suprimir a proibição ao recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes, prescrita no art. 27, II. É inconcebível a recepção de tal emenda na ordem constitucional de 1988.

Se, porém, aprouver ao constituinte derivado reformador ampliar a quantidade de preceitos no artigo que aqui se alude para que os partidos políticos observem também, além do que já se enumerou, por exemplo, a responsabilidade partidária, não haveria qualquer dano à identidade da Constituição Federal em alojar tal emenda.

A modificação de um enunciado pétreo deve, portanto, observar a **razoabilidade** dos pretextos que a engendram para evitar, por distração ou perfídia dos interessados, o envilecimento da Constituição. O razoável, nas palavras de Fábio Oliveira¹¹

é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade.

A revelação das cláusulas pétreas implícitas se dá objetivamente quando a letra da Constituição é posta diante da reforma pretendida para a aferição das consequências ao Texto como ele veio.

6. A ATUAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR EM ASSUNTOS PÉTREOS

Não seria estranho que o constituinte derivado hesitasse quanto ao seu proceder diante das cláusulas pétreas. É, na verdade, primacial que ele esteja permanentemente atento para que nenhuma das suas ações no processo legislativo colidam com os imperativos pétreos do seu arranjo constitucional – porém, é um equívoco cogitar que as matérias que com elas se identifiquem sejam intocáveis pelo processo legislativo.

¹¹ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. Apud CAMPOS, Murilo. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade no processo administrativo disciplinar. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/cadernovirtual/article/view/544/358>

A fundamentação do ministro Sepúlveda Pertence no mandado de segurança 23.047 prestou à doutrina constitucionalista brasileira uma das mais acuradas e completas resoluções a respeito da relação entre o poder reformador e os embargos materiais aos seus trabalhos. Diz ele em sua relatoria que “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 64, §4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do **núcleo essencial** dos princípios e institutos cuja preservação nela se protege”.

A estipulação de temas que devem restar indelévels durante toda a vida constitucional, todavia, não é um impedimento à atuação legislativa relacionada a esses temas, ou, como orienta Paulo Gonet,

Se deve compreender o art. 60 4 da Cf, como proibição à deliberação de proposta tendente a abolir, isto é, a mitigar, a reduzir o significado e a eficácia da forma federativa do Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.

Sant’Ana Pedra, arrimado na orientação de Gilmar Mendes, adverte que uma interpretação absoluta das cláusulas pétreas implicaria “obstáculo à própria estabilidade que pretendiam assegurar, provocando instabilidade e sacrifícios maiores com a elaboração de um novo texto constitucional do que se promovendo alterações pontuais por meio de emendas constitucionais”¹².

O elemento pétreo de um enunciado constitucional é o impedimento a tudo que tender a sua abolição – desta forma falta com a veridicidade qualquer interpretação que o utilize como broquel quando não há risco à sua abolição.

7. ESTUDO DE CASO SOBRE A ATUAÇÃO DO CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

Uma das questões que marcaram ano de 2019 foi o cumprimento de decisão penal condenatória após o julgamento em segunda instância que afogou a sociedade civil, mais precisamente aqueles núcleos que se amargavam com a soltura de um ex-presidente detido pela jurisprudência que ali se impugnava na ação direta de constitucionalidade sobre o art. 283 do Código de Processo Penal que reiterava a dição da Constituição

¹² PEDRA. Adriano Sant’ana. Reflexão sobre a Teoria das Cláusulas Pétreas. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93267>

Federal sobre o assunto. O Supremo Tribunal Federal cumpriu sua vocação aplicando a Constituição e deixando que o Legislativo se ocupasse em alterar a locução do seu Texto.

Em novembro, poucos dias após o julgamento dessa ação direta de constitucionalidade, a EC/199 foi protocolada para alterar as regras sobre trânsito em julgado e cumprimento de sentença. Sucintamente, ela preserva o princípio da presunção da inocência materializado no inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal, mas modifica o modo como se daria o trânsito julgado, a partir do qual o acesso aos tribunais superiores ocorreria por uma miscelânea de ação rescisória com recurso chamada ação revisional.

Apesar dos entusiastas, alguns observadores não são tão simpáticos a essa proposta, uns por razões processuais, outros por razões constitucionais.

O prof. Lenio Streck argumenta que, o projeto de lei que altera o Código de Processo Penal e a Proposta de Emenda à Constituição para a antecipação do trânsito em julgado, “ambas as teses violam a cláusula pétrea constante no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal”¹³. Thiago Bunning, em audiência pública sobre a PEC, arguiu que o encolhimento do processo para o trânsito em julgado aceleraria o cumprimento de pena, agredindo, portanto, uma cláusula pétrea¹⁴.

Entretanto, a PEC preserva o direito à presunção da inocência materializado na regra do inc. LVII. Se promulgada, como antes, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; a alteração que a PEC/199 se propõe é do trânsito em julgado como concebido pelo processo brasileiro, isto é, o núcleo essencial do direito à presunção da inocência foi resguardado.

Dest’arte, se a PEC não abole nem tende a abolir o direito à presunção da inocência, não há como supor a agressão a uma cláusula pétrea, a transgressão a uma limitação material.

8. REFORMA NO ROL DAS CLÁUSULAS PÉTREAS(?)

Alguns doutrinadores cogitam que as estipulações pétreas como elas se mostram não são inalteráveis. Ou seja, acreditam que as suas exteriorizações não sejam irrevogáveis ou inderrogáveis.

Ferreira Filho, entusiasta do processo da dupla revisão desenvolvido por Jorge Miranda, não só preconiza como orienta o procedimento em que isso se daria. Segundo

¹³ STRECK, Lenio. Extra, Extra! Lenio Streck é a favor da prisão em segunda instância! Conjur: 2019.

¹⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Audiência pública ocorrida no dia 18 de fevereiro de 2020.

ele, “as matérias abrangidas pelas ‘cláusulas pétreas’ seriam duplamente protegidas. Para modificá-las, seria preciso, primeiro, revogar a ‘cláusula pétrea’; depois, segundo, alterar as disposições sobre a matéria em questão.” É a chamada teoria da dupla revisão.

Foi visto até aqui que as cláusulas pétreas concentram em sua vocação a vontade constituinte originária, ou seja, não somente os temas expressamente arrolados como limitações materiais como tudo aquilo que colida com a finalidade a que a Constituição se destina.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora, por natural, não seja possível diminuir o rol de limitações materiais ou seja excluir do ordenamento constitucional aquilo que seria entendível como limitações materiais, é perfeitamente possível incluir novas estipulações na Constituição que, por exteriorizarem um conteúdo alcançado pelo pálio do art. 60, § 4º, seriam inextirpáveis do Texto constitucional. É, porém, interessante questionar se seria possível ao poder constituinte derivado reformador aumentar as estipulações do rol de limitações materiais do Texto constitucional.

Como visto, a teoria da dupla revisão se concentra na extirpação ou substituição daquilo que estipula uma limitação material, e isso seria impensável tratando de cláusulas pétreas implícitas por lógica¹⁵, mas seria possível ampliar as cláusulas pétreas expressamente proclamadas pela Constituição, ou melhor, inovar os critérios para a definição do que é pétreo ou não.

Se se entende como possível e natural que haja cláusulas pétreas implícitas em uma ordem constitucional por ser um prejuízo àquilo que exprime o telos do constituinte originário o engendramento de uma nova Constituição, seria incoerente esperar que o acréscimo de limitações materiais não implicaria no mesmo. Isso estaria, como no caso das cláusulas pétreas implícitas vulneradas, engendrando uma nova Constituição se ele arroga para suas competências a faculdade de orientar o que pode ou o que não pode integrar o Texto constitucional.

Tivesse o constituinte de 1988 adotado a classificação tricotômica das limitações materiais seria possível considerar um momento na história constitucional em que um “poder misto”, na tradução de Marcelo Novelino, se encarregaria de revisar as cláusulas

¹⁵ Porque cabe ao constituinte originário e somente ao constituinte originário engendrar aquilo que é do fulcro da ordem constituída, a sua identidade como Lei Fundamental..

pétreas para adaptá-la ao seu momento e realidade. Essa proposta foi afastada e prevaleceu a classificação dicotômica que, segundo o autor mencionado,

as limitações materiais seriam insusceptíveis de supressão por reforma, pois a alteração do núcleo essencial da Lei Maior descaracterizaria sua identidade material e levaria à destruição de seus fundamentos, caracterizando uma “fraude à Constituição”, um “desvio ou abuso de poder”¹⁶.

9. DA VIOLAÇÃO ÀS CLÁUSULAS PÉTREAS:

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Foi visto no exame de questões anteriores hipóteses em que o constituinte derivado reformador poderia gerar uma nova Constituição. A violação das limitações materiais, contudo, não implica necessariamente um novo arranjo constitucional como registrado previamente.

A violação de uma cláusula pétrea implícita ou explícita ocorre quando a reforma constitucional que tenda a abolir os preceitos arrolados no art. 60, §4º ou o telos originário onde quer que ele se manifeste logre a conclusão do processo legislativo. Uma reforma da constituição que infrinja um fundamento pétreo não pode ocorrer senão por um estrondoso fracasso do controle de constitucionalidade preventivo – exercido através do processo legislativo contra as inconstitucionalidades que lhe são submetidas -. Restaria, portanto, apenas uma força habilitada a suprimir as inconstitucionalidades que atravessaram o processo legislativo, ou seja, ao controle de constitucionalidade repressivo que, no espaço federativo próprio do presente tema, é o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal recebeu em 1988 a vocação de uma Corte Constitucional de interpretar a Constituição no exercício do seu controle concentrado¹⁷, ou seja, foi designada a ele a competência para apreciar a compatibilidade dos atos normativos primários com o Texto da Constituição Federal. Uma intervenção é perfeitamente contemplável quando seja o caso de vícios formais durante o processo de emenda, mas a questão que aqui se tenta lobrigar é se seria possível o Supremo Tribunal Federal arbitrar perante o Poder Legislativo o que agride ou não enunciados pétreos.

José Afonso da Silva dissolve a questão trazida apontando que

¹⁶ NOVELINO, Marcelo. Op.Cit, 3.3.1.4.1.

¹⁷ “ A atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional”. MENDES. Gilmar. Curso de Direito Constitucional.: São Paulo: Saraiva, 2019.

toda a modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quorum, etc) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias¹⁸.

Não só a doutrina como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já exibiu à larga que ele não hesitará em tolher o processo legislativo quando da inobservância dos imperativos necessários à validade das emendas constitucionais durante ou ao cabo do trâmite de emenda.

Ainda na vigência da Constituição de 1967, Moreira Alves, ao relatar o mandado de segurança 20.257 impetrado por Antonio Canale e Itamar Franco em seus dias no Senado, declarou em sentido indistinto que

A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. E cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição¹⁹.

Essa posição foi asselada reiteradamente em precedentes posteriores, como é o caso da ADI 829/DF, em que o ministro Moreira Alves enceta seu relatório observando que:

Não há dúvida de que, em face do nosso sistema constitucional, esta Corte é competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade ou não de emenda constitucional – como sucede no caso – impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas²⁰.

Não há, portanto, o que confutar quanto à legitimidade do Supremo Tribunal Federal em conter exorbitâncias contra limitações à reforma da Constituição tanto de ordem formal como de ordem material, antes ou depois da promulgação de emenda.

10. CONCLUSÃO

1 - A eficácia das cláusulas pétreas é inegável em qualquer Estado vigilante com o seu sedimento institucional e sociopolítico. Sua importância é acentuada em Estados cuja história mostra candentemente que a constitucionalização da organização do Estado e dos

¹⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança 20.257/DF. Rel.: Moreira Alves, 1980.

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 829/DF, Rel. Moreira Alves. 1993.

direitos fundamentais nem sempre é suficiente para a contenção do poder, malgrado as considerações que impugnam sua legitimidade por restringir a atuação do poder constituinte derivado reformador.

2- No Brasil, o arranjo positivo das cláusulas pétreas empacha que qualquer iniciativa de emenda constitucional tenda a abolir a Federação, os direitos e garantias individuais dispersos pela Lei Fundamental, o sufrágio e a separação dos Poderes, o que não significa, contudo, que todos os temas relativos aos assuntos pétreos sejam intocáveis.

3- Ao denodar o nebuloso instituto da cláusula pétrea implícita foi observado que a qualificação pétrea alcança não só aquilo que foi explicitamente designado como tal, mas todas as estipulações que exteriorizam o *telos* constituinte pelo qual a Constituição se fez. Ou seja, aquilo que representa as bases teleológicas pelas quais a Constituição se realizou – o que torna lícito que se diga que, ainda que não haja a previsão expressa de uma limitação material à reforma da Constituição, há núcleos viscerais em que o ordenamento constitucional se sedimenta que não poderiam ser modificados senão por uma nova assembleia constituinte. Malgrado a abstração natural da sua definição, a identificação das cláusulas pétreas se dá mediante o cotejamento realizado entre as propostas de emenda e aquilo que diz o Texto Constitucional para que se afira as consequências possíveis.

4 - O legislador não deve se acanhar em tratar dos temas enumerados no 4 do art. 61 se assim convir na alteração do Texto constitucional. É importante que ele observe, contudo, se as consequências uma reforma da Constituição por ele empreendida tende ou tenderá a abolir aquilo que se acha em terreno pétreo, isto é, o núcleo essencial de uma limitação material explícita ou implícita ao poder de reforma.

5- Para explorar com mais clareza a questão do capítulo anterior sobre a atuação do constituinte derivado reformador das limitações materiais, empreendeu-se um breve exame sobre a validade da reforma constitucional ambicionada com PEC/199 para a modificação das regras sobre o trânsito em julgado e ficou demonstrado que não há em seu conteúdo qualquer prejuízo ao núcleo essencial do direito à presunção à inocência.

6 - Foi visto também que não dúvidas de que seja possível ampliar a normatividade abrangida pelas cláusulas pétreas, mas ao examinar a criação de novos institutos pétreos, viu-se que se a revogação das cláusulas pétreas seria uma usurpação da competência constituinte originária, também o seria a sua ampliação, isto é, se compete ao poder

constituinte originário deslindar o exercício do poder de emenda pelo derivado reformador, o arrogo dessa faculdade pelo segundo desdobrar-se-ia em uma ordem constitucional nova. A modificação naquilo que a Constituição tem como pétreo exauriria por natural os motivos da concepção limitações materiais ao poder de reforma.

7 – A violação das cláusulas pétreas não engendra uma nova ordem constitucional, mas perverte a Constituição como ela deve ser e seus efeitos na legislação infraconstitucional e na jurisprudência posterior seriam fatais à ordem jurídica como ela é, exigindo que se reclame uma pronta reação da jurisdição constitucional quer preventiva ou repressivamente.

11. REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2020.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*.

Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos

Tribunais:1995. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46613>

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Audiência pública ocorrida no dia 18 de fevereiro de 2020 sobre a PEC/199*.

CONGRESSO NACIONAL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999

KOEHLER, Frederico. *Reflexões acerca da legitimidade cláusulas pétreas*. *Revista da Seção Judiciária do Pernambuco*: Recife, 2008. Disponível em: https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/FredericoAugustoLeopoldinoKoehler/Reflexoes_RevSJPE_n1_2008.pdf

LAFERRIÈRE, Julien. *Manuel de Droit Constitutionel*. apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo:Malheiros. 2016

MEYOHAS, Leonardo. *Cláusulas Pétreas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. EMERJ: Rio de Janeiro, 2014. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/LeonardoMeyohasNeves.pdf

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva jur, 2019

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Gen, 2014.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. Apud CAMPOS, Murilo. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade no processo administrativo disciplinar. Disponível em:

<https://portal.idp.emnuvens.com.br/cadernovirtual/article/view/544/358>

PEDRA, Adriano Sant'ana. *Reflexão sobre a Teoria das Cláusulas Pétreas*. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93267>

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros: São Paulo, 2002.

STRECK, Lenio. *Extra, Extra! Lenio Streck é a favor da prisão em segunda instância!* Conjur: 2019

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança 20.257/DF*. Rel.: Moreira Alves, 1980.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 829/DF*, Rel. Moreira Alves. 1993.

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS E JUS COGENS: UM ESTUDO COMPARATIVO DOS RELATÓRIOS DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ONU

Ellen Rayssa Fernandes Noronha

Resumo

Em 2001, a Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU elaborou um capítulo sobre a violação de normas de *jus cogens* no Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos. Anos depois, a CDI decidiu produzir uma série de relatórios sobre normas de *jus cogens* que resultaram na alteração do conceito existente anteriormente. A partir disso, questiona-se quais modificações os novos relatórios, sobre *jus cogens*, trouxeram à matéria de responsabilidade internacional do estado por violações de normas imperativas do direito internacional geral. A presente pesquisa possui o objetivo de fazer uma análise comparada dos textos produzidos pela CDI, quando tratou de Responsabilidade Internacional do Estado e das Normas de *Jus Cogens*. Este trabalho utilizará as técnicas de pesquisas bibliográficas, documentais e jurisprudenciais para fazer o estudo dos institutos supracitados.

Palavras-chave: Responsabilidade Internacional dos Estados. *Jus Cogens*. Normas Imperativas do Direito Internacional Geral. Comissão de Direito Internacional.

STATE RESPONSABILITY IN INTERNATIONAL LAW AND JUS COGENS: A COMPARATIVE STUDY OF REPORTS OF THE UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION

Abstract

In 2001, the United Nations International Law Commission (ILC) drafted a resolution on the violation of *jus cogens* norms at the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Years later, the ILC decided to produce a series of reports on *jus cogens* norms that resulted in an alteration to the previously existing concept. Hence, it is questioned what changes the new reports on *jus cogens* brought to the matter of international state responsibility for violations of peremptory norms of general international law. This research aims to make a comparative analysis of the texts produced by the ILC when it dealt with International Responsibility of the State and *Jus Cogens*. This work will use the techniques of bibliographic, documentary and jurisprudential research to make the study of the above-mentioned institutes.

Key words: State Responsibility in International Law. *Jus Cogens*. Peremptory Norms of General International Law. International Law Commission.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade internacional tem sua atuação regida por normas e princípios do Direito Internacional, os quais possuem a finalidade de “alcançar as metas comuns da humanidade (...), a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais”¹.

A Organização das Nações Unidas (ONU), através de sua Carta², declara que possui o objetivo de “estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos”³. Para satisfazer este propósito, a Comissão de Direito Internacional (CDI) foi estabelecida em 1947, sendo esta composta por um corpo jurídico qualificado com a incumbência de elaborar “projetos de convenções sobre temas que ainda não tenham sido regulamentados pela legislação internacional, e codificar as regras do direito internacional nos campos onde já existe uma prática do Estado”⁴.

Nessa perspectiva, em 2001, a CDI elaborou o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos para pacificar a temática. No projeto, foi disposto um capítulo específico para a violação de normas imperativas do direito internacional geral (*jus cogens*).

Após 15 anos, a CDI decidiu adentrar na discussão sobre *jus cogens* e começou a produzir uma série de relatórios sobre o tema, em razão de ser um conceito que frequentemente é incompreendido⁵. Os textos produzidos ampliaram a concepção de normas de *jus cogens* formulada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Desta forma, surge a seguinte indagação: os novos relatórios sobre *jus cogens*, produzidos pela CDI, trouxeram modificações à matéria de responsabilidade internacional do estado por violações de normas cogentes? E se trouxe modificações, quais seriam?

Insta salientar que o propósito do presente trabalho é fazer um estudo comparado dos textos produzidos pela CDI quando tratou de Responsabilidade Internacional do Estado e mais recentemente, ao tratar das Normas de *Jus Cogens*.

¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 63.

² ONU. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

³ Ibidem, Preâmbulo.

⁴ ONU. **A ONU e o Direito Internacional**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/>> Acesso em: 10 nov. 2019.

⁵ KOLB, Robert. **Peremptory International Law - Jus Cogens**. s.l. Bloomsbury Publishing. 2015. p. 26.

Primeiramente, este trabalho fará o exame do instituto das normas de *jus cogens* através de um estudo de sua evolução desde a noção de normas que não podem ser negociadas até chegar ao conceito de normas imperativas do direito internacional geral adotado em 1969. Serão analisados também os principais casos julgados pelas Cortes Internacionais que reconheceram diversas normas de *jus cogens*.

Além disso, serão esmiuçadas as bases teóricas que se propuseram a explicar as normas não derogáveis e serão ponderados os requisitos para que uma norma seja reconhecida como imperativa trazidos pela Convenção de Viena e pela jurisprudência internacional.

Em um segundo plano, serão analisados os elementos da Responsabilidade Internacional do Estado. Será estudada a Responsabilidade do Estado por violação de normas cogentes e, em último lugar, será feito o cotejo dos institutos examinados anteriormente.

Para abordar a problemática deste trabalho, as técnicas utilizadas foram as das pesquisas bibliográfica, documental e jurisprudencial, pois será realizada uma análise jurídica dos textos produzidos pela CDI, além de decisões de Cortes Internacionais, Cartas e Tratados do Direito Internacional.

A hipótese a ser verificada é a de que houve alterações no instituto da responsabilidade internacional do estado em decorrência da elaboração dos recentes relatórios sobre normas imperativas do direito internacional.

A questão exposta é de grande importância, visto que, é cada vez mais recorrente a discussão sobre a natureza e os limites de aplicação das normas de *jus cogens* em casos que envolvem direitos humanos⁶. Ademais, é crescente o número de casos em que se discute os requisitos de incidência da Responsabilidade Internacional do Estado, mais especificamente seu critério de gravidade, nas violações de normas de *jus cogens*. Isto tem ocorrido em razão do conceito de normas cogentes estar caminhando progressivamente, em direção aos direitos e garantias individuais.

⁶ Ver **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. 24 de novembro de 2010. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 15 nov. 2019. E **Case Moghaddas v. Turkey**. Islamic Republic of Iran and Turkey. 15 February 2011. Application nº 46134/08. Council of Europe: European Court of Human Rights. Disponível em: <<https://www.refworld.org/cases,ECHR,4d5a969fd.html>> Acesso: 15 Nov. 2019.

2. *JUS COGENS*

A Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (CDI), durante a sexagésima sexta sessão (2014), decidiu colocar o tema “*Jus Cogens*” no seu programa de trabalho de longo prazo. A discussão do tema foi levantada devido à existência de um número significativo de Estados que constataram que, embora houvesse uma aceitação geral do conceito de *jus cogens*, “seu escopo e conteúdo permaneciam obscuros”⁷.

Desse modo, na sexagésima nona sessão (2016), a CDI apresentou o 1º Relatório sobre *Jus Cogens* feito por Dire Tladi, Relator Especial, com o propósito de identificar a conceituação e a natureza do instituto. Este relatório será tomado como base para a discussão deste capítulo devido a sua importante contribuição para pacificar o estudo no campo do direito internacional⁸.

2.1 Evolução do conceito de *jus cogens*

Segundo o Relatório da CDI, a noção original de regras de direito não derogáveis reside no direito romano clássico, a partir do termo “*jure cogente*” (*jus cogens*). O termo pode ser encontrado em um papiniano do Digesto de Justiniano que estipula o seguinte trecho: “*Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur*”⁹ (International Law Commission, 2016, p. 9 apud Justinian’s Digest, 533, D. 39.25 Pr 1.29). Além disso o digesto possui alguns fragmentos que estabeleciam que “*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*”¹⁰. (International Law Commission, 2016, p. 9 apud Justinian’s Digest, 533, D. II 14.38). Nesse caso, “*jus publicum*” eram regras em que não era permitido haver nenhuma derrogação, nem mesmo por acordo¹¹.

Influenciado por esta ideia inicial, o Codéx de Justiniano determinava que acordos contrários aos bons costumes não tinham força de lei: “*Pacta, quae contra leges*

⁷ International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 5.

⁸ Ibidem, p. 3.

⁹ “Parece ser doado aquilo que é concedido sem que direito algum o obrigue” (tradução nossa). International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 9. apud **Justinian’s Digest**, D. 39.25 Pr 1.29 (533).

¹⁰ “O direito público não pode ser mudado por acordos entre particulares” (tradução nossa). International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 9. apud **Justinian’s Digest**, D. II 14.38 (533).

¹¹ International Law Commission, Op. cit., p. 9.

constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est”¹². (International Law Commission, 2016, p. 9 apud Iustiniani Codex, 533, Libri Secundus, 2.3.6). Essa percepção desempenhou um papel fundamental no surgimento do *jus cogens*.

Um relatório de 1965, feito por autores como Eric Suy, assevera que o termo *jus cogens* somente poderia ser encontrado a partir do século XIX, porém a noção da existência de uma lei superior que não permite derrogação está presente em toda teoria e filosofia do direito¹³. Com base neste relatório o primeiro uso da expressão é dado a um movimento alemão do século XIX, dedicado ao estudo do Digesto de Justiniano, os Pandetistas¹⁴.

Em contraposição, o Relatório da CDI afirma que, bem antes do século XIX, escritores como Hugo Grotius, Emer de Vattel e Christian Wolff já apresentavam a percepção de que algumas regras do direito internacional se aplicam independentemente da vontade dos Estados¹⁵.

Esses intelectuais eram adeptos ao pensamento da existência de um direito natural, advindo da filosofia grega, que pressupunha a existência de um “corpo de leis” que era “fundamental e imutável e muitas vezes não escrito”¹⁶ (International Law Commission, 2016, p. 10 apud LLOYD, 1985, p. 106). Algumas passagens do livro de Grotius, “De Jure Belli Ac Pacis”, afirma-se que “a lei da natureza é tão inalterável que o próprio Deus não pode mudá-la”¹⁷. Ele também considerava a lei como “justa” e “universal”. Portanto, para os pensadores desta corrente, os tratados e o direito consuetudinário devem se espelhar na lei natural.

Com a expansão da adesão de pensadores aos conceitos de soberania e vontade do Estado, o direito natural, gradualmente, perdeu espaço como a teoria dominante no direito internacional. Hannikainen apontou que, mesmo com a ascensão do positivismo, alguns escritores no séc. XIX ainda eram influenciados pela teoria ao considerar que “havia

¹² “Acordos contrários às leis ou constituições, ou contrários à boa moral não têm força” (tradução nossa). International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 9. apud **Domini Nostri Sacratissimi Principis Iustiniani Codex**, Libri Secundus, 2.3.6.

¹³ International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 10.

¹⁴ Ibidem, p. 10

¹⁵ Ibid., p. 10.

¹⁶ International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 10. apud LLOYD, Dennis. **Introduction to Jurisprudence**. Londres: Sweet and Maxwell, 1985. p. 106.

¹⁷ International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 10. apud GROTIUS, Hugo. **The Rights of War and Peace in Three Books**. Paris: The Lawbook Exchange, 1652. Book 1, Chapter I, Session XVII.

regras de direito internacional que protegiam os interesses da comunidade internacional dos quais não era possível negociar”¹⁸. (International Law Commission, 2016, p.11, apud HANNIKAINEN, 1988, p. 45).

Alexidze também acrescenta que até os positivistas não-radicais não consentiram com a plena liberdade da vontade dos Estados ao fazer um tratado e anexar caráter imperativo a princípios básicos universalmente reconhecidos pelos Estados civilizados do direito internacional¹⁹.

No final do século XIX, Georg Jellinek escreveu que um tratado pode ser inválido se suas obrigações são impossíveis de realizar, e que a impossibilidade consiste em “impossibilidade física e moral”²⁰. Consequentemente, tratados imorais, como os tratados que permitem a escravidão, seriam inválidos pelo direito internacional.

Com o término da Primeira Guerra Mundial, foram firmados diversos tratados como o Pacto da Liga das Nações²¹, o qual difundiu a noção de regras não derogáveis, porém ainda não se pode entendê-las como *jus cogens*. Destaca-se o artigo 11 do Pacto ao declarar que “guerra ou ameaça de guerra [...] é uma questão de interesse comum para toda a Liga”. Também, o artigo 20 estabelecia que o Pacto revogava todas as obrigações incompatíveis com seus termos e que os membros “não entrariam em nenhum compromisso inconsistente” com os termos do Pacto. Deve-se enfatizar que, como se tratam de regras do tratado, sua aplicação se restringe às partes envolvidas, porém é uma ilustração importante da evolução na prática estatal da não-derrogabilidade, baseada nos valores centrais da comunidade internacional²².

No período entre guerras, Verdross, influenciado pelo direito natural, escreveu que “[n]enhuma ordem jurídica pode ... admitir tratados entre sujeitos jurídicos, que obviamente estão em contradição com a ética de uma certa comunidade”²³ (International Law Commission, 2016, p. 14, apud VERDROSS, 1937, p. 31).

¹⁸ International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 11. apud HANNIKAINEN, Lauri. **Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law**. Helsinque: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988. p. 45.

¹⁹ International Law Commission. Op. cit., p. 11.

²⁰ Ibidem, p. 12.

²¹ **The Covenant of the League of Nations**, Paris, 29 April 1919, UN. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp> Acesso: 01 jun. 2019.

²² International Law Commission. Op. cit., p. 13.

²³ International Law Commission, **First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). p. 14. apud VERDROSS, Alfred. **Forbidden Treaties in International Law. The American Journal of International Law**, 1937. p. 31.

O mundo, ao experimentar os horrores da Segunda Guerra Mundial e a crueldade nazista, instigou os juristas a enfrentar essas atrocidades através de estudos sobre o conceito *de jus cogens*.

Nesse momento, a jurisprudência das cortes internacionais começou a discutir o instituto. A Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso de Oscar Chinn, fez referência ao *jus cogens* ao declarar um tratado inválido por ser incompatível com outra regra de direito internacional da Lei Geral de Berlim. O juiz Schücking teria afirmado que a criação do *jus cogens* seria possível no momento em que os Estados aceitassem determinadas regras de direito e se comprometessem a não alterá-las, qualquer ato contrário seria automaticamente nulo. Desse modo, introduz-se a ideia de não-derrogabilidade²⁴.

Somente após a Segunda Guerra Mundial, deu-se um avanço mais significativo em relação ao *jus cogens* com a adoção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969²⁵, (promulgada através do Decreto nº 7030/2009). Antes da aprovação da Convenção pela Comissão de Direito Internacional da ONU, foram realizados debates entre os Estados, e escritos alguns relatórios pela CDI.

Entre esses relatórios, o Primeiro Relatório do Sir. Hersch Lauterpacht²⁶ (quarto relatório sobre Direito dos Tratados) apresenta a ideia de invalidade de um tratado por incoerência com o direito internacional: “*A treaty, or any of its provisions, is void if its performance involves an act which is illegal under international law and if it is declared so to be by the International Court of Justice*”²⁷.

Sir. Lauterpacht justifica a assertiva, ao afirmar que a essência da ilegalidade de tais tratados está na violação de regras que adquiriram aparência de uma norma geralmente aceita e, assim, dos costumes do direito internacional. Ressalta-se que o teste da ilegalidade não está na incoerência com o direito internacional consuetudinário por si só, mas sim na inconsistência com princípios amplamente aceitos do direito internacional e até da política pública internacional²⁸.

²⁴ International Law Commission. Op. cit., p. 14.

²⁵ **Vienna Convention on the Law of Treaties 1969**, Vienna, 23 May 1969, United Nations Treaty Series. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf>. Acesso: 02 jun. 2019.

²⁶ UN (1953), **Yearbook of the International Law Commission 1953**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York. p. 93.

²⁷ “Um tratado, ou qualquer das suas disposições, é nulo se o seu desempenho envolver um ato ilegal na esfera do direito internacional e se for declarado como tanto pela Corte Internacional de Justiça” (tradução nossa). UN (1953), **Yearbook of the International Law Commission 1953**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York p. 93.

²⁸ International Law Commission. Op. cit., p. 16.

Em seguida, Sir. Gerald Fitzmaurice em seu Terceiro Relatório²⁹ (oitavo relatório sobre o Direito dos Tratados) menciona pela primeira vez o termo “*jus cogens*”, ao propor que “*it is essential to the validity of a treaty that it should be in conformity with or not contravene, or that its execution should not involve an infraction of those principles and rules of international law which are in the nature of jus cogens*”³⁰.

Sir. Fitzmaurice, ao explicar a proposição acima, faz distinção entre regras obrigatórias (*jus cogens*) e regras que podem ser modificadas através de acordo (*jus dispositivum*). Em regra geral, os Estados podem acordar a alteração de regras normalmente aplicáveis em suas relações entre si, mas, quanto às regras de direito internacional que possuem caráter hierarquicamente superior e não podem ser declinadas, é que surge a problemática da invalidade de um tratado³¹.

Por fim, o Sir. Humphrey Waldock³², o último relator especial para o trabalho da Comissão sobre o Direito dos Tratados, propôs texto semelhante sobre a ilegalidade de um tratado por causa da inconsistência com as normas de *jus cogens*. Ele sustenta que “*a treaty is contrary to international law and void if its object or its execution involves the infringement of a general rule or principle of international law having the character of jus cogens*”³³. Ele esclarece que, o conceito de *jus cogens* é controverso, por não existir, em última análise, uma ordem pública internacional, noutras palavras é difícil sustentar que há regras das quais os Estados não podem, por vontade própria, acordar. Por isso, regras com o caráter de *jus cogens*, só podem ser a exceção.

Além disso, deve-se destacar que seu relatório também sugeriu um conceito de *jus cogens* como

(...) a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted except upon a ground specifically sanctioned by general international law, and which may be modified or annulled only by a subsequent norm of general international law³⁴.

²⁹ UN (1958), **Yearbook of the International Law Commission 1958**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York. p. 26.

³⁰ “É essencial para a validade de um tratado que ele esteja em conformidade ou não em discordância, ou que sua execução não deva envolver uma infração daqueles princípios e regras de direito internacional que são da natureza do *jus cogens*” (tradução nossa). UN (1958), **Yearbook of the International Law Commission 1958**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York p. 26.

³¹ International Law Commission. Op. cit., p. 16.

³² UN (1963), **Yearbook of the International Law Commission 1963**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York. p. 52.

³³ “Um tratado é contrário ao direito internacional e nulo se o seu objeto ou a sua execução implicar a violação de uma regra geral ou princípio de direito internacional que tenha caráter de *jus cogens*” (tradução nossa). UN (1963), **Yearbook of the International Law Commission 1963**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York. p. 52.

³⁴ “uma norma imperativa do direito internacional geral a partir da qual não é permitida qualquer derrogação, exceto com base em fundamento especificamente sancionado pelo direito internacional geral,

A visão da Comissão de que existem regras gerais de direito internacional das quais não se permitia qualquer derrogação foi, amplamente, aceita pelos Estados. Porém, alguns Estados expressaram reservas, como o Reino Unido e o Iraque que afirmaram que sua aplicação deve ser cautelosa e limitada³⁵. O único Estado que declarou sua desaprovação foi Luxemburgo, por acreditar que a disposição era suscetível de criar confusão³⁶.

Com o apoio da maioria dos Estados, a Comissão aprovou o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados³⁷:

É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.

Os Estados Unidos³⁸ e a França³⁹ expressaram preocupação com os critérios de identificação dessas regras para evitar o abuso de *jus cogens* por meio de invocação unilateral. Portanto, a Conferência de Viena adotou o artigo 66, subparágrafo (a), que permite a apreciação de uma controvérsia envolvendo a interpretação ou aplicação de uma provisão relacionada a *jus cogens* pela Corte Internacional de Justiça.

Verdross afirma que, no projeto da Convenção, a Comissão de Direito Internacional decidiu não incluir exemplos de *jus cogens*, pois poderia provocar equívocos quanto à posição com outros possíveis casos, assim como, elaborar uma lista completa de hipóteses seria algo impossível⁴⁰.

e que só pode ser modificada ou anulada por uma norma subsequente de direito internacional geral”. UN (1963), **Yearbook of the International Law Commission 1963**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York. p. 39.

³⁵ UN (1966), **Yearbook of the International Law Commission 1966**, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York. p. 22.

³⁶ Ibid., p. 22.

³⁷ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. DF, Brasília, 14 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso: 10 set. 2019.

³⁸ U.N. GAOR., 69th sess. 20th Mtg, UN Doc A/C.6/69/SR.20 (28 October 2014). Disponível em: <<https://undocs.org/A/C.6/69/SR.20>>. Acesso: 05 Jun. 2019.

³⁹ U.N. GAOR., 69th sess. 22th Mtg, UN Doc A/C.6/69/SR.22 (29 October 2014). Disponível em: <<https://undocs.org/A/C.6/69/SR.22>>. Acesso: 05 Jun. 2019.

⁴⁰ VERDROSS, Alfred. Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law. **The American Journal of International Law**. 1966. p. 56.

Ademais, antes da adoção da Convenção de Viena, alguns estados invocaram a noção de normas imperativas para contestar tratados. Foi o caso, por exemplo, do Chipre que, em 1964, contestou a validade do Tratado de Garantia de 1960 entre Chipre, Reino Unido, Grécia e Turquia⁴¹. O conceito de *jus cogens* também foi invocado em decisões dos magistrados da Corte Internacional de Justiça. O Juiz Fernandez sustentou que várias normas cogentes podem prevalecer sobre regras especiais (*lex specialis*)⁴². O Juiz Tanaka também afirmou que a regra protetiva dos direitos humanos pertence ao *jus cogens*⁴³.

2.2 Principais casos sobre as normas de *jus cogens*

Após a adoção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, o número de decisões das cortes internacionais, aplicando o conceito de *jus cogens*, aumentou exponencialmente. Na Corte Internacional de Justiça, houve 11 referências explícitas ao instituto nas decisões, como, por exemplo, no caso das Atividades Militares e Paramilitares da Nicarágua⁴⁴ ao declarar que os Estados e a Comissão consideravam possuir o caráter de *jus cogens* à proibição do uso da força⁴⁵. Da mesma forma, a Corte no caso das Atividades Armadas no Território do Congo⁴⁶, identifica a proibição do genocídio como *jus cogens*⁴⁷.

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda afirmou que a proibição do crime de genocídio, além de ser considerada parte do direito consuetudinário internacional, é uma norma de *jus cogens*⁴⁸. Do mesmo modo, a Câmara de Apelações do Tribunal ao julgar o caso de Pauline Nyiramasuhuko⁴⁹ observou que a descrição do Conselho de Segurança,

⁴¹ International Law Commission. Op. cit., 22.

⁴² **Case Concerning Right of Passage over Indian Territories** (Portugal v. India) Merits, Judgment of 12 April 1960, ICJ Reports 1960, p. 6, Dissenting opinion of Judge ad hoc Fernandez, at para. 29. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso: 14 nov. 2019.

⁴³ **South West Africa Cases** (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa), Second Phase, Judgment of 18 July 1966, ICJ Reports 1966, p. 6, Dissenting opinion of Judge Tanaka, at p. 298. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19660718-JUD-01-06-EN.pdf>>. Acesso: 14 nov. 2019.

⁴⁴ **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua** (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso: 14 nov. 2019.

⁴⁵ International Law Commission. Op. cit., p. 26.

⁴⁶ **Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo** (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v Rwanda), Judgment of 3 February 2006, ICJ Reports 2006, p. 6, para. 64. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso: 14 nov. 2019.

⁴⁷ International Law Commission. Op. cit., p. 22.

⁴⁸ Ibid., p. 27.

⁴⁹ **Prosecutor v Nyiramasuhuko** (ICTR-98-42), Appeals Judgement, 14 December 2015, p. 739. Disponível em: <<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-98-42/appeals-chamber-judgements/en/151214-judgement.pdf>>. Acesso em 07 jun. 2019.

na definição de crimes contra a humanidade, deveria respeitar as normas imperativas do direito internacional (*jus cogens*)⁵⁰.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso dos dominicanos e haitianos expulsos⁵¹, declarou que era *jus cogens* o princípio de proteção igual e efetiva da lei e da não discriminação⁵².

Os Estados também, ao se verem confrontados por *jus cogens* ou normas imperativas, em casos das cortes internacionais, não a contestam⁵³. Assim, pode-se perceber que o Direito internacional atesta a existência de determinadas normas não são possíveis de derrogar, com exceção de outras com mesmo caráter⁵⁴.

2.3 Bases teóricas do caráter imperativo das normas de *jus cogens*

Como se percebe, durante a evolução do conceito de *jus cogens*, foram utilizadas diferentes abordagens para explicar sua natureza imperativa no campo do direito internacional. As teorias que dominaram o debate, na prática e na doutrina, foram as escolas de pensamento do direito natural e do positivismo⁵⁵.

Como primeira base teórica, surge a abordagem do direito natural. Para essa escola de pensamento, a noção de *jus cogens* parte da premissa de normas mais elevadas, que derivam da divindade, da razão ou de alguma outra fonte de moralidade e estão além do consentimento do Estado⁵⁶.

Ao escrever sobre o assunto, Verdross afirmou que essa corrente acreditava na existência de uma lei necessária na qual todos os Estados tinham a obrigação de observar, como também os países não poderiam alterar esta lei por acordo, visto que “a lei não

⁵⁰ International Law Commission. Op. cit., p. 27.

⁵¹ **Case of Expelled Dominicans and Haitians v Dominican Republic** (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Judgement of 28 August 2014 of the Inter-American Court of Human Rights, para. 264. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_ing.pdf>. Acesso: 14 nov. 2019.

⁵² International Law Commission. Op. cit., p. 28.

⁵³ **Questions relating to the obligations to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)**, Counsel to Belgium, Oral Proceedings, 13 March 2012 (CR 2012/3). Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120313-ORA-01-00-BI.pdf>>. Acesso: 14 nov. 2019.

⁵⁴ International Law Commission. Op. cit., p. 30.

⁵⁵ Ressalto a existência de outras teorias como a Teoria do Voluntarismo e a Teoria do Objetivismo, porém foram as teorias do direito natural e do positivismo que se sobressaíram. Aponto ainda que não é o objetivo deste trabalho realizar um estudo exaustivo das bases teóricas do *jus cogens*.

⁵⁶ Ibid., p. 30.

decorre da vontade presumida, expressa ou tácita dos Estados”.⁵⁷ Também o escritor A.W. Heffter sustentava que, para essa teoria, qualquer tratado seria considerado nulo, caso seu objeto fosse física ou moralmente impossível, assim como o objeto de um tratado que fosse contrário à ética mundial. Seria o caso, por exemplo, de um tratado que defendesse a escravidão.⁵⁸

Para Robert Kolb, o conceito de *jus cogens*, proveniente do direito natural limita a liberdade dos Estados soberanos de escolher o conteúdo de seus acordos e sua liberdade geral de atuação, isto é, restringe o alcance de consentimento e vontade no direito internacional. Essas normas vinculam todos os Estados (ou mesmo todos os sujeitos da lei) em virtude de seu valor moral intrínseco, o que as torna uma lei legalmente necessária.⁵⁹

Ele explica que elas não dependem da vontade dos Estados porque estes, ao aprovarem uma norma, fazem-na por meio do processo legislativo ordinário. O que não ocorre neste caso⁶⁰.

Porém esta teoria apresenta algumas fragilidades, a exemplo da questão de quem determina o conteúdo da lei natural. Mary-Ellen O’Connell destaca que a teoria depende muito da confiança subjetiva nas opiniões de acadêmicos e juízes⁶¹.

Também, Robert Kolb apresenta algumas críticas sobre a teoria⁶². A primeira delas tem relação com a maneira que tais normas se tornam parte da ordem legal internacional. Ele afirma que, como essas normas não são criadas através de um processo legislativo, seu conteúdo possui um critério fraco, pois as opiniões tendem a divergir. Ademais, os valores ocidentais não são absolutos, existem diferentes concepções ideológicas, no mundo, que também são relevantes. Bem como cada um de nós pode postular normas de justiça, sendo assim isso não significa que se tornarão parte do direito positivo⁶³.

Segundo Kolb, a teoria do direito natural também sofre de uma insuficiência técnica. Em seu livro, ele assegura que a lei natural se dirige ao legislador, com a finalidade de impor limites à criação e modificação da lei. Assim, sua base é o plano da

⁵⁷ VERDROSS, Alfred. Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law. **The American Journal of International Law**. 1966. p. 56.

⁵⁸ Ibid., p. 56.

⁵⁹ KOLB, Robert. **Peremptory International Law - Jus Cogens**. Bloomsbury Publishing. 2015. p. 30.

⁶⁰ Ibid., p. 30.

⁶¹ International Law Commission. Op. cit., p. 31.

⁶² KOLB, Op. cit. 31.

⁶³ Ibid., p. 31.

criação e revogação das normas. Diversamente, o *jus cogens* se volta para questões de derrogação, a fim de manter um regime jurídico único para todos os sujeitos⁶⁴.

Além disso, ele sustenta que a teoria da lei natural leva a um equívoco quanto à substância do mecanismo do *jus cogens*⁶⁵. Isso porque, seu campo de atuação, seria muito restrito para ter valor prático, ou também inflado demais, ideologicamente, para ter ampla aceitação prática no campo internacional dos Estados. Por fim, o escritor afirma que a teoria da lei natural pode entrar em conflito com o artigo 53 da Convenção de Viena, em relação à questão de modificação⁶⁶. O artigo dispõe sobre a possibilidade de alteração das normas de *jus cogens*, característica esta que as aproxima, substancialmente, do direito positivo e as afasta do direito natural.

Já a Teoria do Direito Positivo se baseia na ideia do livre-arbítrio dos Estados e é apenas através do consentimento que o direito internacional é feito⁶⁷. Portanto os Estados não podem ser limitados por regras às quais não consentiram. Sob uma abordagem positivista do *jus cogens*, as normas só podem alcançar o status de *jus cogens* uma vez consentido, de alguma forma, pelos Estados⁶⁸.

No entanto, isso parece incompatível com a ideia de normas das quais a vontade dos Estados não pode derogar⁶⁹. Assim, é difícil entender se os Estados têm, ou não, o livre arbítrio para fazer qualquer regra, porque algumas regras não podem ser derogadas pelo consentimento.

2.4 Principais elementos das normas de *jus cogens*

O artigo 53 da Convenção de Viena, sobre Direito dos Tratados⁷⁰, estabelece as características principais das normas imperativas do direito internacional geral. Assim, de acordo com o artigo, primeiramente, uma norma de *jus cogens* é aquela em que não se permite qualquer derrogação. Em segundo lugar, é uma norma do direito internacional geral. Em terceiro e último lugar, uma norma de *jus cogens* é aquela que é “aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um todo, da qual nenhuma

⁶⁴ Ibid., p. 31.

⁶⁵ Ibid., p. 32.

⁶⁶ Ibid., p. 32.

⁶⁷ International Law Commission. Op. cit., p. 32.

⁶⁸ Ibid., p. 32.

⁶⁹ UN (1966), Yearbook of the International Law Commission 1966, vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York. p. 187.

⁷⁰ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. DF, Brasília, 14 dez. 2009.

derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.⁷¹.

Além dos elementos descritos, existem outros que a doutrina e a prática internacional consideram como características das normas de *jus cogens*. Preliminarmente, as normas de *jus cogens* são aplicáveis universalmente⁷². Estas normas também são superiores a outras normas do direito internacional⁷³. Além disso, as normas de *jus cogens* servem para proteger os valores fundamentais da comunidade internacional, o que tem sido frequentemente descrito como ordem internacional pública⁷⁴.

Como visto anteriormente, as normas de *jus cogens* são normas excepcionais que limitam a liberdade dos Estados de firmar acordos. A razão para não se permitir a derrogação decorre de sua imperatividade. Assim, é pressuposto do instituto a existência de regras que são obrigatórias para todos da comunidade internacional⁷⁵.

Sua aplicação universal possui algumas implicações. Primeiro, não cabe falar da teoria do objetor persistente (“*persistent objector*”) no campo de estudos do *jus cogens*⁷⁶, visto que sua aplicação ocorre no direito consuetudinário. Destaca-se que se considera objetor persistente aquele Estado que diversas vezes fez oposição a uma norma de direito internacional consuetudinário desde seu surgimento e se considera não obrigado a observá-la⁷⁷. Em segundo lugar, não é possível a existência de *jus cogens* regional⁷⁸, pois seria uma exceção ao princípio geral de aplicação universal das normas *jus cogens*⁷⁹.

Desse modo, a CDI conclui a partir da elaboração de duas *Draft Conclusions* (esboço de conclusões) sobre *jus cogens*. A primeira delas trata sobre a modificação, derrogação e revogação de regras do direito internacional:

1. *Rules of international law may be modified, derogated from or abrogated by agreement of States to which the rule is applicable unless such modification, derogation or abrogation is prohibited by the rule in question (jus dispositivum). The modification, derogation and abrogation can take place through treaty, customary international law or other agreement.*

⁷¹ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. DF, Brasília, 14 dez. 2009.

⁷² Ibid., p. 38.

⁷³ Ibid., p. 38.

⁷⁴ Ibid., p. 38.

⁷⁵ Ibid., p. 39.

⁷⁶ Ibid., p. 42.

⁷⁷ GREEN, James A. **The Persistent Objector Rule in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

⁷⁸ O *jus cogens* regional foi analisado pela CDI no Quarto Relatório sobre *Jus Cogens*.

⁷⁹ International Law Commission. Op. cit., p. 43.

2. *An exception to the rule set forth in paragraph 1 is peremptory norms of general international law, which may only be modified, derogated from or abrogated by rules having the same character*⁸⁰.

Essa *Draft Conclusion* estipula que as normas de direito internacional podem ser modificadas, derogadas e revogadas mediante acordo dos Estados, porém não são passíveis de modificação, derrogação e revogação caso sejam proibidas pela regra em questão. As normas de *jus cogens* são uma exceção, pois somente podem ser modificadas, derogadas e revogadas por regras de mesmo caráter⁸¹.

A última *Draft Conclusion* trata sobre a natureza geral das normas de *jus cogens*:

1. *Peremptory norms of international law (jus cogens) are those norms of general international law accepted and recognized by the international community of States as a whole as those from which no modification, derogation or abrogation is permitted.*

2. *Norms of jus cogens protect the fundamental values of the international community, are hierarchically superior to other norms of international law and are universally applicable*⁸².

Os parágrafos estabelecem que normas cogentes são normas de direito internacional geral aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados como um todo como aquelas das quais nenhuma modificação, derrogação ou revogação é permitida. Além disso, foram indicadas como características de tais normas a proteção dos valores fundamentais da comunidade internacional, serem hierarquicamente superiores a outras normas do direito internacional e, também, são universalmente aplicáveis⁸³.

3. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

A Comissão de Direito Internacional da ONU, na quinquagésima terceira sessão (2001), aprovou a adoção do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos⁸⁴. O projeto realizou a codificação de 59 artigos, os

⁸⁰ Ibid., p. 45.

⁸¹ Ibid., p. 45.

⁸² Ibid., p. 45.

⁸³ Ibid., p. 45.

⁸⁴ UN (2008), “Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts”, in **Yearbook of the International Law Commission 2001**, Vol. II, Part 2, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York.

quais estabelecem regras básicas e condições gerais do direito internacional para a Estado ser considerado responsável por atos ou omissões ilícitas, além de suas consequências jurídicas.

Com a finalidade de realizar um estudo mais específico sobre o instituto, este capítulo terá por base o Relatório com comentários do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos do ano de 2001.

3.1 Conceituação do instituto da Responsabilidade Internacional dos Estados

Inicialmente a CDI, para racionalizar o estudo, em seu artigo 1º, estipula que “todo ato internacionalmente ilícito de um Estado implica a responsabilidade internacional desse Estado”⁸⁵. Essa violação poderia consistir em um ou mais atos ou omissões praticados pelo Estado.

Com base nessa premissa, a Corte Permanente de Justiça Internacional, ao julgar o caso “Fosfato de Marrocos” afirmou que a responsabilidade é estabelecida de forma imediata, entre os Estados envolvidos, quando um comete um ato, internacionalmente, ilícito contra outro⁸⁶.

O ato internacionalmente ilícito, ao gerar a responsabilidade internacional, dá origem a uma série de novas relações jurídicas que variam de acordo com as circunstâncias do caso, no entanto, não estão limitadas à reparação ou “sanção”⁸⁷.

As relações jurídicas formadas irão envolver o Estado infrator e o Estado lesado, mas também há possibilidade de se estender a outros Estados ou sujeitos do direito internacional e até a comunidade internacional em casos de obrigações *erga omnes*.

Os requisitos necessários, para estabelecer a existência de um ato internacionalmente ilegal do Estado, estão definidos no artigo 2º. Para que a responsabilidade se vincule ao ato do Estado, a conduta, em questão, deve ser: imputável ao Estado de acordo com o direito internacional e deve “constituir uma violação de uma obrigação legal internacional em vigor, para esse Estado naquele momento”⁸⁸.

“Para que uma conduta seja caracterizada como um ato ilícito, deve primeiro ser imputável ao Estado”⁸⁹. Assim, deve-se ressaltar que o Estado é um ente fictício e não

⁸⁵ Ibid., p. 32.

⁸⁶ **Case Phosphates in Morocco**, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 10, at p. 28.

⁸⁷ UN (2008), Op. cit., p. 32.

⁸⁸ Ibidem, p. 34.

⁸⁹ Ibid., p. 35.

pode agir por si mesmo, portanto, um “ato de Estado” deve envolver alguma ação ou omissão de seus agentes e representantes⁹⁰.

No direito internacional, a ideia de violação de uma obrigação se relaciona com a noção de uma conduta contrária aos direitos de terceiros e até de outros sujeitos do direito internacional, já que as obrigações podem ser multilaterais⁹¹.

Ademais, a caracterização de um ato, como internacionalmente ilícito, independe de ser encarado como legal pela lei interna do Estado em questão, conforme estipulado pelo artigo 3º. Um ato somente será internacionalmente ilícito caso constitua uma violação de uma obrigação internacional, mesmo que não viole uma provisão da lei do próprio Estado⁹².

Um Estado não pode, então, alegando que sua conduta está em conformidade com as disposições de seu direito interno, escapar à caracterização dessa conduta como ilícita pelo direito internacional⁹³. É o direito internacional que determina o escopo e os limites de qualquer referência ao direito interno.

Avançando a análise para o Capítulo II do Projeto de Artigos, a CDI determinou as circunstâncias em que o ato ou omissão deve ser imputável ao Estado pelo Direito Internacional. Em regra geral, a única conduta atribuída ao Estado em âmbito internacional é a de seus órgãos de governo ou de outros que agiram sob a direção, instigação ou controle desses órgãos, ou seja, agentes do Estado⁹⁴.

A imputabilidade do ato ilícito para fins de responsabilidade internacional do Estado é tratada no artigo 4º. Dispõe-se que “a conduta de um órgão do Estado deve ser atribuível a este Estado”⁹⁵. Assim, de acordo com o princípio da unidade do Estado, estão compreendidas “todas as entidades individuais ou coletivas que compõem a organização do Estado e agem em seu nome”⁹⁶. Nesse momento, não importa a posição do órgão na organização do Estado ou se está inserido na estrutura do governo central ou de uma unidade territorial deste Estado⁹⁷.

O artigo também ressalta a relevância do direito interno na determinação do status de um órgão do Estado. A lei de um Estado pode caracterizar uma entidade como um

⁹⁰ Ibid., p. 35.

⁹¹ Ibid., p. 35.

⁹² Ibid., p. 36.

⁹³ Ibid., p. 36.

⁹⁴ Ibid., p. 38.

⁹⁵ Ibid., p. 40.

⁹⁶ Ibid., p. 40.

⁹⁷ Ibid., p. 40.

órgão, porém não poderá evitar sua responsabilidade na hipótese em que o Estado nega o status de órgão do ente, mas, na realidade, este age como se aquele fosse⁹⁸.

O artigo 5º trata de outros órgãos que estão autorizados a exercer autoridade governamental. É o caso das entidades paraestatais, que exercem elementos de autoridade governamental no lugar de órgãos do Estado, e das ex-empresas estatais que foram privatizadas, mas preservam algumas funções públicas ou regulatórias⁹⁹.

Este artigo também abrange empresas públicas, entidades semipúblicas, diversos tipos de órgãos públicos e, em alguns casos, empresas privadas, desde que, a entidade seja habilitada pela lei interna a exercer funções de caráter público exercidas comumente pelo Estado¹⁰⁰.

O direito internacional justifica a atribuição da conduta de entidades paraestatais ao Estado ao afirmar que foi o próprio direito interno que concedeu à entidade o exercício de elementos da autoridade governamental. Então caso seja um ato do Estado, para fins de responsabilidade internacional, a conduta da entidade deve se distinguir das outras atividades privadas ou comerciais que a entidade realiza¹⁰¹.

O artigo 6º aborda uma situação específica em que um órgão de um Estado é posto à disposição de outro Estado, com a finalidade do órgão atuar temporariamente em seu benefício e sob sua autoridade. Portanto o órgão ao atuar transitoriamente para os fins de e em nome de outro Estado, a sua conduta é atribuída apenas a este último Estado. Deve existir um vínculo funcional entre o órgão em questão e a estrutura ou autoridade do Estado receptor¹⁰².

Para o artigo ser aplicado, deve-se atender dois critérios: o órgão em questão deve ter status de órgão do Estado remetente; e sua atuação deve envolver o exercício de elementos da autoridade governamental do Estado receptor¹⁰³.

O artigo 7º retrata a questão de atos não autorizados ou *ultra vires* de órgãos ou entidades do Estado. Estabeleceu-se que o Estado responde pelo ato de um órgão estatal ou de entidade autorizada a desempenhar funções relacionadas à autoridade governamental que atue oficialmente em seu nome, ainda que o ente tenha praticado ato contrário ou que exceda aos limites que lhe foram impostos¹⁰⁴.

⁹⁸ Ibid., p. 42.

⁹⁹ Ibid., p. 42.

¹⁰⁰ Ibid., p. 43.

¹⁰¹ Ibid., p. 43.

¹⁰² Ibid., p. 43.

¹⁰³ Ibid., p. 43.

¹⁰⁴ Ibid., p. 45.

Como regra geral, a conduta de pessoas ou entidades privadas não é imputável ao Estado nos termos do direito internacional. Mas podem surgir situações em que tal conduta seja atribuível ao Estado, visto que existe uma relação específica entre a pessoa ou entidade envolvida na conduta e o Estado¹⁰⁵.

O artigo 8º exemplifica uma destas circunstâncias. A jurisprudência internacional é amplamente favorável à atribuição ao Estado de conduta de fato autorizado por ele¹⁰⁶. Assim, é irrelevante, nesse caso, tratar de modo diferente a atuação de indivíduos particulares se esta conduta envolver uma “atividade governamental”. Desse modo, na hipótese de uma pessoa ou grupo de pessoas estiver agindo, sob as instruções ou sob a direção ou controle de um Estado, sua conduta será considerada um ato de Estado¹⁰⁷.

O artigo 9º trata do caso excepcional de conduta no exercício de elementos da autoridade governamental por um indivíduo ou um grupo agindo sem a presença de autoridades oficiais e sem nenhuma condição autoritária para fazê-lo. Em razão de sua excepcionalidade, essa hipótese somente ocorre durante revoluções, conflitos armados ou ocupação estrangeira, onde as autoridades regulares se dissolvem, estão se desintegrando, foram suprimidas ou, não estão atuando. Também é possível aplicar este artigo em casos na qual a autoridade está sendo progressivamente restaurada, como por exemplo no período posterior a uma ocupação estrangeira¹⁰⁸.

Assim sendo, existem três condições para que a conduta seja imputável ao Estado com base neste artigo: primeiro, a conduta deve estar ligada à prática de elementos de autoridade governamental; em segundo lugar, a conduta deve ser realizada na “ausência ou na inadimplência” das autoridades e, por último, a situação deve exigir o exercício dos elementos de autoridade¹⁰⁹.

No tocante à primeira condição, o indivíduo ou o grupo atuante deve, por iniciativa própria, desempenhar as funções governamentais. Nesse momento, pressupõe-se a vigência de um governo e de máquinas estatais, tomadas por irregularidades ou cuja

¹⁰⁵ Ibid., p. 45.

¹⁰⁶ Ver **Case Zafiro 1925**: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/160-165_Earnshaw.pdf>. **Case Stephens 1927**: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/265-268.pdf>. **Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and Various Underwriters (United States) v. Germany (Sabotage Cases)**: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VIII/84-101.pdf>.

¹⁰⁷ UN (2008), Op. cit., p. 47.

¹⁰⁸ Ibid., p. 49.

¹⁰⁹ Ibid., p. 49.

atuação é auxiliada em alguns casos. É possível a sua ocorrência, por exemplo, em certa parte do Estado que está fora de controle¹¹⁰.

Em relação à segunda condição, a frase “na ausência ou inadimplência de” abarca as situações de colapso das funções estatais e os casos em que as autoridades oficiais não estão desempenhando suas funções devidamente. Pode-se citar o caso em que o Estado para, parcialmente, de funcionar ou perde o controle sobre uma localidade¹¹¹.

A terceira e última condição pressupõe que as circunstâncias demandem o exercício de função estatal por particulares¹¹².

O Artigo 10 aborda o caso de responsabilização do Estado em razão da conduta de um movimento insurrecional ou de outro que, futuramente, torne-se o novo Governo ou consiga instituir um novo Estado¹¹³.

Na hipótese em que o Estado consegue acabar, com êxito, a revolta, entende-se que o Estado não será responsabilizado, pois não tinha controle sobre as estruturas e a organização do movimento insurrecional ou de outro movimento. Contudo este não será o caso, se o movimento for bem-sucedido e conseguir implantar um novo governo ou um novo Estado em parte do território. Nessas circunstâncias excepcionais, o artigo prevê a responsabilização do movimento insurrecional. Isso porque houve continuidade entre o movimento insurrecional e o governo atual¹¹⁴.

O 1º parágrafo do artigo 10 trata da situação em que o movimento prospera e instala novas estruturas ao Estado. O parágrafo seguinte aborda o caso em que as estruturas do antigo governo são assumidas pelo movimento revolucionário, como nas hipóteses de “secessão ou descolonização em parte do território, anteriormente, sujeito à soberania ou administração do Estado predecessor”¹¹⁵. E o parágrafo 3º trata do caso excepcional em que o Estado respondeu, de forma indevida, à conduta do movimento, ao adotar “medidas de vigilância, prevenção ou punição”¹¹⁶.

O artigo 11, em contrapartida, prevê a responsabilização do Estado de conduta que não era ou pode não ter sido atribuído a ele, no entanto, posteriormente, foi reconhecido e adotado pelo Estado como seu¹¹⁷.

¹¹⁰ Ibid., p. 49.

¹¹¹ Ibid., p. 49.

¹¹² Ibid., p. 49.

¹¹³ Ibid., p. 50.

¹¹⁴ Ibid., p. 50.

¹¹⁵ Ibid., p. 51.

¹¹⁶ Ibid., p. 51.

¹¹⁷ Ibid., p. 51.

Na maioria dos casos, uma conduta tomada por uma entidade privada não pode ser atribuída a um Estado. No entanto, o artigo 11 prevê que o Estado tem a possibilidade de reconhecer e adotar como sua uma conduta que, em um primeiro momento, não era sua. Além disso, o Estado somente pode reconhecer e adotar parte da conduta em questão e o ato de reconhecimento e adoção deve ser “claro e inequívoco”¹¹⁸.

O capítulo 3º trata sobre a violação de uma obrigação internacional. O artigo 12 afirma que “há uma violação de uma obrigação internacional por um Estado quando um ato desse Estado não está em conformidade com o que é exigido por essa obrigação, independentemente de sua origem ou caráter”¹¹⁹.

Desse modo, a essência de uma violação de uma obrigação internacional por um Estado é “não estar em conformidade com o exigido por essa obrigação”. Convém ressaltar que é possível haver a violação mesmo que o ato do Estado seja apenas parcialmente contrário a uma obrigação internacional¹²⁰.

A conduta proibida por uma obrigação internacional pode envolver um ato ou omissão, ou a sua combinação; assim como pode também compreender a aprovação de legislação, uma decisão judicial, ações administrativas, ou outras ações específicas em um determinado caso, ou mesmo uma ameaça de tal ação, independentemente da ameaça ter sido realizada ou não¹²¹.

O artigo pode ser aplicado a todas as obrigações internacionais dos Estados, independentemente de sua origem. As obrigações internacionais podem ser contraídas por uma regra consuetudinária de direito internacional, por um tratado, por um princípio geral aplicável dentro da ordem jurídica internacional e, também, por um ato unilateral¹²².

No direito internacional, não se faz distinção entre o regime de responsabilidade pela violação de um tratado e a violação de alguma outra regra, ou seja, a responsabilidade *ex contractu* ou *ex delicto*. Em relação à origem da obrigação violada, somente existe um único regime geral de Responsabilidade do Estado. Além disso, não existe distinção entre responsabilidade “civil” e “criminal”, como é comum haver nos sistemas jurídicos internos¹²³.

¹¹⁸ Ibid., p. 51.

¹¹⁹ Ibid., p. 54.

¹²⁰ Ibid., p. 54.

¹²¹ Ibid., p. 55.

¹²² Ibid., p. 56.

¹²³ Ibid., p. 56.

A violação, praticada por um Estado de uma obrigação internacional, constitui um ato internacionalmente ilícito, independentemente do objeto ou conteúdo da obrigação violada¹²⁴.

O artigo 13 positiva o princípio de que a violação necessita ocorrer, quando o Estado está vinculado à obrigação para haver responsabilidade. Isso constitui uma garantia contra a aplicação retroativa do direito internacional em matéria de responsabilidade do Estado¹²⁵.

O regime de responsabilidade do Estado pode ser mais rigoroso a depender da seriedade do ato. Porém, mesmo quando uma nova norma imperativa do direito internacional geral surge, conforme contemplado no artigo 64 da Convenção de Viena de 1969, isso não implica hipótese retroativa de responsabilidade¹²⁶.

A responsabilidade internacional, ao ser gerada em razão de um ato internacionalmente ilícito, não será afetada com o fim da obrigação, seja como resultado do término do tratado que foi violado ou de uma mudança no direito internacional¹²⁷.

O artigo 14 faz a distinção entre violações que não se estendem no tempo e a continuação de atos ilícitos. Isto é, uma violação que já foi concluída e uma que continua¹²⁸.

O 1º parágrafo do artigo estipula que um ato concluído ocorre “no momento em que o ato é realizado”, mesmo que seus efeitos ou consequências possam continuar. Diversamente, o 2º parágrafo estabelece que um ato ilícito contínuo ocorre em todo o período durante o qual o ato continua e permanece em desacordo com a obrigação internacional, na condição de que o Estado continue vinculado pela obrigação internacional nesse período. Constituem exemplos de atos ilícitos contínuos: a manutenção de disposições legislativas em desacordo com as obrigações de um tratado que o Estado aderiu; a “detenção ilegal de um funcionário estrangeiro ou a ocupação ilegal das instalações da embaixada; a ocupação ilegal de parte do território de outro Estado”¹²⁹; e posicionar as forças armadas em outro Estado sem haver autorização.

O 3º parágrafo aborda a violação de obrigações para impedir a ocorrência de um determinado evento. Estas são obrigações de prevenção e geralmente exigem que os

¹²⁴ Ibid., p. 56.

¹²⁵ Ibid., p. 57.

¹²⁶ Ibid., p. 58.

¹²⁷ Ibid., p. 58.

¹²⁸ Ibid., p. 59.

¹²⁹ Ibid., p. 60.

Estados tomem todas as medidas razoáveis ou necessárias para impedir que um determinado evento ocorra, mas sem garantir acontecimento do evento¹³⁰.

O artigo 15 trata da noção de ato ilícito composto. As violações contínuas derivam de atos compostos e se estendem no tempo, desde a primeira das ações, ou omissões, na série de atos realizados. São exemplos as obrigações relativas ao genocídio, *apartheid* ou crimes contra a humanidade, atos sistemáticos de discriminação racial, atos sistemáticos de discriminação proibidos por um acordo comercial entre outros. Deve-se ressaltar que alguns dos atos ilícitos mais graves do direito internacional foram atos de caráter composto¹³¹.

O 1º parágrafo deste artigo define o momento da ocorrência do ato composto como o período em que a última ação ou omissão se sucede, somada as outras ações ou omissões, é suficiente para configurar o ato ilícito. Já o 2º parágrafo trata da extensão no tempo de um ato composto. Após a ocorrência de um número suficiente de ações ou omissões, produzindo o resultado do ato composto como tal, considera-se a data da violação o dia do primeiro dos atos realizados¹³².

3.2 Regime de Responsabilidade acerca das normas cogentes estabelecido pelo Projeto de Artigos

O Capítulo III da Parte 2 do Projeto de Artigos se destina a estabelecer as consequências de violações que envolvem obrigações sob normas imperativas do direito internacional geral e de violações graves.

Com a evolução do estudo sobre as normas de *jus cogens*, percebeu-se que, para fins de responsabilidade do Estado, certas obrigações são devidas à comunidade internacional como um todo e que, em razão da “importância dos direitos envolvidos”, todos os Estados têm interesse legal em sua proteção¹³³.

Como anteriormente exposto, a Convenção de Viena reconheceu o caráter dessas normas e, assim, foram geradas implicações para as regras referentes à responsabilidade internacional.

¹³⁰ Ibid., p. 62.

¹³¹ Ibid., p. 62.

¹³² Ibid., p. 63.

¹³³ Ibid., p. 111.

Porém, mesmo com seu reconhecimento, a comunidade internacional não criou mecanismos para a responsabilização dos Estados na seara penal por violações dessas normas. A razão disso encontra fundamento no que foi declarado, em 1946, pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg ao afirmar que como os ilícitos no direito internacional são cometidos por indivíduos, eles são os que devem ser punidos, não entidades abstratas¹³⁴. De acordo com o artigo 34 da Convenção, a função de indenização é essencialmente compensatória¹³⁵.

O artigo 40 do Projeto de Artigos prevê o alcance das violações abrangidas pelo capítulo. Estabeleceu-se dois critérios para distinguir “violações graves” de “obrigações sob normas imperativas do direito internacional geral” de outros tipos de violações. O primeiro diz respeito ao caráter da obrigação violada, que deve derivar de uma norma imperativa do direito internacional geral. O segundo qualifica a intensidade da violação, que deve ser de natureza grave. O capítulo III aplica-se apenas às violações de direito internacional que preenchem ambos os critérios¹³⁶.

O primeiro critério refere-se ao caráter da obrigação violada. Para dar origem à aplicação deste capítulo, uma violação deve dizer respeito a uma obrigação decorrente de uma norma imperativa do direito internacional geral. O conceito de norma imperativa, utilizado para o estudo sobre a responsabilidade internacional, tem, por base, o artigo 53 da Convenção de Viena. Nos comentários da Comissão ao art. 53, foram elencados exemplos de proibições como a proibição do uso da força (*prohibition of aggression*) assim como proibição contra a escravidão e o tráfico de escravos, genocídio, discriminação racial e *apartheid*. Essas práticas foram proibidas em tratados e convenções internacionais amplamente ratificados, que não admitem exceção¹³⁷.

O artigo 40 também explicita outra limitação, a violação deve ser “séria”. O parágrafo 2º define “violação “séria” como sendo “uma falha grave ou sistemática por parte do Estado responsável em cumprir a obrigação” em questão. A palavra “séria” significa que uma certa ordem de magnitude da violação é necessária para não banalizar a violação¹³⁸.

Para ser considerada sistemática, uma violação teria que ser realizada de maneira organizada e deliberada. Por outro lado, o termo “grave” refere-se à intensidade da

¹³⁴ Ibid., p. 111.

¹³⁵ Ibid., p. 111.

¹³⁶ Ibid., p. 112.

¹³⁷ Ibid., p. 112.

¹³⁸ Ibid., p. 113.

violação ou a seus efeitos; denota violações de natureza flagrante, que representam um ataque direto aos valores protegidos pela regra. Os termos não são, obviamente, mutuamente exclusivos; violações graves geralmente serão tanto sistemáticas e graves. Fatores que podem estabelecer a seriedade de uma violação incluiria a intenção de violar a norma; o escopo e o número de violações individuais; e a gravidade de suas consequências para as vítimas. Também é preciso ter em mente que algumas das normas imperativas em questão, principalmente as proibições de agressão e genocídio, por sua própria natureza, exigem uma violação intencional em larga escala¹³⁹.

O artigo 41 estabelece as consequências particulares de violações do tipo e gravidade referidas no artigo 40. O parágrafo 1 estipula que os Estados têm o dever positivo de cooperar para pôr fim às violações graves no sentido do artigo 40. A cooperação deverá ser feita por meios legais e sua obrigação se aplica aos Estados, independentemente de serem, ou não, individualmente afetados pela violação grave¹⁴⁰. Desse modo, os Estados devem atuar em um esforço conjunto e coordenado para combater essas violações.

O parágrafo 2 dispõe que os Estados têm um dever de abstenção, o qual compreende duas obrigações. A primeira seria a de não reconhecer como situações legais as criadas por violações graves definidas no artigo 40 e, a segunda, a de não prestar auxílio ou assistência na manutenção dessa situação¹⁴¹.

A primeira obrigação diz respeito à obrigação de não reconhecimento coletivo pela comunidade internacional da legalidade de situações resultantes de violações graves descritas pelo artigo 40. A obrigação se aplica a "situações" criadas por essas violações, como, por exemplo, tentativas de aquisição de soberania sobre território por meio da negação do direito de autodeterminação dos povos¹⁴².

Não se refere, assim, apenas ao reconhecimento formal dessas situações, mas também proíbe atos que implicariam nesse reconhecimento. Estado nenhum pode reconhecer a situação criada pela violação grave como lícita. Isto se aplica a todos os Estados, incluindo o Estado responsável¹⁴³.

A segunda obrigação, contida no parágrafo 2, proíbe os Estados de prestar auxílio ou assistência para manter a situação criada por uma violação grave no sentido do artigo

¹³⁹ Ibid., p. 113.

¹⁴⁰ Ibid., p. 114.

¹⁴¹ Ibid., p. 114.

¹⁴² Ibid., p. 114.

¹⁴³ Ibid., p. 114.

40. Isso vai além das disposições que tratam de auxílio ou assistência no cometimento de um ato internacionalmente ilícito, abrangido pelo artigo 16. Trata da conduta “posterior ao fato”, que auxilia o Estado responsável a manter uma situação “oponível a todos os Estados no sentido de barrar *erga omnes* a legalidade de uma situação mantida em violação do direito internacional”¹⁴⁴.

O parágrafo 3 deixa claro que uma violação grave, no sentido do artigo 40, implica em consequências legais estipuladas para todas as violações nos capítulos I e II da Parte II. Consequentemente, uma violação grave, no sentido do artigo 40, gera uma obrigação, em nome do Estado responsável, de cessar o ato ilícito, de continuar o cumprimento e, se apropriado, de dar garantias da não repetição. Da mesma forma, implica o dever de reparar em conformidade com as regras estabelecidas no capítulo II desta parte.¹⁴⁵

Por fim, o parágrafo 3 também permite que o direito internacional reconheça consequências jurídicas adicionais, decorrentes da prática de uma violação grave no sentido do artigo 40¹⁴⁶.

3.3 Análise comparativa

Tal como foi analisado, o relatório de responsabilidade internacional dos estados, em matéria de *jus cogens*, é guiado pelo conceito presente no art. 53 da Convenção de Viena, em que os efeitos legais das normas de *jus cogens* se baseiam em “invalidade” e “derrogação” de tratados. Além disso, estipulou-se que as normas imperativas do direito internacional geral estabelecem obrigações *erga omnes*, isto é, a violação destas normas diz respeito a todos os Estados.

Em razão dessas normas envolverem o interesse da comunidade internacional, o regime de responsabilidade criado possui uma natureza mais rigorosa quando comparado à violação de outras normas do direito internacional. Então, para o regime ser aplicado, não basta haver a violação de uma norma de *jus cogens*, também é necessário que a violação seja grave.

Portanto se estabeleceu que os Estados têm o dever de cooperar para pôr fim às violações e de não reconhecer, como legais, as situações criadas por violações das normas cogentes, assim como auxiliar na manutenção dessa situação.

¹⁴⁴ Ibid., p. 115.

¹⁴⁵ Ibid., p. 115.

¹⁴⁶ Ibid., p. 115.

A CDI, ao discutir o tema *jus cogens*, elaborou um conceito que positivou novas características à concepção apresentada pela Convenção de Viena. Foram acrescentadas a proteção dos valores fundamentais da comunidade internacional, sua superioridade hierárquica e aplicabilidade universal.

Ademais, percebe-se que a Convenção não permitia a derrogação de normas de *jus cogens*, somente permitiu que estas pudessem ser modificadas. Isso foi alterado pela CDI com o 1º relatório sobre *jus cogens* em que foi deixado claro a possibilidade de revogação, derrogação e modificação das normas imperativas do direito internacional por outras de mesmo caráter.

Quanto ao estudo do regime de responsabilidade, no caso das normas de *jus cogens*, a CDI, somente com o seu 3º Relatório, iniciou o debate ao apresentar algumas considerações em relação aos seus efeitos jurídicos¹⁴⁷.

Com efeito, o relatório reafirmou que um tratado se torna nulo ao entrar em conflito com uma norma de *jus cogens*¹⁴⁸. Estipulou-se ainda que, em regra, o tratado ao estar em conflito com uma norma imperativa do direito internacional geral é invalidado em sua totalidade¹⁴⁹.

Além disso, definiu-se que o julgamento de controvérsias envolvendo tratados e normas de *jus cogens* deverá ser feito pela Corte Internacional de Justiça, a menos que seja escolhido a arbitragem¹⁵⁰. Também se reafirma o dever dos Estados de exercer jurisdição sobre os crimes proibidos pelas normas de *jus cogens*¹⁵¹.

O relatório também afirma que uma regra consuetudinária de direito internacional deixa de existir caso surja uma norma de *jus cogens* em discordância¹⁵². Definiu-se que atos unilaterais, em conflito com uma norma imperativa do direito internacional, são inválidos¹⁵³.

Outro ponto abordado pelo 3º relatório é que nenhuma circunstância pode ser antecipada para impedir a ilegalidade de um ato que não esteja em conformidade com uma obrigação decorrente de uma norma imperativa do direito internacional geral¹⁵⁴.

¹⁴⁷ International Law Commission, **Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur**, UNGA, 70th Sess, UN Doc A/CN.4/714 (2018).

¹⁴⁸ Ibidem, p. 65. Draft Conclusion 10.

¹⁴⁹ Ibid., p. 66. Draft Conclusion 11.

¹⁵⁰ Ibid., p. 67. Draft Conclusion 14.

¹⁵¹ Ibid., p. 68. Draft Conclusion 22.

¹⁵² Ibid., p. 67. Draft Conclusion 15.

¹⁵³ Ibid., p. 67. Draft Conclusion 16.

¹⁵⁴ Ibid., p. 68. Draft Conclusion 19.

Outrossim, este relatório inova ao assegurar que a imunidade *ratione materiae* daqueles que ocupam uma posição oficial não será aplicada na hipótese em que ocorra uma violação de norma de *jus cogens*, e assim deverão responder criminalmente. Todavia, o relatório sobre responsabilidade internacional dos estados quanto a esta matéria não aborda a responsabilidade criminal de condutas individuais.

Nesse sentido, ao analisar os pontos abordados neste trabalho, surgem algumas indagações como, que tipo de implicações essas novas concepções apresentadas pelo relatório sobre *jus cogens*, feito pela CDI, poderia trazer para a matéria de responsabilidade internacional dos estados?

De acordo com o que foi exposto, sabe-se que a responsabilidade internacional dos Estados é gerada a partir da violação de uma norma de *jus cogens*. Entretanto, uma vez que houve alteração na definição da norma cogente, a discussão, para identificar os requisitos que caracterizam a responsabilidade, está em aberto. Com isso, a violação da norma de *jus cogens* é encarada de forma diferente em decorrência da norma estar mais complexa.

Acrescenta-se que a CDI ao ampliar a concepção da norma de *jus cogens* tornou possível pensar em novas hipóteses de excludentes da responsabilidade internacional¹⁵⁵.

Sabe-se que é da natureza da norma de *jus cogens* ter seu reconhecimento pela comunidade internacional e isto pode ocorrer a partir de uma decisão da Corte Internacional de Justiça ou de outra organização internacional. No entanto, caso isso não aconteça, a violação praticada pelo Estado poderia ser mitigada? Deve-se reconhecer que não se trata de uma norma cogente para permitir que o Estado obtenha uma defesa diferente em função disso?

Atualmente, com a alteração da definição de norma de *jus cogens*, o Estado tem que elaborar alegações mais complexas para apresentar sua defesa em casos de configuração de responsabilidade. Os Estados também devem atentar que, mesmo existindo uma lista exemplificativa das normas imperativas¹⁵⁶, é possível o reconhecimento de outras novas a qualquer momento por organizações internacionais.

Um ponto diverso ao explicitado e favorável ao interesse dos Estados seria que existe uma variedade maior de argumentos a serem utilizados nas defesas, pois a

¹⁵⁵ Destaco que, de acordo com o art. 26 do Projeto de Artigos, não seria cabível falar de excludentes de responsabilidade para obrigações decorrentes de normas imperativas do direito internacional geral.

¹⁵⁶ International Law Commission. **Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens)** by Dire Tladi, **Special Rapporteur**, UNGA, 71th Sess, UN Doc. A/CN.4/727 (2019).

responsabilidade agora decorre de violações graves. Ou seja, o reconhecimento da responsabilidade internacional, por violação de normas de *jus cogens*, tornou-se ainda mais limitado nos casos práticos.

Quanto à parte acusatória ou vítima também existe novos argumentos. Com o passar dos anos, tornou-se, cada vez mais comum, o reconhecimento de normas imperativas ligadas aos direitos individuais. Um exemplo disso é a proibição de não retorno ou princípio do *non-refoulement*, decorrente do direito dos refugiados e reconhecida como norma de *jus cogens*.

Porém surgem outros questionamentos como, no caso que um Estado que viola o princípio do *non-refoulement*, ao não proteger os refugiados, em que medida poderá haver a sua responsabilização? Somente haverá a responsabilização quando a violação for grave ou se deve pensar também em mecanismos de responsabilização para atos menos graves? Além disso, existe a incerteza da importância do requisito relacionado à gravidade das violações para configurar a responsabilidade internacional dos estados.

4. CONCLUSÃO

Conforme exposto, o presente artigo realizou a análise das normas de *jus cogens* a partir do 1º Relatório sobre *jus cogens*, feito pela Comissão de Direito Internacional da ONU.

Segundo o estudo feito pela CDI, verifica-se que a noção de normas não derogáveis está presente desde o Direito Romano com o Digesto de Justiniano. No decorrer da evolução do conceito de *jus cogens*, é possível perceber que os juristas se utilizaram de diferentes teorias para explicar sua natureza imperativa.

A primeira delas foi a do direito natural que enxergava essas normas como regras mais elevadas, derivadas de uma divindade e, assim, não dependia da vontade dos Estados para existir. Como resultado disso, os Estados tinham sua liberdade de negociar e criar leis restringida.

A outra teoria era a do direito positivo que é baseada na ideia de livre-arbítrio dos Estados. Para esta teoria, só era possível existir as normas de *jus cogens*, caso os Estados consentissem com ela de alguma forma. No entanto, isso vai de encontro à noção de normas das quais a vontade dos Estados não pode derogar.

Contudo o maior avanço dado a definição de normas cogentes veio com a adoção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, após a Segunda Guerra

Mundial. O artigo 53 da Convenção estabeleceu que as normas de *jus cogens* são aquelas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como normas cuja derrogação não é permitida e que só podem ser modificadas por outra nova norma de direito internacional geral de mesma natureza.

Além dos elementos descritos pelo artigo 53, a CDI conseguiu identificar outras características das normas de *jus cogens*. Elas resguardam os valores fundamentais da comunidade internacional, são hierarquicamente superiores a outras normas e podem ser universalmente aplicáveis. Além disso, essas normas somente podem ser modificadas, derogadas e revogadas por regras de mesmo caráter.

Ademais, efetuou-se a análise do instituto da Responsabilidade Internacional do Estado com base no Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos elaborado também pela CDI.

Com o Projeto de Artigos, disciplinou-se que o Estado é responsabilizado ao cometer um ato internacionalmente ilícito. Este ato poderá constituir não somente uma relação jurídica entre o Estado infrator e o Estado lesado, mas também é possível o envolvimento de toda a comunidade internacional.

Para gerar a responsabilidade, o ato ilícito deve ser imputável ao Estado de acordo com o direito internacional e deve constituir uma violação de uma obrigação que estava em vigor para esse Estado. O ato não deixa de ser internacionalmente ilícito se o Estado legalizá-lo através de sua lei interna, pois o direito internacional não é limitado pelo direito interno.

A conduta atribuída ao Estado, em regra geral, deverá ser a de seus órgãos de governo ou de agentes do Estado. E se entende, por violação de uma obrigação internacional, o ato de um Estado que não é compatível com o que é exigido por essa obrigação, independentemente de sua origem ou caráter.

O Projeto de Artigos também aborda a Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Normas de *Jus Cogens*. Determina-se que para o Estado ser responsabilizado nesta matéria a infração deve dizer respeito a uma obrigação decorrente de uma norma imperativa do direito internacional geral e deve ser séria¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Ressalto que esta é uma situação específica do Capítulo III da 2ª Parte do Projeto de Artigos. Para outras situações que possam envolver as normas de *jus cogens*, mas que não são abarcadas pelo capítulo citado, os artigos 42 e 48 do Projeto de Artigos disciplinam o regime de responsabilização.

Além disso, os Estados possuem os deveres de cooperar para pôr fim às violações graves, não reconhecer como situações legais as criadas por violações graves e de não prestar auxílio ou assistência na manutenção dessa situação.

Logo, ao realizar um estudo comparativo dos textos da CDI, pode-se concluir que a alteração do entendimento sobre normas imperativas do direito internacional interferiu significativamente ao se pensar na matéria de responsabilidade, o que confirma a hipótese que guiou a elaboração do presente trabalho.

Isso porque foram acrescentadas novas características ao conceito de normas de *jus cogens*. E desse modo, os requisitos para aplicação da responsabilidade internacional dos estados por violação das normas cogentes, consequentemente, foram afetados.

Este artigo possui o propósito de realizar um exercício comparativo entre os Relatórios sobre *Jus Cogens* e o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos e, assim, antecipar o que a CDI irá elaborar sobre as violações de normas de *jus cogens*, diante dessas inovações.

A luz do que foi examinado, percebe-se que a CDI trouxe mais complexidade ao estudo desta temática, ao influir sobre a expansão dos requisitos da definição de *jus cogens* e, por conseguinte, das hipóteses de configuração de responsabilidade relativas à gravidade da violação.

Esses são temas que irão provocar a prática do direito internacional, ou seja, os tribunais internacionais, e a pesquisa acadêmica, pois será necessário repensar o critério da gravidade assim como os elementos caracterizadores das normas de *jus cogens*.

5. REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALEXIDZE, Levan. *Legal nature of jus cogens in contemporary international law*. Recueil des cours de l'Académie de Droit International. s.l., 1981-III, Tomo 172.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. DF, Brasília, 14 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>.

Acesso em: 10 set. 2019.

Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v Rwanda), Judgment of 3 February 2006, ICJ Reports 2006. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

Case Concerning Right of Passage over Indian Territories (Portugal v. India) Merits, Judgment of 12 April 1960, ICJ Reports 1960. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

Case of Expelled Dominicans and Haitians v Dominican Republic (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Judgement of 28 August 2014 of the Inter-American Court of Human Rights. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_ing.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.

Case Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74. Disponível em: <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1938.06.14_phosphates.htm> Acesso em: 02 jun. 2019.

Case Moghaddas v. Turkey. Islamic Republic of Iran and Turkey. 15 February 2011. Application nº 46134/08. Council of Europe: European Court of Human Rights. Disponível em: <<https://www.refworld.org/cases,ECHR,4d5a969fd.html>> Acesso: 15 Nov. 2019.

Case Stephens. Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) v. United Mexican States (1927). VOLUMEIV pp. 265-268. USA-Mexico Arbitration Tribunal. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/265-268.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

Case Zafiro. D. Earnshaw and Others (Great Britain) v. United States (Zafiro case) (1925). Vol. VI pp. 160-165. American and British Claims Arbitration Tribunal. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/160-165_Earnshaw.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. 24 de novembro de 2010. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 15 nov. 2019.

CONKLIN, William. *The Peremptory Norms of the International Community*. European Journal of International Law, 2012.

CRIDDLE, Evan J.; FOX-DECENT, Evan. *A Fiduciary Theory of Jus Cogens*. Yale Journal of International Law, s.l. Vol. 34, 2009. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=1277393>>. Accessed: 25 jun. 2019.

GREEN, James A. *The Persistent Objector Rule in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

International Law Commission, *First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur*, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/CN.4/693>> Acesso em: 02 jun. 2019.

_____, *Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur*, UNGA, 70th Sess, UN Doc A/CN.4/714 (2018). Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/CN.4/714>> Acesso em: 10 jun. 2019.

_____, *Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur*, UNGA, 71th Sess, UN Doc. A/CN.4/727 (2019). Disponível em: < <https://undocs.org/en/A/CN.4/727>> Acesso em: 01 nov. 2019.

KOLB, Robert. *Peremptory International Law - Jus Cogens*. s.l. Bloomsbury Publishing. 2015.

Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and Various Underwriters (United States) v. Germany (*Sabotage Cases*) (1930). USA-Germany Arbitration Tribunal. Vol. VIII pp. 84-101. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VIII/84-101.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986. Disponível em:

<<https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>>.

Acesso em: 14 nov. 2019.

ONU. *Carta das Nações Unidas*. 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

_____. *A ONU e o Direito Internacional*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/>> Acesso em: 10 nov. 2019.

Prosecutor v Nyiramasuhuko (ICTR-98-42), Appeals Judgement, 14 December 2015. Disponível em: <<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict98-42/appeals-chamber-judgements/en/151214-judgement.pdf>>. Acesso em 07 jun. 2019.

Questions relating to the obligations to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal), Counsel to Belgium, Oral Proceedings, 13 March 2012(CR 2012/3). Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120313-ORA-01-00-BI.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa), Second Phase, Judgment of 18 July 1966, ICJ Reports 1966. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19660718-JUD-01-06-EN.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

SUY, Erik. *The Concept of jus cogens in Public International Law*. Carnegie Endowment for International Peace, Genebra, 1967.

The Covenant of the League of Nations, Paris, 29 April 1919, UN, Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp> Acesso em: 01 jun. 2019.

UBC. *Law - Legal Citation Guide*. Disponível em: <<https://guides.library.ubc.ca/legalcitation/intlaw>>. Acesso: 11 Nov. 2019.

U. N. (2008), “*Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts*”, in Yearbook of the International Law Commission 2001, Vol. II, Part 2, Yearbook of the

International Law Commission, UN, New York. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.

U. N. (1953), *Yearbook of the International Law Commission 1953*, Vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York.

U. N. (1963), *Yearbook of the International Law Commission 1963*, Vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York.

U. N. (1966), *Yearbook of the International Law Commission 1966*, Vol. II, Yearbook of the International Law Commission, UN, New York.

U. N. GAOR., 69th sess. 20th Mtg, UN Doc A/C.6/69/SR.20 (28 October 2014), Disponível em: <<https://undocs.org/A/C.6/69/SR.20>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

U.N. GAOR., 69th sess. 22th Mtg, UN Doc A/C.6/69/SR.22 (29 October 2014), Disponível em: < <https://undocs.org/A/C.6/69/SR.22>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

UN. *How should I cite a United Nations document?*. Disponível em: <<http://ask.un.org/faq/14438>>. Acesso: 11 Nov. 2019.

United Nations Editorial Manual Online. Disponível em: <[http://www.dgacm.org/editorialmanual/ed-guidelines/footnotes/footnotes_chap_10.htm](http://www.dgacm.org/editorialmanual/editorialmanual/ed-guidelines/footnotes/footnotes_chap_10.htm)>. Acesso: 10 Nov. 2019.

VERDROSS, Alfred. Forbidden Treaties in International Law. *The American Journal of International Law*. s.l., 1937.

VERDROSS, Alfred. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*. The American Journal of International Law. s.l., 1966.

Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Vienna, 23 May 1969, United Nations Treaty Series. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

A FORÇA PROBANTE DOS DOCUMENTOS DIGITALIZADOS: EFICIÊNCIA *VERSUS* SEGURANÇA JURÍDICA

Fernanda Rosa de Vasconcelos Oliveira

Resumo

O artigo discorre sobre o valor probatório dos documentos digitalizados no processo judicial eletrônico e a possibilidade de eliminação do original físico após a conversão de suporte. A partir da análise das disposições legais acerca do tema, desenvolve-se o raciocínio com enfoque nos princípios da segurança jurídica, ampla defesa, contraditório e da busca pela verdade. Apresentam-se considerações técnicas operacionais, jurídicas, da arquivologia e da tecnologia da informação sobre a perícia documental e a consequente força probatória dos documentos.

Palavras-Chave: Documento digitalizado. Busca pela verdade. Força probante. Documento original. Autenticidade.

THE PROBATIVE FORCE OF DIGITIZED DOCUMENTS: EFFICIENCY *VERSUS* LEGAL SECURITY

Abstract

This paper expatiates on the probative force of digitized documents for electronic judicial proceedings and the possibility of the physical original elimination given the support conversion. From the analysis of the legal dispositions on the subject, it is constructed the argument focused in the principles of legal security, full defense, contradictory and seek for the truth. There are presented operational and technical considerations from the law, archival and information technology sciences, about legal document expertise and consequent documental probative force.

Key-Words: Digitized document, Seek for the Truth, Probative Force, Original Document, Authenticity

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar a força probante e possíveis limitações dos documentos digitalizados utilizados no bojo do processo judicial eletrônico visando a compreender se a imagem gerada é dotada de autenticidade que garanta segurança jurídica ao processo, apta a permitir a eliminação dos documentos originais, sem prejuízo da ampla defesa e do contraditório.

Pretende-se identificar os aspectos da produção de provas documentais eletrônicas, diferenciando as características de autenticidade do documento físico e do documento eletrônico

à luz da legislação vigente. Além disso, neste contexto, o trabalho almeja verificar a necessidade de perícia no documento original físico ou no documento digitalizado para fim de arguição de falsidade, interpretando para tanto os principais normativos sobre o tema.

Notadamente, a tecnologia alterou substancialmente a forma de lidar com a informação. Os meios eletrônicos proporcionam maior agilidade e produtividade. Os órgãos públicos estão cada vez mais digitais em suas atividades, tanto relativas à área-meio quanto à área-fim. Para a tramitação dos processos judiciais não foi diferente, vários sistemas foram implantados com o objetivo de tornar a justiça mais eficiente. O Poder Judiciário utiliza-se dos sistemas como o Processo Judicial Eletrônico (Pje) e o Sistema Processual Eletrônico (e-Proc), a depender da região do país.

Ocorre que ainda há, atualmente, um período de transição, em que os documentos são gerados fisicamente e necessitam ser convertidos para o formato eletrônico, digitalizados, a fim de integrar os processos nesse ambiente. Os documentos inseridos no processo judicial abarcam tanto a esfera cível, como certidões, contratos, escrituras públicas, documentos particulares, bem como documentos administrativos e extrajudiciais, como o Inquérito Policial e Procedimentos do Ministério Público. Neste processo de trabalho, os atores envolvidos são as partes, autor e réu, Ministério Público e seus auxiliares, Defensoria Pública e seus auxiliares, procuradorias, repartições públicas em geral e advogados.

A digitalização em si tem o condão de facilitar o peticionamento de documentos no processo judicial eletrônico, inclusive as provas documentais, fundamentais para a comprovação de fatos discutido na lide.

A questão que se impõe é a força probante do documento digitalizado em substituição ao documento físico original, de forma a representá-lo em sua completude, garantindo a autoria e a autenticidade inequívocas. O impacto jurídico em equiparar o valor probatório desses documentos deve ser analisado sob a ótica da segurança jurídica, garantia da ampla defesa e contraditório.

Importante ressaltar que os documentos digitalizados são passíveis de manipulações que podem comprometer o conteúdo da prova, impedindo que o processo alcance um dos seus principais objetivos, que é a busca pela verdade.

Considerando o arcabouço normativo e doutrinário sobre o assunto, este trabalho objetiva compreender até que ponto o documento digitalizado pode ser considerado, para fins probatórios, equiparado ao documento original produzido fisicamente e quais as possibilidades tecnológicas existentes podem ser utilizadas para mitigar o problema de falsificações e subsidiar a análise da perícia judiciária.

A era do processo judicial eletrônico é um caminho sem volta. As tecnologias digitais, de fato, promovem maior celeridade para a tramitação dos processos judiciais¹.¹ Não obstante, é necessário adotar, nesse ambiente eletrônico, procedimentos capazes de garantir a segurança jurídica para todos os envolvidos. Araújo² destaca o papel do profissional do Direito como agente ativo na construção de uma estrutura mais funcional para a execução das atividades jurídicas, de modo a obter melhor proveito dos recursos tecnológicos utilizando-os como ferramenta idônea na busca de um Direito cada vez mais eficiente e justo.

As provas possuem importância significativa nesse contexto, pois o processo de criação, manutenção e custódia são diferentes no ambiente físico e no eletrônico. A prova documental é diretamente influenciada por essa mudança e o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015³, incluiu dispositivos que versam sobre a autenticidade de documentos eletrônicos, notadamente nos artigos 411 e 425. Tartuce⁴, comparando os diplomas de Processo Civil de 1973 e o Novo Código de Processo Civil de 2015, nota que as normas processuais têm sentido bem mais amplo quanto à força probante de documentos copiados, sejam públicos ou particulares.

Dessa forma, considerando a perspectiva de utilização do processo eletrônico e a fundamentação de decisões judiciais com base em provas documentais eletrônicas, surge o seguinte questionamento: em que medida o documento digitalizado pode ser equiparado ao documento original para fins de prova e produção de efeitos jurídicos, garantindo a ampla defesa e o contraditório e permitindo a eliminação do documento original após a digitalização?

Trabalha-se com a hipótese de que o processo de digitalização carece de requisitos legais para ser utilizado como opção de substituição ao documento original físico. Existe grande discussão jurídica no tocante ao comprometimento da segurança da informação e consequentemente a garantia de direitos no âmbito dos processos administrativos, extrajudiciais e judiciais.

O documento digitalizado, embora autenticado por servidor público na forma da lei, possui presunção *iuris tantum*, o que indica a distinção quanto ao seu valor probatório e a necessidade de preservação do documento original para fins de prova.

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Políticas públicas do Poder Judiciário: uma análise quantitativa e qualitativa do impacto da implantação do processo judicial eletrônico (PJe) na produtividade dos tribunais.** Editora FGV, 2018. Acesso em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudh/arquivo/2018/02/8fca1c5a0d1bac23a1d549c6f590cfce.pdf>

² ARAÚJO, Viviane Souza de. **A validade jurídica dos documentos eletrônicos como meio de prova no processo civil.** *Revistas Eletrônicas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 1 (2008)-Ciências Social.

³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

⁴ TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, pg. 199.

Limita-se metodologicamente o estudo à análise do documento digitalizado como subdivisão do gênero documento eletrônico. Assim, não será avaliada a força probante dos documentos nato-digitais, pois quanto a estes não há dúvida quanto ao valor probatório reconhecido e aceito juridicamente.

O desenvolvimento do artigo foi construído em quatro tópicos, a saber: (1) Prova documental na tradição do Direito brasileiro, em que se registra a evolução do tema no âmbito do direito pátrio. (2) Disciplina jurídica dos documentos eletrônicos no Brasil, tópico que traz todo o arcabouço jurídico-legal em relação ao tema. (3) Produção e valoração de provas documentais eletrônicas, que demonstra aspectos relevantes sobre a vulnerabilidade das provas eletrônicas. (4) O documento digitalizado como prova documental: análise crítica do inquérito policial, tópico que demonstra o resultado da aplicação de roteiro de questionário em pesquisa junto aos representantes de órgãos públicos.

Pretende-se, portanto, obter informações relevantes sobre o entendimento adotado pelos órgãos envolvidos, à luz do novo código de processo civil, sobre a área em estudo, envidando-se esforços para testar as hipóteses em comento e quiçá encontrar soluções práticas para estabilizar o entendimento do tema.

2. PROVA DOCUMENTAL NA TRADIÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

A valoração dos documentos como registro de fatos e conseqüentemente como prova remonta à antiguidade, desde que o homem compreendeu a necessidade da escrita e sua importância para salvaguarda da informação no tempo, como assegura Duranti⁵⁵:

Através dos milênios os arquivos têm representado, alternada e cumulativamente, os arsenais da administração, do direito, da história, da cultura e da informação. A razão pela qual eles puderam servir a tantas finalidades é que os materiais arquivísticos, ou registros documentais, representam um tipo de conhecimento único: gerados ou recebidos no curso das atividades pessoais ou institucionais, como seus instrumentos e subprodutos, os registros documentais são as provas primordiais para as suposições ou conclusões relativas a essas atividades e às situações que elas contribuíram para criar, eliminar, manter ou modificar. A partir destas provas, as intenções, ações, transações e fatos podem ser comparados, analisados e avaliados, e seu sentido histórico pode ser estabelecido.

Relevante observar que existe ciência, denominada Diplomática, cujo objeto de estudo apoia-se nas características dos documentos, dentre elas a imparcialidade, autenticidade, naturalidade, inter-relacionamento e unicidade⁶⁶.

⁵ DURANTI, Luciana. **Registros documentais contemporâneos como prova de ação**. Estudos históricos. Rio de Janeiro, 7 (13), 1994.

⁶ RONDINELLI, Rosely Curi. **Gerenciamento arquivístico de documentos eletrônicos: uma abordagem teórica da diplomática arquivística contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro. Editora: FGV, 2005, p. 47-48.

Nesse sentido, descreve Bellotto⁷

A Diplomática, por definição, ocupa-se da estrutura formal dos atos escritos de origem governamental e/ou notarial. Trata, portanto, dos documentos que, emanados das autoridades supremas, delegadas ou legitimadoras (como é o caso dos notários), são submetidos, para efeito de validade, à sistematização imposta pelo Direito. Tornam-se esses documentos, por isso mesmo, eivados de fé pública, que lhes garante a legitimidade de disposição e a obrigatoriedade da imposição, bem como a utilização no meio sociopolítico regido por aquele mesmo Direito.

Para a ciência do Direito, ressalta Taruffo⁸ que essa concepção é relevante como subsídio para o estudo de uma espécie de prova, admitida no curso do processo judicial, a prova documental.

Desde a idade média, as provas escritas têm sido usadas como principal meio para se conferir certeza às transações jurídicas. As exigências do comércio e dos negócios financeiros, bem como a necessidade de se contar com provas confiáveis dos contratos e de muitos outros tipos de negócio produziram um largo uso dos documentos na vida cotidiana e também nos processos judiciais.

Quanto a esse tipo de prova, necessário analisar a importância de sua validade jurídica para compor os autos processuais e a exigência de autenticidade, como elemento primário para certeza de autoria e busca pela verdade dos fatos averiguados na lide.

Para Greco⁹, a prova documental vive a sua grande crise de identidade, provocada com o surgimento do chamado documento eletrônico. No entanto, em qualquer caso, também ensina Taruffo¹⁰, a presunção de autenticidade de um documento pode ser superada pela apresentação de provas em contrário pela parte que alega sua falsidade.

Ocorre que o conceito de documento escrito nos moldes e padrões conhecidos, ou seja, em suporte papel, com assinatura manuscrita, está passando por uma fase de transição, em que o documento eletrônico surge como possibilidade tecnológica de substituição.

Nesse sentido, surgem questionamentos quanto à validade jurídica desses documentos produzidos em meio eletrônico, com assinaturas digitais e a validade jurídica de documentos físicos simplesmente transformados em eletrônicos pelo processo de digitalização.

No Direito Brasileiro, a prova documental baseia-se nas características adotadas na tradição jurídica do *civil law*. Nos sistemas legatários desta tradição, há um significativo enfoque na valorização das provas escritas, documentais, como explica Greco¹¹:

⁷ BELLOTTO, Heloísa Liberalli. **Como fazer análise diplomática e análise tipológica de documento de arquivo**. São Paulo: arquivo do estado, imprensa oficial, 2002. 120 p. (projeto como fazer, 8).

⁸ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

⁹ GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 116.

¹⁰ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014

¹¹ GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 116.

Nos países da civil law, têm mais valor as provas escritas (documental e pericial), em detrimento da prova testemunhal; há uma tendência à atenuação progressiva das provas legais, ao fortalecimento do livre convencimento do juiz e ao aumento dos poderes do juiz na pesquisa da verdade, enfraquecendo-se a sua dependência em relação à iniciativa probatória das partes, às quais se reconhece o direito de não produzir provas em seu prejuízo.

O autor ressalta que o Código de Processo Civil de 1973, por meio do artigo 332 e seguintes, disciplina a matéria das provas incorporando ao direito processual os meios probatórios previstos em leis e reproduzindo disposições de outros sistemas jurídicos do mundo, em especial o italiano.

Na evolução histórica e cronológica, a constituinte de 1988 adotou como pilar os direitos fundamentais, entre eles, o de ampla defesa e contraditório, inadmitindo no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (Art. 5º, incisos LV e LVI).

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, abarcou a questão das provas eletrônicas demonstrando o impacto das novas tecnologias e a preocupação em disciplinar a prova documental, esta considerada pela doutrina a mais nobre das provas, segundo Pereira¹².

A tradição brasileira, portanto, está alicerçada nos princípios e conceitos atinentes a prova documental, em todos os diplomas normativos, sejam codificados ou em legislações extravagantes, e permeiam as diversas áreas no campo do Direito e nas mais diversas ciências, não obstante ingressem no direito processual com visão e regime particular, conforme ensina Marinoni¹³.

Reforçando esse entendimento, e considerando os costumes da sociedade, solidificados na evolução histórica sobre a forma de valorização da prova documental, é compreensível que haja receio, por parte dos operadores do Direito, quanto a mudança de paradigma da prova documental produzida, cada vez mais, de forma eletrônica.

Torna-se necessário considerar a resistência quanto a utilização e adoção de provas documentais eletrônicas no processo judicial, que pode estar calcada na falta de conhecimento das novas tecnologias, no apego às rotinas tradicionais, mas também fundada em receio legítimo das implicações e custo dessa mudança sem que viole os princípios que norteiam a atuação processual.

Almeida Filho¹⁴ narra que em 1939, com a edição do Código de Processo Civil à época, ocorreram críticas dos juízes quanto a adoção da datilografia, pelo fato de que poderia ocasionar insegurança jurídica no processo. Parece que a história se repete, no momento atual, quando se questiona a insegurança advinda com as novas tecnologias eletrônicas.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016a. v. I.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil** volume 1/ 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editara Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁴ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico, a informatização judicial no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

Este trabalho não pretende ofuscar as vantagens advindas da tecnologia ao campo do Direito, pois notório o fato de que permite maior agilidade e eficiência no trâmite processual, conforme revela Marcacini¹⁵:

Noutras palavras, a informatização pode servir para facilitar o acesso à justiça, propiciar economia processual, oferecer à sociedade mais transparência acerca do exercício da jurisdição, ou trazer as sonhadas efetividade e celeridade, mediante um processo ágil, fluido, sem incidentes demasiados, em que os recursos materiais e humanos do Poder Judiciário sejam realocados para proferir e fazer cumprir a decisão acerca do direito material em disputa. Todavia, o uso inadequado da tecnologia pode, ao revés, simplesmente automatizar a burocracia, digitalizar as formalidades sem sentido, realimentar as infindáveis questões processuais, manter as pautas sobrecarregadas, e adicionar a tudo isso a insegurança trazida por novidades tecnológicas desconhecidas, mal implementadas ou mal normatizadas, a produzir outros novos incidentes.

Portanto, imprescindível a cautela nesse processo de transformação, que deve considerar a mudança e impactos na tradição do direito brasileiro, especialmente quando da utilização dos documentos utilizados com valor probatório, os quais necessitam dos requisitos imprescindíveis à garantia e segurança dos princípios fundamentais do direito pátrio.

3. DISCIPLINA JURÍDICA DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS NO BRASIL

Faz-se necessário contextualizar a evolução das normas jurídicas que disciplinam o tema de documentos eletrônicos no Brasil, demonstrando a intenção legislativa em acompanhar a evolução tecnológica e consequente alteração na produção documental e reflexos nos negócios jurídicos.

De início, cabe diferenciar os documentos produzidos eletronicamente, nato-digitais, com assinatura eletrônica por *token* ou outra forma estipulada em lei, que indubitavelmente têm força probante e validade jurídica nos termos da Lei 11.419/2006¹⁶.

O que se questiona é a força probante dos documentos físicos que são convertidos em eletrônicos por meio de digitalização, cujo original continua sendo o produzido em papel.

Explica Marinoni¹⁷ que, em havendo impugnação sobre prova documental, poderá o magistrado exigir a apresentação do original – cuja guarda, até a conclusão do processo ou até

¹⁵ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico, a informatização judicial no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

¹⁶ BRASIL. Lei n. 11.419/06. Dispõe sobre a utilização dos meios eletrônicos nos procedimentos judiciais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.html

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil** volume 1/ 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editara Revista dos Tribunais, 2017.

o final do prazo para a propositura de ação rescisória, é imposição da lei àquele que produziu a digitalização do documento – para que se proceda à prova pericial ou outra prova necessária para a avaliação de sua autenticidade e veracidade (art. 11, § 3.º, da Lei 11.419, de 2006).

A análise dessa problemática pauta-se na evolução legislativa sobre o tema, desde a Medida Provisória 2.200-2/2001¹⁸, que habilita a utilização de certificados digitais para conceder validade jurídica aos documentos eletrônicos.

A resposta legislativa a essa evolução tecnológica veio com a Lei n. 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização dos processos judiciais, mas que diferencia a força probante dos documentos digitalizados:

Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

§ 1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, **ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.**

§ 2º A arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

§ 3º Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória. (grifo nosso)

Em 2012, a Lei n. 12.682¹⁹, que dispõe sobre a elaboração e arquivamento de documentos em meio eletromagnéticos, ratificou o disposto na Lei n. 11.419/2006 em relação à limitação da força probante dos documentos digitalizados, conforme razões de veto expostas:

Ao regular a produção de efeitos jurídicos dos documentos resultantes do processo de digitalização de forma distinta, os dispositivos ensejariam insegurança jurídica. Ademais, as autorizações para destruição dos documentos originais logo após a digitalização e para eliminação dos documentos armazenados em meio eletrônico, óptico ou equivalente não observam o procedimento previsto na legislação arquivística. A proposta utiliza, ainda, os conceitos de documento digital, documento digitalizado e documento original de forma assistemática. Por fim, não estão estabelecidos os procedimentos para a reprodução dos documentos resultantes do processo de digitalização, de forma que a extensão de efeitos jurídicos para todos os fins de direito não teria contrapartida de garantia tecnológica ou procedimental que a justificasse.

¹⁸ BRASIL. Medida Provisória 2.200/01. Dispõe sobre a Infra- Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-1.htm.

¹⁹ BRASIL. Lei 12.682, de 9 de julho de 2012. Dispõe sobre a elaboração e arquivamento de documentos em meio eletromagnético. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12682.htm

No entanto, em 2015, o Novo Código de Processo Civil, promulgado pela Lei n. 13.105, de 16 de março, abordou de forma expressa a concepção de autenticidade para documentos eletrônicos, com a inserção dos incisos II e III, do art. 411 e art. 425:

Art. 411. Considera-se autêntico o documento quando:

I - o tabelião reconhecer a firma do signatário;

II - a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei;

III - **não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento.** (grifo nosso)

Art. 425. Fazem a mesma prova que os originais:

I - as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências ou de outro livro a cargo do escrivão ou do chefe de secretaria, se extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas;

II - os traslados e as certidões extraídas por oficial público de instrumentos ou documentos lançados em suas notas;

III - as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório com os respectivos originais;

IV - as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal, **se não lhes for impugnada a autenticidade;**

V - os extratos digitais de bancos de dados públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem;

VI - as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, quando juntadas aos autos pelos órgãos da justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pela Defensoria Pública e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados, **ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração.** (grifo nosso).

Está em trâmite, na Câmara dos Deputados, projeto de lei nº 7920/2017²⁰, que tem como objetivo alterar a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, a Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a digitalização de documentos.

²⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 7.920, de 2017. Altera a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, a Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a digitalização de documentos. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=421A6AC547B83C872583B3D3DBCC846C.proposicoesWebExterno2?codteor=1583747&filename=Avulso+-PL+7920/2017; acesso em: 18 jun. 2018.

Art. 5º O art. 425 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de

Processo Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 425.
.....

VII – os documentos digitais produzidos conforme processo de digitalização previsto em regulamento.

.....
§ 2º Tratando-se de cópia digital de documento relevante à instrução do processo, ressalvado o disposto no § 3º, o juiz poderá determinar seu depósito em cartório ou secretaria.

§ 3º O disposto no §1º não se aplica ao documento que tenha o mesmo valor legal no suporte físico e no suporte digital, inclusive título executivo extrajudicial e os demais documentos digitais previstos no inciso VII do **caput**.” (NR)

Em nota, o Conselho Nacional de Arquivos²¹ critica o Projeto de Lei em referência por não considerar a aplicação da análise forense ou diplomática forense, em casos de contestação de veracidade, impugnação e/ou denúncias de adulteração e falsificação de documentos.

Em 30 de abril de 2019, foi editada Medida Provisória nº 881²² que alterou a Lei 12.682/2012 inserindo, em sua primeira edição, a redação do art. 2º-A:

Art. 2º - A. Fica autorizado o armazenamento, em meio eletrônico, óptico ou equivalente, **de documentos privados**, compostos por dados ou por imagens, observado o disposto nesta Lei, nas das demais legislações específicas e no regulamento. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

§ 1º Após a digitalização, constatada a integridade do documento digital **nos termos estabelecidos no regulamento**, o original poderá ser destruído, ressalvados os documentos de valor histórico, cuja preservação observará o disposto na legislação específica. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

§ 2º O documento digital e a sua reprodução, em qualquer meio, realizada de acordo com o disposto nesta Lei e na legislação específica, terão o mesmo valor probatório do documento original, para todos os fins de direito, inclusive para atender ao poder fiscalizatório do Estado.(Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

§ 3º Decorridos os respectivos prazos de decadência ou de prescrição, os documentos armazenados em meio eletrônico, óptico ou equivalente poderão ser eliminados. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

§ 4º Os documentos digitalizados nos termos do disposto neste artigo terão o mesmo efeito jurídico conferido aos documentos microfilmados, nos termos do disposto na Lei

²¹ CONSELHO NACIONAL DE ARQUIVOS. Nota do CONARQ sobre o PLS 146/2007 (2016). Disponível em: Disponível em: Disponível em: <http://www.conarq.gov.br/noticias/533-nota-do-conarq-sobre-o-pls-146-2007.html>

²² BRASIL. Medida Provisória 881/2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.html.

nº 5.433, de 8 de maio de 1968, e regulamentação posterior.(Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

§ 5º Ato do Secretário de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia estabelecerá os documentos cuja reprodução conterá código de autenticação verificável. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019) (grifo nosso).

Observa-se que a resposta legislativa sobre o tema, em um primeiro momento, abriu espaço para a substituição do original, pelo mecanismo da digitalização, apenas para documentos privados. Concluindo-se, portanto, que permanecia o entendimento da necessidade de guarda dos documentos públicos para fins de prova.

A exposição de motivos²³, que objetiva relatar as razões políticas e econômicas que motivaram a proposta da Medida Provisória, norteia-se substancialmente em critérios de sustentabilidade, preservação do meio ambiente e produtividade, sequer fazendo análise jurídica, como se observa na fundamentação:

Inciso X – Equipara o documento microfilmado ou digital ao documento físico, nos termos da regulamentação. Não podemos ser um país exemplar na proteção ao meio-ambiente se ainda adotarmos a noção, passada e arcaica, de que documentos físicos devem necessariamente ser apresentados. Para isso, insere-se como norma de direito público a equivalência entre o digital, devidamente regulado, e o físico. Não só se observa o disposto constitucional de preservação ao meio-ambiente, como também se busca aumentar a produtividade dos brasileiros em decorrência da redução dos altos custos de transação referentes à produção e à manutenção de acervos físicos de comprovantes de obrigações de todo tipo.

Ratifica esse entendimento de análise superficial ao tema o sumário executivo da medida provisória²⁴, que fundamenta a medida no tópico intitulado “Eliminação ou simplificação de procedimentos administrativos e judiciais no âmbito da Administração Pública.”

No entanto, Projeto de Lei de conversão nº 17/2019²⁵, proveniente da medida provisória 881/2019, datado em 11 de julho de 2019, propôs alteração da redação que altera a Lei n. 12682/2012, para fazer constar a seguinte redação:

²³ BRASIL. Exposição de Motivos da Medida Provisória 881, de 30 de abril de 2019, que Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf

²⁴ SENADO FEDERAL. Sumário Executivo da Medida Provisória 881/2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/136531>

²⁵ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei de conversão nº 17, de 2019. Proveniente da Medida Provisória nº 881, de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7979447&ts=1565206873427&disposition=inline>.

Art. 2º-A Fica autorizado o armazenamento, em meio eletrônico, óptico ou equivalente, **de documentos públicos ou privados**, compostos por dados ou por imagens, observado o disposto nesta Lei, nas das demais legislações específicas.

§ 1º Após a digitalização, constatada a autenticidade e integridade do documento digital, **conforme regulamento**, o original poderá ser destruído, ressalvados os documentos de valor histórico, cuja preservação observará o disposto na legislação específica.

§ 2º O documento digital e a sua reprodução, em qualquer meio, realizada de acordo com o disposto nesta Lei e na legislação específica, terão o mesmo valor probatório do documento original, para todos os fins de direito, inclusive para atender ao poder fiscalizatório do Estado.

§ 3º Decorridos os respectivos prazos de decadência ou de prescrição, os documentos armazenados em meio eletrônico, óptico ou equivalente poderão ser eliminados.

4º Os documentos digitalizados nos termos do disposto neste artigo terão o mesmo efeito jurídico conferido aos documentos microfilmados, nos termos do disposto na Lei nº 5.433, de 8 de maio de 1968, e regulamentação posterior.

§ 5º Ato do Ministro da Economia estabelecerá os documentos cuja reprodução conterá código de autenticação verificável.

§ 6º O regulamento de que trata o § 1º será aquele editado pelo Conselho Monetário Nacional, se houver, relativamente aos documentos relativos a operações e transações realizadas no sistema financeiro nacional.

§ 7º É lícita a reprodução de documento digital, em papel ou qualquer outro meio físico, que contiver mecanismo de verificação de integridade e autenticidade, na maneira e técnica definida pelo mercado, cabendo ao particular o ônus de demonstrar integralmente a presença de tais requisitos.

§ 8º Para a garantia de preservação da integridade, da autenticidade e da confidencialidade, para documentos públicos, será usada certificação digital no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.” (NR) (grifo nosso).

Essa versão final de texto, encaminhada para sanção presidencial, apresenta alterações substanciais, como a inclusão de autorização para eliminação de documentos públicos, após digitalizados.

Importante destacar que ambos os textos contêm a sinalização da necessidade de norma regulamentadora para a destruição dos originais, após constatada a autenticidade e integridade. Trata-se, portanto, de norma com eficácia limitada, pois carece de norma posterior para aplicabilidade.

A inclusão do disposto no §6º, que estipula a competência do Conselho Monetário Nacional para regulamentar a matéria atinente aos documentos relativos a operações e transações realizadas no sistema financeiro nacional, revela indícios do uso de *blockchain*, entendido como um livro de registros compartilhados²⁶.

²⁶ CASTELLS, Manuel. **Outra economia é possível: cultura e economia em tempos de crise**. Tradução Renato Aguiar; revisão técnica Norberto Montani Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

O *blockchain* é uma tecnologia revolucionária vaticinada por diversos especialistas como a maior revolução digital desde a criação da *world wide web* (*www*). Por meio dessa ferramenta é possível registrar documentos públicos, criptografados e em ambiente seguro, de forma descentralizada, prescindindo de agente centralizado. Nessa seara, ensina Rosa²⁷:

Desta forma, em sendo a rede *blockchain* dotada de alto grau de integridade, criptografia avançada, auditabilidade e transparência, sendo que os dados ali inseridos tornam-se imutáveis e à luz da legislação vigente, convergindo com os princípios constitucionais expostos e a legislação infraconstitucional explicitada, não resta dúvida de que as provas documentais geradas no sistema possuem validade jurídica.

Desde junho de 2019, está em andamento Projeto de Lei, n. 3443/2019²⁸, que visa, entre outras questões, a obrigatoriedade do uso das inovações em tecnologia, como a *blockchain*, em todos os departamentos da administração pública brasileira.

Tal tecnologia promete ser a solução para problemas de segurança no armazenamento de informações, e, com certeza, será utilizada no âmbito dos processos judiciais eletrônicos.

4. PRODUÇÃO E VALORAÇÃO DE PROVAS DOCUMENTAIS ELETRÔNICAS

Em que pese, anteriormente, não haver autorização legislativa expressa sobre a equivalência probatória entre o documento digitalizado e o documento físico original público, inclusive com permissão para a eliminação deste, vários Tribunais de Justiça já se valiam da interpretação do art. 411, III, do Código de Processo Civil para determinar o descarte de provas documentais que compõem processos judiciais em andamento, após digitalização e abertura de vista às partes para manifestação.

Para Tepedino²⁹, o documento eletrônico tem encontrado ampla acolhida como fonte válida de prova, embora se verifique legítima preocupação a respeito da utilização e do valor da prova obtida no meio eletrônico.

Reforça Theodoro Júnior³⁰ que o documento eletrônico formado sem as cautelas de assinatura digital é meio de prova, cuja força de convencimento, entretanto, será avaliada dentro das características do caso concreto.

²⁷ ROSA, Alexandre Moraes; PRÓSPERO, Felipe Navas. Revista Consultor Jurídico, 11 de janeiro de 2019. Disponível em: www.conjur.com.br.

²⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 7.920, de 2017. Altera a Lei n. 9.998 de 2000. Dispõe sobre a Prestação Digital dos Serviços Públicos na Administração Pública - Governo Digital. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2207511>.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco de Assis. A evolução da prova entre o direito civil e o direito processual civil. **Revista Pensar**, Fortaleza, CE, Brasil. v. 22, n. 2 (2017), pg. 562

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I, 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1247.

Um dos problemas que se enfrenta é em relação às dificuldades para presunção de autenticidade dos documentos digitais, descrito na Resolução nº 37/2010³¹ do Conselho Nacional de Arquivos, em razão de serem facilmente duplicados, distribuídos, renomeados, reformatados ou convertidos, além de poderem ser alterados e falsificados com facilidade, sem deixar rastros aparentes.

A aferição de autenticidade nos documentos eletrônicos ocorre por meio de técnicas de processamento de imagens aplicadas pela perícia forense. Para Arruda³², com a atual facilidade de acesso a aplicativos especializados em edição de imagens, alguns dos quais disponibilizados de forma gratuita, é cada vez mais comum a existência de imagens adulteradas digitalmente.

Parodi³³ complementa que os documentos eletrônicos têm características profundamente diferentes dos tradicionais documentos cartáceos, sendo, de forma geral, muito mais fáceis de falsificar em seu teor e conteúdo e sendo sensivelmente mais difícil comprovar sua real origem e autoria (que também pode ser simulada ou falsificada com grande facilidade).

A título de exemplo, demonstra Reis³⁴ no artigo desenvolvido para análise forense de amostra de imagem publicada em 2009, da suposta ficha criminal da então presidenciável Dilma Rousseff, no jornal da Folha de São Paulo. O autor demonstra que:

Contratos, fotos e fichas cadastrais: o universo de documentos com versões digitalizadas é uma realidade cada vez maior nos ambientes corporativos, governamentais e organizacionais. (...) existe verdadeira onda de montagens, notícias e imagens falsas hoje vinculadas na internet, principalmente em períodos eleitorais e em vários lugares do mundo.

Nesse contexto Parodi afirma:

Isso quer dizer que grande parte dos documentos em formato digital, assim como apresentados normalmente nos processos, poderia muito bem ser falsa em tudo ou em parte, sem que fosse possível detectar ou avaliar tal eventual falsidade com uma análise não profissional, ou seja, existe a possibilidade (bastante real e consistente) que processos estejam sendo julgados com base em documentos digitais falsos, que foram aceitos como provas válidas sem as devidas precauções.

³¹ CONSELHO NACIONAL DE ARQUIVOS (Brasil). **Diretrizes para a presunção de autenticidade de documentos arquivísticos digitais**. Rio de Janeiro, 2012a. Disponível em: http://www.conarq.arquivonacional.gov.br/media/diretrizes_presuncao_autenticidade_publica_da.pdf.

³² ARRUDA, Gustavo Henrique Machado de et al. Exames em Imagens Digitais. In: VELHO, Jesus Antonio (Org.). **Tratado de Computação Forense**. Campinas: Millenium Editora, 2016. cap. 6, p. 208-243.

³³ PARODI, Lorenzo. **A validade da prova documental em formato digital nos processos brasileiros**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/lorenzo-parodi-validade-prova-documental-formato-digital>

³⁴ REIS, Wesley Silva. **Análise forense de imagens digitais no estudo de caso da ficha criminal de Dilma Rousseff**. Revista Online IPOG Especialize. Dezembro, 2018.

Dessa forma, o estudo sobre a possibilidade de equiparação da força probante do documento digitalizado e do original deve se pautar também nas possibilidades tecnológicas de perícia digital que possam trazer segurança jurídica ao processo.

Sabe-se que a teleologia do processo é a busca da verdade que está intrinsecamente ligada à completude do material probatório. Para que o processo realmente alcance a decisão justa, inevitavelmente perpassa pela análise dos fatos dispostos em provas, inclusive documentais.

Nesse sentido, Ramos³⁵ dispõe que o processo deve ser dotado de mecanismos para maximizar e melhorar a busca da verdade:

A verdade deve, portanto, ser colocada como um dos objetivos centrais e primários do processo (sempre lembrando que a verdade é o fim da prova), já que o órgão estatal não pode colocar o selo de sua autoridade em uma decisão que foi obtida com uma averiguação incompleta dos fatos. A preocupação deve ser, pois, de, dentro de tais balizas, proceder para que seja possível maximizar a acuidade da determinação dos fatos.

Corroborando com esse entendimento, Godinho³⁶ bem explica:

Exatamente para o correto enquadramento da prova no modelo constitucional de processo é que se afigura relevante o debate acerca da busca da verdade. Não se trata de defender aqui a existência de uma verdade absoluta ou de construir a tradicional proposta de que a verdade processual é peculiar em relação ao mundo exterior, mas, sim, procurar demonstrar que o compromisso da prova com a verdade é uma face da concretização no processo de valores constitucionais.

A busca pela verdade pode estar comprometida ao se permitir a eliminação de documentos originais, sem critérios regulamentados e solidificados, que garantam a integridade da informação e desde que a imagem de substituição, advinda da migração de suporte, seja suficiente para verificar a autenticidade sem prejuízo para a parte que alega a falsificação.

Adverte Zaina³⁷ que tendo em vista a possibilidade de ampla e célere divulgação da informação sob forma eletrônica, torna-se imperioso dosar, com absoluta cautela, a aceitação de determinado documento eletrônico como meio de prova no processo, sempre que confrontados direito fundamental a transparência e a celeridade com direito igualmente fundamental de inviolabilidade.

Em análise a essa questão de validade jurídica e força probante dos documentos digitalizados sob a perspectiva do direito comparado, nos Estados Unidos existem duas leis que estabelecem o procedimento de admissibilidade de documentos digitalizados em tribunais.

³⁵ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

³⁶ GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais., 2015.

³⁷ ZAINA, Ana Carolina. Valor probante do documento eletrônico: sua aceitação e limites. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 2, n. 15, p. 211-229, jan./fev. 2013.

O primeiro é o *The Uniform Photographic Copies of Business and Public Records as Evidence Act (UPA)* (US 1128-0020-00)³⁸. Este ato especifica que as reproduções de registros possuem o mesmo valor legal que o original, podendo ser utilizadas em Tribunais, desde que a técnica utilizada reproduza com precisão o original:

If any business, institution, member of a profession or calling or any department or agency of government, in the regular course of business or activity has kept or recorded any memorandum, writing, entry, print, representation or combination thereof, of any act, transaction, occurrence or event, and in the regular course of business has caused any or all of the same to be recorded, copied or reproduced by any photographic, photostatic, microfilm, microcard, miniature photographic, optical imaging, or other process which accurately reproduces or forms a durable medium for so reproducing the original, the original may be destroyed in the regular course of business unless the same is an asset or is representative of title to an asset held in a custodial or fiduciary capacity or unless its preservation is required by law. Such reproduction, when satisfactorily identified, is as admissible in evidence as the original itself in any judicial or administrative proceeding whether the original is in existence or not and an enlargement or facsimile of such reproduction is likewise admissible in evidence if the original reproduction is in existence and available for inspection under direction of court. The introduction of a reproduced record, enlargement or facsimile, does not preclude admission of the original.³⁹

A outra norma *The Uniform Rules of Evidence* (US 128-0060-00 to 0170-00)⁴⁰ prevê a admissibilidade como evidência da mesma forma que o documento original de duplicatas digitais, desde que reproduzidas com precisão:

For purposes of this article the following definitions are applicable: (1) Writings and recordings.- "Writings" and "recordings" consist of letters, words, or numbers, or their equivalent, set down by handwriting, typewriting, printing, photostating, photographing, magnetic impulse, mechanical or electronic recording, or other form of data compilation. (2) Photographs.- "Photographs" include still photographs, X-ray films, video tapes, and motion pictures. (3) Original.- An "original" of a writing or recording is the writing or recording itself or any counterpart intended to have the same effect by a person executing or issuing it. An "original" of a photograph includes the negative or any print therefrom. If data are stored in a computer or similar device, any printout or other output readable by sight, shown to reflect the data accurately, is an "original". (4) Duplicate.-A

³⁸ WASHINGTON STATE LEGISLATURE. **Uniform Photographic Copies of Business and Public Records as Evidence Act**. Disponível em: <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=5.46&full=true>

³⁹ 39. Se qualquer empresa, instituição, membro de uma profissão ou vocação ou qualquer departamento ou agência do governo, no curso regular dos negócios ou atividade, manteve ou arquivou qualquer memorando, escrito, informação, impressão, representação ou combinação dos mesmos, de qualquer ato, transação, ocorrência ou evento e, no curso normal dos negócios, fez com que todo ou qualquer um deles fosse arquivado, copiado ou reproduzido por qualquer processo fotográfico, fotostático, microfilme, microficha, fotográfico em miniatura, imagem óptica ou outro processo que reproduz com precisão ou forma um meio durável para reproduzir o original, o original poderá ser destruído no curso regular dos negócios, a menos que o mesmo seja um ativo ou seja representativo da titularidade de um ativo mantido em capacidade de custódia ou fiduciária ou a menos que sua preservação seja exigida por lei. Essa reprodução, quando satisfatoriamente identificada, é tão admissível como evidência quanto o próprio original em qualquer processo judicial ou administrativo, independentemente de o original existir ou não, e uma ampliação ou fac-símile dessa reprodução também é admissível em evidência se a reprodução original existir e estiver disponível para inspeção sob direção do tribunal. A introdução de um registro reproduzido, ampliação ou fac-símile, não impede a admissão do original.

⁴⁰ WASHINGTON STATE LEGISLATURE. **United States Code: Federal Rules of Evidence, 28a U.S.C. (1988)**. Disponível em: <http://cdn.loc.gov/service/ll/uscode/uscode1988-01202/uscode1988-012028a005/uscode1988-012028a005.pdf>

"duplicate" is a counterpart produced by the same impression as the original, or from the same matrix, or by means of photography, including enlargements and miniatures, or by mechanical or electronic re-recording, or by chemical reproduction, or by other equivalent techniques which accurately reproduces the original.⁴¹

Portanto, a aceitabilidade da reprodução do documento original está condicionada ao procedimento estabelecido para a criação das cópias. Dessa forma, são previstos requisitos como armazenamento confiável, exigência de trilhas de auditorias que comprovem a transação realizada corretamente para fins de prova de que a representação de fato é verdadeira.

No âmbito do Reino Unido, as cópias eletrônicas serão aceitas como evidência, desde que possuam qualidade suficiente para permitir a legibilidade de todas as informações. Ou seja, equipamentos domésticos, como fotocopadoras e scanner simples podem não atender aos requisitos exigidos.

A norma utilizada é o *BIP 10008 previously known as PD 0008 is a code of practice for legal admissibility and evidential weight of information stored electronically*⁴². Esse código prevê inclusive a atualização dos arquivos eletrônicos por meio de conversão para garantir o acesso, visto que os sistemas operacionais podem ser atualizados prejudicando o acesso aos documentos.

The Code describes procedures and processes for transferring electronic information from one computer system to another where the issues of authenticity, integrity and availability as required by the legal admissibility and evidential weight of the sent and/or received information is important, typically where two organizations are involved. Whilst specific systems are not addressed by the Code, the requirements of the system (both system and procedural) are included. DEFINITIONS Authenticity – trustworthiness of origin and evidential content Integrity – retention of the evidential content of the information Availability – accessibility of the information as required Electronic document transfers are being used increasingly for electronic trading, where a ‘document’ is often described as a ‘transaction’ or a ‘message’ (e.g. in e-commerce applications). Such systems can be operated under the recommendations of the Code. The sender and/or recipient of a data file may be a person, an organization, an application, an electronic system or a device. In many instances there will be a 1:1 relationship between the sender and the recipient; the Code applies to these and to situations where there are many recipients and a single sender. The Code is for use with any type of computer file using a wide range of transfer infrastructures. Data files may contain binary data, text, images, computer-aided design

⁴¹ Para os fins deste artigo, são aplicáveis as seguintes definições: (1) escritas e gravações .- "escritas" e "gravações" consistem em letras, palavras ou números ou seu equivalente, estabelecidos por manuscrito, datilografia, impressão, fotoestatística, fotografia, impulso magnético, gravação mecânica ou eletrônica ou outra forma de compilação de dados. (2) Fotografias .- "Fotografias" incluem fotografias, filmes com raios X, fitas de vídeo e filmes. (3) Original.- Um "original" de uma escrita ou gravação é a própria escrita ou gravação ou qualquer contraparte que tenha o mesmo efeito por uma pessoa que a executa ou emite. Um "original" de uma fotografia inclui o negativo ou qualquer impressão dele resultante. Se os dados são armazenados em um computador ou dispositivo similar, qualquer impressão ou outra saída legível pela visão, apresentada para refletir os dados com precisão, é um "original". (4) Duplicata.- Uma "duplicata" é uma contrapartida produzida pela mesma impressão que o original, ou da mesma matriz, ou por meio de fotografia, incluindo ampliações e miniaturas, ou por regravação mecânica ou eletrônica, ou por reprodução química ou por outras técnicas equivalentes que reproduzem com precisão o original.

⁴² THE BRITISH STANDARDS INSTITUTION. [Evidential weight and legal admissibility of electronic information. Specification.](https://pdfs.semanticscholar.org/d058/ec3813b210d1e9522b3cc8e92050eb9a4db5.p) BS 10008:2014. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d058/ec3813b210d1e9522b3cc8e92050eb9a4db5.p>

(CAD) data, moving or still video images, audio or any combination of these or similar data types, or may be computer software files (or any combination of these).⁴³

Taruffo⁴⁴ traz uma narrativa sobre a legislação do tema em outros países:

Após a diretiva n. 93 emitida pela União Européia em 13 de dezembro de 1999, diversos países europeus promulgaram leis especificamente relacionadas com as provas informáticas. Por exemplo, na França, a lei 2000- 230, promulgada em 13 de março de 2000, baseia-se no princípio da plena equivalência entre as provas informáticas e as provas escritas, sempre que o autor da declaração possa ser identificado facilmente e que o documento eletrônico tenha sido criado e conservado devidamente. Na Itália tem-se promulgado diversas leis nos últimos anos: atualmente, as provas informáticas estão reguladas por uma lei de 15 de fevereiro de 2002. Também nesse caso, a nova regulação segue o princípio básico da equivalência entre as provas informáticas e as provas escritas, com disposições detalhadas acerca das técnicas a serem adotadas para a criação de documentos eletrônicos.

Nota-se a preocupação na legislação alienígena em estipular critérios rigorosos no cumprimento de condições especiais com relação ao funcionamento e ao uso das provas no ambiente eletrônico. Nesse sentido, conclui Taruffo⁴⁵:

O equipamento do computador deve ser padrão, o processo precisa ser executado de maneira correta e apropriada e o programa deve ser implementado adequadamente. Em síntese: deve-se provar que todo o maquinário que produziu o documento funcionou correta e apropriadamente.

Embora possa contrariar o senso comum, o armazenamento em meio digital de informações pode ser mais perecível que o papel. No Brasil, até então, a única legislação que autorizava a substituição do papel original pela imagem era a Lei de Microfilmagem (Lei nº 5433/1968).

⁴³ O Código descreve procedimentos e processos para a transferência de informações eletrônicas de um sistema de computador para outro, onde são importantes os problemas de autenticidade, integridade e disponibilidade exigidos pela admissibilidade legal e peso probatório das informações enviadas e / ou recebidas, geralmente onde duas organizações estão envolvidas. Embora sistemas específicos não sejam abordados pelo Código, os requisitos do sistema (tanto de sistema quanto procedimentais) estão incluídos. DEFINIÇÕES Autenticidade - confiabilidade da origem e conteúdo comprobatório Integridade - retenção do conteúdo comprobatório das informações Disponibilidade - acessibilidade das informações conforme necessário .As transferências eletrônicas de documentos estão sendo cada vez mais usadas no comércio eletrônico, onde um 'documento' é frequentemente descrito como uma 'transação 'ou uma' mensagem '(por exemplo, em aplicativos de comércio eletrônico). Tais sistemas podem ser operados de acordo com as recomendações do Código. O remetente e / ou destinatário de um arquivo de dados pode ser uma pessoa, uma organização, um aplicativo, um sistema eletrônico ou um dispositivo. Em muitos casos, haverá um relacionamento 1: 1 entre o remetente e o destinatário; o Código se aplica a estes e a situações em que existem muitos destinatários e um único remetente. O Código é para uso com qualquer tipo de arquivo de computador, usando uma ampla variedade de infra-estruturas de transferência. Os arquivos de dados podem conter dados binários, texto, imagens, desenho assistido por computador(CAD), imagens em movimento ou estáticas, áudio ou qualquer combinação desses tipos de dados ou similares, ou podem ser arquivos de software de computador (ou qualquer combinação destes).

⁴⁴ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014

⁴⁵ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014

Existe razão para essa previsão legal. A segurança no procedimento regulamentado e a garantia de acesso às informações por um longo prazo, que para o suporte de microfilmes chega a 500 anos, conforme as normas ISO e ANSI⁴⁶.

Em se tratando de documentos públicos, sob controle da Administração Pública, existem diferentes prazos de guarda, temporalidade, conforme o assunto do processo. Dito isto, existem informações que devem ser acessadas em curto, médio e longo prazo.

Nesse contexto de discussão também é pertinente ressaltar a necessidade de garantia de informações seguras no contexto eletrônico. O meio de armazenamento e a forma de transmissão da informação devem seguir procedimentos seguros capazes de garantir o armazenamento livre de ataques cibernéticos, documentos salvaguardados em repositórios digitais confiáveis – RDC-Arq⁴⁷, com a segurança de manutenção da cadeia de custódia, assuntos ainda pouco discutidos e com reduzida implementação no país.

5. O DOCUMENTO DIGITALIZADO COMO PROVA DOCUMENTAL: ANÁLISE CRÍTICA DO INQUÉRITO POLICIAL

Com o objetivo de explorar o assunto em debate neste artigo, foram realizadas entrevistas com representantes dos órgãos públicos, da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário, que lidam com a gestão, análise e custódia desse acervo utilizado como prova.

A metodologia aplicada foi a pesquisa exploratória prévia. O tema em questão carece de investigação para comprovação de hipóteses e esclarecimentos em relação ao entendimento adotado pelos órgãos envolvidos na discussão.

Para tanto, foram entrevistados profissionais dos órgãos que lidam diretamente com a tramitação de inquéritos policiais a fim de averiguar a leitura que fazem da legislação e aplicação da norma nos casos concretos.

As entrevistas, portanto, visam a ilustrar a pesquisa e não se consubstanciam em pesquisa de campo, aferindo apenas impressões de pessoas que possuem experiências práticas com o tema. Optou-se por selecionar um tipo de documento público, o inquérito policial, e analisar a repercussão e reflexos práticos da nova legislação, proveniente da Medida Provisória 881/2019, que autoriza a eliminação de documentos após a digitalização, conferindo a imagem o mesmo valor probatório do original físico.

⁴⁶ American National Standard for Information Sciences – Permanence of paper for printed publication and documents in libraries and archives. ANSI Z39.48-1992.

⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE ARQUIVOS. Diretrizes para a implementação de repositórios arquivísticos digitais confiáveis – RDC-Arq. Disponível Em: http://www.conarq.gov.br/images/publicacoes_textos/diretrizes_rdc_arq.pdf

Os documentos públicos conforme Theodoro Júnior⁴⁸, podem ser subdivididos segundo as fontes enunciadas no art. 405 do CPC em:

- (a) judiciais: quando elaborados por escrivão, com base em atos processuais ou peças dos autos;
- (b) notariais, quando provenientes de tabeliães ou oficiais de Registros Públicos, e extraídos de seus livros e assentamentos;
- (c) administrativos, quando oriundos de outras repartições públicas.

Os inquéritos policiais são classificados como documentos administrativos, de caráter inquisitorial, elaborados pela Polícia, de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

No bojo do inquérito policial não há que se falar em contraditório e ampla defesa, pois durante a investigação o processo fica adstrito a autoridade policial e, após relatado, segue para o Ministério Público que, mesmo prescindindo do inquérito, pode utilizá-lo para propor denúncia.

A pesquisa considerou que o CPC exerce uma posição de centralidade em relação às normas processuais, como dispõe o art. 15 do referido Código: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

Reforça o entendimento acima, o exposto no Enunciado 3 do CJF⁴⁹: As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.

Dessa forma, mesmo diante da regulação dos inquéritos policiais prevista no Código de Processo Penal, após sua judicialização, que ocorre com a propositura da denúncia e consequente submissão ao contraditório e à ampla defesa, há que se considerar o impacto decorrente dos dispositivos do Código de Processo Civil e da Medida Provisória 881/2019 em relação a estes documentos.

Atualmente, grande parte dos Ministérios Públicos mantêm em seus arquivos os inquéritos policiais físicos originais que foram digitalizados para serem inseridos nos sistemas judiciais eletrônicos para (1) Propositura de Ação penal ou (2) Para homologação de arquivamento. Essas hipóteses de atuação do MP são expressas no Código de Processo Penal, capítulo da Ação Penal.

Portanto, a imagem eletrônica do inquérito, ou apenas as peças selecionadas pelo membro do *Parquet*, seguem para a Justiça no trâmite do processo judicial.

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I, 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1221.

⁴⁹ TARTUCE, Fernanda. **CPC na jurisprudência**. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2018.

Com a lei promulgada em virtude da Medida Provisória 881/2019⁵⁰, uma interpretação possível é subtender que está autorizada a eliminação de inquéritos policiais, após sua digitalização. Esse raciocínio deriva da leitura do § 1º art. 2º da Lei n. 13874/2019, que autoriza a destruição do documento público original, após a digitalização.

Diante desse contexto, foram elaboradas três perguntas para aferir os reflexos da norma:

1. Considerando os Inquéritos Policiais físicos (originais) e as normativas vigentes, como avalia a Medida Provisória 881/2019 (Liberdade Econômica) que propõe a autorização da digitalização de documentos públicos e privados?

Objetivo: Analisar a percepção dos representantes dos órgãos diante dos benefícios propostos pela MP, tais como celeridade, maior sustentabilidade e proteção ao meio ambiente, no tocante a digitalização dos inquéritos policiais físicos existentes.

A exposição de motivos da supracitada normativa não considerou aspectos jurídicos na sua concepção e nem sequer o perigo de falsificação, erros e uso indevido ou abuso, situações que podem ser suscitadas em um processo judicial, como afirma Taruffo⁵¹.

2. No âmbito da investigação criminal, os Inquéritos Policiais são ferramentas essenciais de caráter probatório. Como avalia, sob a perspectiva da segurança jurídica, ampla defesa, contraditório e a busca pela verdade, a digitalização e eliminação das provas colhidas no bojo dos autos?

Objetivo: Verificar os impactos jurídicos provenientes da medida de eliminação de documentos públicos por meio do procedimento de digitalização.

Considerando a limitação probante das provas informáticas, conforme Taruffo⁵² expõe:

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm

⁵¹ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

⁵² TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Todavia, em alguns sistemas, um documento escrito tem valor probatório somente quando reúne certas características específicas reguladas pela lei. Dado que é possível que os documentos informáticos não possuam essas características, surge novamente o problema do seu valor probatório.

3. À luz do novo Código de Processo Civil e da Lei nº 11419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, especialmente considerando o disposto no seu art. 11 § 3º, como interpreta o termo “detentor”? (Ministério Público, Polícia ou Poder Judiciário).

Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais. § 2º A arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor. § 3º Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu **detentor** até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória (grifo nosso)

Objetivo: Identificar a interpretação dada pelos representantes dos órgãos em relação a quem compete a guarda e custódia da documentação digitalizada inserida nos sistemas informatizados para tramitação eletrônica. Poderia esse documento ser mantido e convertido em eletrônico somente pelo Ministério Público, enquanto parte processual e parcial?

Analisando as respostas dos participantes, no tocante à primeira questão do roteiro de entrevista, para os representantes da Polícia e Ministério Público, a lei advinda da Medida Provisória 881/2019 representa um avanço, uma excelente iniciativa.

Para o Delegado da Polícia Civil do Distrito Federal, Thiago Nunes Hexsel, “os procedimentos policiais precisam acompanhar a Administração Pública como um todo e implantar o sistema de digitalização, para que os procedimentos fiquem mais céleres e tenha menos gasto financeiro.”

Acompanha esse raciocínio, a entrevistada representante do Ministério Público Federal, Subprocuradora-Geral da República Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, “Considero a nova lei um avanço porque permite o arquivamento digital, o que é bem importante face aos custos de manutenção para arquivamento em meio físico.”

O entrevistado representante do Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro, Dimitrius Viveiros Gonçalves, Promotor de Justiça, ressalta que a Medida Provisória em comento, convertida em lei, estabelece como principal diretriz a autorização para que “qualquer cidadão conserve documentação particular em suporte digital, de forma irrestrita, sem prazo de cautela ou exame mais acurado de suas consequências. Um dos efeitos poderá recair sobre a viabilidade da prova em ações penais futuras decorrentes de crimes cuja materialidade seja aprimorada através de exame pericial. O Direito Processual Penal brasileiro acolhe a produção de elementos por

qualquer meio de prova, desde que idôneo. Há inúmeros julgados no sentido de que se outro meio de prova tiver o condão de comprovar a falsidade material de um documento, não há razão para a realização da prova pericial. Porém, o caso concreto pode demandar a necessidade de um exame grafotécnico, por exemplo – imprescindível à verificação da falsidade de um documento. Na técnica pericial, o profissional, ao comparar os documentos manuscritos atêm-se a diversas características, dentre elas a força empregada pelo autor sobre o papel, conjuntura inviável a partir da digitalização do documento.”

Um contraponto relevante sob a perspectiva trazida pelo entrevistado Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Bruno André Silva Ribeiro, revela que “especificamente quanto ao inquérito policial, entendo que a questão, extremamente relevante e atual, necessitava de um debate mais profundo, mas mediante uma alteração legislativa específica no Código de Processo Penal. É que o regramento penal e processual penal possui particularidade, regras e princípios próprios, valendo-se indagar, inclusive, se a referida Medida Provisória teria o condão de abranger os procedimentos investigativos penais, como o próprio inquérito policial, ante a limitação expressa contida no art. 62, I, b, da CF/88.”

Nesse sentido, o objetivo notório do Poder Executivo ao estipular a Medida Provisória 881/2019, denominada Liberdade Econômica, pautou-se em aspectos econômicos, de celeridade, redução de custos e eficiência. Embora, indiscutivelmente sejam pontos de relevância, notadamente, existe uma preocupação de segurança jurídica ao se tomar essa medida para todos os documentos públicos de forma indiscriminada, o que possivelmente atingirá os inquéritos policiais.

Em relação à segunda questão proposta no roteiro de entrevista, que apresentou a análise específica em relação ao tipo documental inquérito policial e os impactos da eliminação dos documentos probatórios no tocante aos princípios de segurança jurídica, ampla defesa, contraditório e a busca pela verdade, é perceptível a convergência de ideias dos representantes da Polícia e do Ministério Público, com ressalvas significativas do representante do Poder Judiciário.

O Delegado de Polícia Civil assevera, “creio ser possível a eliminação total das provas colhidas no bojo dos autos, mas “ab initio”, penso que esta supressão total deva ser gradativa.”

A Subprocuradora-Geral da República dispõe que existe uma substituição de provas, documentada por laudos, concluindo não haver prejuízo da digitalização e consequente eliminação “os IPLs contêm laudos que comprovam perícias, há normas para manutenção, guarda e depósito de objetos físicos como armas, moeda falsa, documentos falsos. Anualmente, apreendem-se toneladas de drogas, que, após laudos, são destruídas. O que importa são os laudos, vídeos e depoimentos. Além disso, todos os processos criminais e cíveis já devem ser digitalizados e, para a propositura de ação

penal, é necessária a digitalização do IPL, PIC as peças de informação. No STJ, tudo é digitalizado e o MPF tem portaria para que todas as representações para fins fiscais sejam enviadas por meio eletrônico, o que implica a digitalização dos documentos. As audiências são filmadas, a prova não é eliminada, a prova em processo penal está ligada a laudos e análises.”

Para o Promotor de Justiça, por sua vez, o inquérito policial possui natureza inquisitiva, não possuindo contraditório e ampla defesa, de forma inerente à fase investigativa. Assevera, no entanto, que “O problema cinge-se, nas hipóteses em que a materialidade delitiva estiver associada e depender eminentemente de prova pericial lastreada em elementos físicos, como nos casos de documentos públicos ou particulares, que constituem objetos dos crimes de falsidade. Nesses casos, poderá haver prejuízo à coleta de elementos probatórios pelo juízo, caso não estejam estabelecidas regras de preservação desses documentos.”

O Juiz de direito, entretanto, expõe o seguinte receio: “minha preocupação inicial seria com relação ao órgão responsável pelo armazenamento dos dados e das informações contidas no inquérito policial: polícia, Ministério Público ou Poder Judiciário? No meu entender, esta incumbência poderia caber a um órgão neutro, como, por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça ou o Poder Judiciário, como, aliás, sempre foi feito. Este primeiro ponto está intimamente ligado ao segundo que diz respeito à seleção/escolha do material a ser digitalização e armazenado e, por outro lado, do que deveria ser desconsiderado e destruído. Isso porque, a meu ver, o procedimento deveria englobar a integralidade do material investigatório, uma vez que a colheita de provas interessa não apenas aos órgãos envolvidos com a persecução penal, mas também e especialmente ao direito de defesa. Em suma, não poderia haver uma análise seletiva e parcial do material a ser digitalizado, armazenado e destruído, à luz apenas dos interesses persecutórios envolvidos. No direito comparado, por exemplo, existe um relevante precedente da Suprema Corte dos EUA, firmado em **Brady v. Maryland**, 373 U.S. 83 (1963), entendendo, em suma, que o Estado não tem o direito de suprimir dos autos material relevante ao exercício do direito de defesa. A meu ver, a disciplina normativa de que estamos tratando dá margem para que isso ocorra, e precisaria ser melhor disciplinado como forma de se garantir o devido processo legal, permitindo-se, assim, o pleno exercício do contraditório.”

Interessante ressaltar que, de fato, para os inquéritos policiais, existe uma separação das peças necessárias, selecionadas pelo membro do *parquet*, para digitalizar e seguir com a inicial que propõe a denúncia.

Com a eliminação do material probatório, registrado no inquérito policial, pode haver prejuízo significativo para a defesa, além de que a mera substituição de suporte, do papel para o

eletrônico, nem sempre possibilita a realização de perícias forenses, como exemplo da perícia grafotécnica.

A última questão abordada traz à tona o problema enfrentado pelos órgãos no tocante ao armazenamento e guarda dos inquéritos policiais, após a digitalização, pois, antes da Medida Provisória 881/2019, não havia autorização para eliminação desse material.

A lei do processo judicial eletrônico impõe a guarda e preservação do documento pelo seu detentor. Há grande divergência na interpretação desse termo, pois se discute a responsabilidade do órgão que deve deter os inquéritos policiais.

Para alguns, a guarda é da própria Polícia, pelo princípio da proveniência, ou seja, a produção do inquérito é feita pela Polícia e, portanto, deveria ser custodiada por ela. Para outros, o Ministério Público é o destino final e natural do inquérito Policial, sendo essa documentação produzida para o MP. Portanto, sob essa análise, o detentor seria o Ministério Público. Ainda há uma terceira corrente, que afirma ser o Poder Judiciário o órgão que deveria custodiar e preservar essa documentação, por ser o dotado de imparcialidade para tal tarefa.

Para o representante do MP, Promotor de Justiça, “Justamente em face da possibilidade de arguição de falsidade, determina a lei que o detentor preserve em seu poder os originais dos documentos digitalizados, até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória (§ 3º). O legislador, portanto, atribuiu tal condição de forma indistinta, sem direcionamento prévio para determinado ator do sistema de Justiça. Nesse sentido, permitiu que a detenção fosse incumbida a quem, por força de norma específica, fosse atribuída essa responsabilidade. A detenção do inquérito policial, nesses casos, caberá ao próprio Poder Judiciário, o que se afigura, aliás, a melhor solução, à medida que distribuída a denúncia, preserva-se o principal insumo da futura ação penal na posse de quem efetivamente a presidirá.

Ressalta-se a ponderação do Juiz de Direito entrevistado, “De plano, devemos reiterar que o processo penal tem suas peculiaridades, razão pela qual necessita de um regramento específico à luz de suas regras e princípios inerentes. Veja-se, por exemplo, que a ação rescisória tem um prazo legalmente definido, mas a revisão criminal, não. Este, por si só, já é um complicador, pois o suposto “detentor” deveria preservar, a princípio, por um prazo muito maior, os originais dos documentos digitalizados. De todo modo, ainda que regra semelhante houvesse no processo penal, minha interpretação seria no sentido de que este material deveria ficar na posse de um órgão neutro, como, por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça ou o próprio Poder Judiciário, como, aliás, sempre foi feito.”

A resposta acima reflete um ponto peculiar do documento público Inquérito Policial, trata-se da revisão criminal, que pode ser proposta a qualquer tempo, tornando essa discussão sobre a possível digitalização e posterior eliminação ainda mais complexa.

Portanto, embora não haja dúvida em relação a importância de prever legislações que versam sobre a possibilidade de digitalização de documentos públicos, afinal, deve ser considerado o avanço tecnológico.

Não obstante, sem normas de regulamentação específicas que proponham o procedimento legal para o procedimento de digitalização, é vulnerável permitir a eliminação dos documentos. Ainda mais, tratar o gênero “documentos públicos” impondo indiscriminadamente a todos os tipos documentais, inclusive os documentos regulados por normativas específicas, como é o caso do inquérito policial, acresce uma problemática não abarcada pela legislação proposta.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inevitavelmente a forma de registro dos processos judiciais foi substancialmente alterada pela tecnologia. Essa é uma evolução contínua e que, de fato, não retroagirá.

Não obstante esse processo evolutivo, há que se questionar se a legislação vigente e proposta atende aos critérios de segurança jurídica, contraditório e ampla defesa, princípios construídos e garantidos no sistema jurídico vigente. Soma-se a isso o dever do Poder Público em garantir a custódia e a produção de documentos autênticos, íntegros e eivados de legitimidade.

Desde 2012 houve a proposta de atribuir valor jurídico equivalente ao documento físico original e a cópia eletrônica proveniente do processo de digitalização. As razões do veto demonstram a insegurança jurídica da medida.

Em contrapartida, quando reacesa a proposta com a Medida Provisória 881/2019 não foi debatida esse viés jurídico e sim os motivos simplesmente econômicos e ambientais, como consta da exposição.

Apresentados os aspectos abordados pela doutrina jurídica e pela disciplina arquivística, conclui-se, salvo melhor juízo, que a norma se precipitou ao valorar indistintamente o documento público produzido em meio físico a imagem eletrônica extraída por meio de cópia.

Espera-se que haja regulamentação da Medida Provisória convertida em Lei, pelo Poder Executivo, elaborada sob critérios técnicos da legislação arquivística, a fim de garantir as propriedades intrínsecas ao documento, além de prever aspectos procedimentais que garantam os princípios constitucionais que norteiam o processo judicial.

Enquanto não houver regulamentação específica, é possível que os órgãos da Administração Pública objetivem a eliminação de documentos que passem pelo procedimento de digitalização sem sequer critérios definidos e padronizados, o que causa insegurança jurídica.

O procedimento de microfilmagem como exposto neste artigo, garante os critérios de segurança impostos pelo direito, pois possui regulamento expresso sobre os quesitos para a reprodução em filme.

A digitalização, não pode ser diferente. Ainda mais porque qualquer equipamento de uso pessoal, como o celular, possuem aplicativos que permitem a reprodução de imagem.

O regulamento, portanto, deve conter regras como mínimo de qualidade exigida, garantia de completude das páginas inseridas, assinatura com *token*, *regulado* pela ICP-Brasil, definição de servidor com atribuição para realizar a certificação, conferindo fé pública a imagem, dentre outros critérios.

Ainda, deve-se ter em mente que a digitalização dos documentos públicos e inserção nos sistemas eletrônicos judiciais deve garantir o acesso aos documentos em curto, médio e longo prazo.

Para tanto, os órgãos envolvidos devem adotar repositórios digitais confiáveis, normatizados pelas normas ISO, pois a documentação pode ser exigida e visualizada futuramente em recursos cabíveis, e no âmbito de inquéritos policiais ajuizados, por meio da revisão criminal, que pode se dar a qualquer tempo.

Dessa feita, demonstra-se neste artigo que o assunto em tela carece de maior atenção e análise pelos legisladores no tocante aos aspectos jurídicos do valor probante dos documentos digitalizados a fim de evitar problemas advindos da superficialidade no debate do tema.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico, a informatização judicial no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

ARAÚJO, Viviane Souza de. *A validade jurídica dos documentos eletrônicos como meio de prova no processo civil*. Revistas Eletrônicas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, v. 1, n. 1 (2008)- Ciências Sociais.

ARRUDA, Gustavo Henrique Machado de et al. Exames em Imagens Digitais. In: VELHO,

Jesus Antonio (Org.). *Tratado de Computação Forense*. Campinas: Millenium Editora, 2016. cap. 6, p. 208-243.

BELLOTTTO, Heloísa Liberalli. *Como fazer análise diplomática e análise tipológica de documento de arquivo*. São Paulo: arquivo do estado, imprensa oficial, 2002. 120 p. (projeto como fazer, 8).

BRASIL. *Exposição de Motivos da Medida Provisória 881, de 30 de abril de 2019*, que Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf>

Acesso em: 18 set. 2019.

_____. *Lei n. 11.419/06*. Dispõe sobre a utilização dos meios eletrônicos nos procedimentos judiciais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm> Acesso em: 18 set. 2019.

_____. *Lei 12.682, de 9 de julho de 2012*. Dispõe sobre a elaboração e arquivamento de documentos em meio eletromagnético. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12682.htm> Acesso em: 18 set. 2019.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 18 set. 2019.

_____. *Medida Provisória 2.200/01*. Dispõe sobre a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-1.htm> Acesso em: 18 set. 2019.

_____. *Medida Provisória 881/2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras

providências.

Disponível

em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm> Acesso em: 18 set. 2019.

_____. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm> Acesso em: 18 set. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 7.920, de 2017*. Altera a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, a Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a digitalização de documentos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=421A6AC547B83C872583B3D3DBCC846C.proposicoesWebExterno2?codteor=1583747&filename=Avulso+-> -

PL+7920/2017> Acesso em: 18 set. 2019.

_____. *Projeto de Lei nº 7.920, de 2017*. Altera a Lei n. 9.998 de 2000. Dispõe sobre a Prestação Digital dos Serviços Públicos na Administração Pública - Governo Digital.

Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2207511>> Acesso em 12 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE ARQUIVOS. *Diretrizes para a presunção de autenticidade de documentos arquivísticos digitais*. Rio de Janeiro, 2012a. Disponível em: <http://www.conarq.arquivonacional.gov.br/media/diretrizes_presuncao_autenticidade_publica_da.pdf> Acesso em: 18 set. 2019.

_____. *Nota do CONARQ sobre o PLS 146/2007 (2016)*. Disponível em: Disponível em:

Disponível em: Disponível em: <<http://www.conarq.gov.br/noticias/533-nota-do-conarq-sobre-o-pls-146-2007.html>> Acesso em: 18 set. 2019.

_____. *Diretrizes para a implementação de repositórios arquivísticos digitais confiáveis*

– RDC-Arq. Disponível em:
<http://www.conarq.gov.br/images/publicacoes_textos/diretrizes_rdc_arq.pdf> Acesso em: 18 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Políticas públicas do Poder Judiciário: uma análise quantitativa e qualitativa do impacto da implantação do processo judicial eletrônico (PJe) na produtividade dos tribunais*. Editora FGV, 2018. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/8fca1c5a0d1bac23a1d549c6f590cfce.pdf>> Acesso em: 18 set. 2019.

CASTELLS, Manuel. *Outra economia é possível: cultura e economia em tempos de crise*.

Tradução Renato Aguiar; revisão técnica Norberto Montani Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

DURANTI, Luciana. *Registros documentais contemporâneos como prova de ação*.

Estudos históricos. Rio de Janeiro, 1994.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil*. In:

GRECO, Leonardo. Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 357-391.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudo sobre a efetividade do processo civil*. 1999. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 1999. São Paulo: Creative Commons, 2009. (Edição eletrônica)

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel *Prova e Convicção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1/ 3*. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PARODI, Lorenzo. *A validade da prova documental em formato digital nos processos brasileiros*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/lorenzo-parodi-validade-prova-documental-formato-digital>> Acesso em 12. nov. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016a. v. I.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

REIS, Wesley Silva. *Análise forense de imagens digitais no estudo de caso da ficha criminal de Dilma Rousseff*. Revista Online IPOG Especialize. Dezembro, 2018.

RONDINELLI, Rosely Curi. *Gerenciamento arquivístico de documentos eletrônicos: uma abordagem teórica da diplomática arquivística contemporânea*. 4 ed. Rio de Janeiro. Editora: FGV, 2005. 160p.

ROSA, Alexandre Moraes; PRÓSPERO, Felipe Navas. *Revista Consultor Jurídico*, 11 de janeiro de 2019. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 18 set. 2019.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei de conversão nº 17, de 2019*. Proveniente da Medida Provisória nº 881, de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7979447&ts=1565206873427&disposition=inline>> Acesso em: 18 set. 2019.

_____. *Sumário Executivo da Medida Provisória 881/2019*, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e

dá outras providências. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/136531>> Acesso em: 18 set. 2019.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução: João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARTUCE, Fernanda. *CPC na jurisprudência*. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2018.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco de Assis. A evolução da prova entre o direito civil e o direito processual civil. *Revista Pensar*, Fortaleza, CE, Brasil. v. 22, n. 2 (2017), pgs. 551-566.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* – vol. I, 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THE BRITISH STANDARDS INSTITUTION. *Evidential weight and legal admissibility of electronic information. Specification*. BS 10008:2014. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/d058/ec3813b210d1e9522b3cc8e92050eb9a4db5.pdf>> Acesso em: 18 set. 2019.

ZAINA, Ana Carolina. Valor probante do documento eletrônico: sua aceitação e limites. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 2, n. 15, p. 211-229, jan./fev. 2013.

WASHINGTON STATE LEGISLATURE. *Uniform Photographic Copies of Business and Public Records as Evidence Act*. Disponível em: <<https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=5.46&full=true>> Acesso em: 18 set. 2019.

_____. **United States Code: Federal Rules of Evidence, 28a U.S.C. (1988)**. Disponível em: <<http://cdn.loc.gov/service/ll/uscode/uscode1988-01202/uscode1988-012028a005/uscode1988-012028a005.pdf>> Acesso em: 18 set. 2019.

LEI 13.655/18 E O SANDBOX REGULATÓRIO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL: SEGURANÇA JURÍDICA PARA UM REGIME REGULATÓRIO DIFERENCIADO

João Paulo Resende Borges

Resumo

Em um contexto marcado pelo surgimento de inovações tecnológicas e produtos e serviços disruptivos nos mercados regulados, o *sandbox* regulatório passou a ser adotado em diversos países como um instrumento dinâmico, alternativo à tradicional atuação reativa dos órgãos reguladores. No Brasil, o Banco Central estuda a implementação desse regime temporário e diferenciado principalmente em virtude do surgimento das *fintechs*. No âmbito jurídico, a lacuna normativa acerca desse regime foi suprimida pela Lei nº 13.655, de 2018, que prevê a adoção de regime de transição e inclui disposições aderentes à Análise Econômica do Direito e à discricionariedade técnica. O presente trabalho demonstra, por meio de pesquisa bibliográfica, que esse ato normativo cria uma sistemática jurídica que confere maior segurança jurídica para que o BCB implemente esse regime regulatório diferenciado e para que os entes regulados dele participem.

Palavras-chave: *Sandbox* regulatório. Banco Central do Brasil. Lei nº 13.655, de 2018. Discricionariedade técnica. Segurança jurídica. Regime de transição.

LAW 13.655 / 18 AND THE REGULATORY SANDBOX OF BANCO CENTRAL DO BRASIL: LEGAL SECURITY FOR A DIFFERENTIATED REGULATORY REGIME

Abstract

In a context of technological innovations and disruptive products and services in regulated markets, the regulatory sandbox has been adopted in several countries as a dynamic instrument, alternative to the traditional reactive model of regulatory agencies. In Brazil, the Central Bank is studying the implementation of this temporary and differentiated regime, mainly due to the emergence of *fintechs*. In the legal context, the normative gap about this regime was suppressed by Law nº 13655 of 2018, which contains legal provisions related to the theories of Law and Economics and technical discretionarity. This paper demonstrates that this law creates a legal system that provides greater legal certainty for the Brazilian Central Bank to implement this differentiated regulatory regime and for the regulated entities to participate in it.

Keywords: Regulatory sandbox. Central Bank of Brazil. Law n. 13,655, of 2018. Technical discretionarity. Legal certainty. Transitional regime.

1. INTRODUÇÃO

Lançado em maio de 2018, o Laboratório de Inovações Financeiras e Tecnológicas¹ (Lift) do Banco Central do Brasil (BCB) ganhou, na categoria Iniciativa de *Sandbox*, o prêmio *Fintech Regtech Global Awards 2019*², promovido pela revista de finanças *Central Banking*.

O Lift é um ambiente virtual colaborativo que reúne representantes da academia, de empresas de tecnologia e de *fintechs* com o objetivo de fomentar o desenvolvimento de inovações tecnológicas e a troca de conhecimentos no mercado bancário e financeiro³.

Essa iniciativa não se constitui *sandbox* regulatório, mas sim *sandbox* setorial. O *sandbox* setorial tem o objetivo de criar um espaço para empresas estabelecidas e regulador colaborar em novos produtos, desde a fase de concepção até protótipo, em um ambiente virtual de testes fora de mercado e sem consumidores. Nesses casos, o acesso, em geral, não possui um processo regulado e restrito e a entrada ocorre pela aderência da proposta ao sistema financeiro local. Além disso, os recursos necessários (humanos, tecnológicos) à execução de um projeto são compartilhados entre os participantes, tornando a iniciativa inerentemente escalável⁴.

O Lift busca incentivar a inovação pela apresentação de protótipos de soluções tecnológicas, bem como auxilia os reguladores a promoverem a regulação em um contexto de mercado mais complexo e de rápidas mudanças. Is Nesse sentido, contribui para fomentar o repasse de conhecimento e de *expertise* pelos regulados acerca de temas nem sempre dominados pelos agentes estatais⁵.

Aliada à iniciativa do Lift, o BCB, em 17 de julho de 2019, noticiou que estuda formas de implementar o *sandbox* regulatório no Brasil. A autarquia define essa iniciativa como a aplicação, em mercados regulados, de requisitos regulatórios diferenciados por período limitado, no intuito de permitir que empresas testem serviços e produtos

¹ <https://www.liftlab.com.br/>

² <https://events.centralbanking.com/fintechawards>

³ <https://www.liftlab.com.br/>

⁴ SIQUEIRA, André Henrique.; PAIXÃO, Ricardo Fernandes.; SUARES, Marcus Vinícius Cursino.; ALMEIDA, Rafael Sarres de; OLIVEIRA FILHO, José Deodoro; CAVALCANTE NETO, Aristides Andrade. LIFT – Laboratório de Inovações Financeiras e Tecnológicas. **Revista Eletrônica LIFT/Banco Central do Brasil**, v. 1, n. p. 3-25, 2019, p. 8

⁵ PAIXÃO, Ricardo Fernandes. **Banco Central ganha prêmio de melhor iniciativa de sandbox do mundo**. Jota. INOVA&AÇÃO. Julho de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/banco-central-ganha-premio-de-melhor-iniciativa-de-sandbox-do-mundo-04092019>

financeiros inovadores em um ambiente controlado. Durante esse período, essas empresas podem receber dos agentes reguladores orientações personalizadas sobre como interpretar e aplicar a regulação cabível. Ao mesmo tempo, os órgãos controladores têm acesso aos resultados obtidos e podem avaliar os riscos associados aos novos produtos. Assim, ao fim da experiência, a Administração pode restringir ou regulamentar as inovações⁶.

Em 28 de novembro de 2019, a Diretoria Colegiada do BCB decidiu submeter à consulta pública minutas de ato normativo conjunto e de circular dispondo sobre *sandbox* regulatório, ao que o órgão denomina de ‘o Ambiente Controlado de Testes para Inovações Financeiras e de Pagamento’⁷. De acordo com o art. 3º da minuta de ato conjunto, *in verbis*:

Art. 3º O Sandbox Regulatório é um ambiente em que entidades serão autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, a fim de testar, por período determinado, projeto inovador na área financeira e de pagamento observando um conjunto específico de disposições regulamentares que amparam a realização controlada e delimitada de suas atividades⁸.

De acordo com a doutrina jurídica, o *sandbox* regulatório é um “instrumento regulatório de fomento baseado em incentivo regulatório por meio de experimentalismo estruturado tendo como pilar indutivo a isenção normativo-regulatória temporária”⁹. Ele tem por objetivo permitir que o regulador tenha acesso a informações relacionadas a novos produtos e serviços ofertados pelas instituições participantes do processo.

⁶ <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/364/noticia>

⁷ De acordo com o Edital nº 72/2019, de 28.11.19: “O Sandbox Regulatório permitirá que instituições já autorizadas e ainda não autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil possam testar projetos inovadores (novos produtos, serviços ou modelos de negócio) com clientes reais, sujeitos a requisitos regulatórios específicos estabelecidos nos atos normativos ora submetidos a consulta pública. 3. A proposta de ato normativo conjunto estabelece as condições para o fornecimento de produtos e serviços no contexto do Sandbox Regulatório no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). Por sua vez, a minuta de circular dispõe sobre as regras específicas do primeiro ciclo, tais como período de duração e limitação do número de participantes, documentação necessária, critérios de classificação das entidades interessadas e cronograma da fase de inscrição e do processo de seleção e de autorização. 4. Cabe ressaltar que poderão ser testados modelos de negócio inovadores em relação aos assuntos de competência do Conselho Monetário Nacional (CMN) ou do Banco Central do Brasil, mesmo que não estejam mencionados especificamente na minuta de ato normativo conjunto. Com base nas sugestões recebidas durante a etapa de consulta pública, é possível que sejam acrescidas, em versão final desse normativo, novas disciplinas específicas a respeito de outras temáticas”. BRASIL, 2019. **Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019**. Banco Central do Brasil, p. 1. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/EditalConsultaPublica72.pdf> Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/audpub/DetalharAudienciaPage?3&pk=321>.

⁸ BRASIL, 2019. **Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019**. Banco Central do Brasil, p. 4. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/EditalConsultaPublica72.pdf>

⁹ VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. **Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019, p. 128.

Uma vez que os modelos de negócios das *fintechs* são bastante diversos, os aspectos específicos de cada *sandbox* regulatório e as informações que deverão ser reportadas à autoridade supervisora são definidos caso a caso¹⁰.

O objetivo do *sandbox* regulatório no mercado financeiro regulado é possibilitar um espaço monitorado no qual as autoridades competentes e as empresas possam entender melhor as oportunidades e os riscos apresentados pelas inovações e seu tratamento regulatório. Por meio desse instrumento, institui-se uma espécie de fase de testes para avaliar a viabilidade de proposições inovadoras, especialmente em relação ao balanço de benefícios e riscos no sistema financeiro¹¹.

Nos termos do art. 5º da minuta de ato normativo conjunto *supra*:

Art. 5º A regulamentação e a condução do Sandbox Regulatório serão regidas pelos seguintes princípios:

I - estímulo à inovação e à diversidade de modelos de negócio no Sistema Financeiro Nacional e no Sistema de Pagamentos Brasileiro;

II - aumento da eficiência e redução de custos no Sistema Financeiro Nacional e no Sistema de Pagamentos Brasileiro;

III - promoção da concorrência e da inclusão financeira;

IV - atendimento às necessidades dos usuários finais, em especial a liberdade de escolha, segurança, proteção de seus interesses econômicos, tratamento não discriminatório,

privacidade e proteção de dados pessoais, acesso a informações claras e completas e condições

adequadas de fornecimento de produtos e de serviços;

V - aumento da confiabilidade, qualidade e segurança dos produtos e serviços;

VI - aprimoramento da regulamentação de assuntos de competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil; e

VII - aprimoramento da atuação da supervisão do Banco Central do Brasil¹².

No âmbito jurídico, verifica-se que não há ato normativo que atribua, de forma expressa, ao Conselho Monetário Nacional (CMN) ou ao BCB competência para que esses órgãos instituíam esse modelo de *sandbox* regulatório.

O Edital de Consulta Pública 72/2019, do Banco Central do Brasil, menciona como base jurídica da minuta de ato normativo conjunto dispositivos legais¹³. Nenhum

¹⁰ VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

¹¹ PAIXÃO, Ricardo Fernandes.; OIOLI, Erik Fernandes. Sandboxes e Regulação de Inovação Financeira Disruptiva por meio de Fintechs. **Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários**, v. 7, n. p. 113-146, 16/05/2018.

¹² BRASIL, 2019. Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019. Banco Central do Brasil, p. 4. Disponível em: file:///C:/Users/Dell/Downloads/EditalConsultaPublica72.pdf

¹³ São eles: Arts. 23 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, 4º, incisos V, VI, VIII e XXXI, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, 9º da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, 10-A, § 2º, inciso I, do

deles, porém, dispõe, ainda que de forma indireta, a possibilidade de instituição de um modelo regulatório com as características do *sandbox*.

Além disso, destaca-se que, recentemente, foi vetado o art. 3º, inciso VII, da Medida Provisória (MP) nº 881, de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. O ato normativo resultado da conversão dessa MP é a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. O referido dispositivo previa, *in verbis*:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...) testar e oferecer, gratuitamente ou não, um novo produto ou serviço para um grupo restrito de pessoas capazes, com utilização de bens próprios ou de terceiros mediante autorização destes, após livre e claro consentimento, sem requerimento ou ato público de liberação da atividade econômica, exceto em lei federal.

Ainda que não tratasse especificamente de *sandbox* regulatório, esse dispositivo abria margem jurídica para a implementação desse regime ao prever a possibilidade de o administrador testar e oferecer produtos ou serviços a um grupo restrito de pessoas.

Na mensagem de veto da Presidência da República nº 438, de 20 de setembro de 2019¹⁴, informa-se que as razões do veto decorriam da supressão de trecho que excepcionalizava da regra hipóteses de segurança nacional, pública ou sanitária ou de saúde pública, em desconformidade com a redação original da MP. Fato é que, como resultado, a referida Lei não contém previsão, ainda que de forma indireta, acerca de um regime regulatório diferenciado.

Nesse sentido, dado o caráter inovador do modelo regulatório do *sandbox*, os recentes avanços do BCB em relação a este modelo, bem como a ausência de legislação que trate especificamente sobre o assunto, o presente trabalho apresenta o seguinte problema de pesquisa: A implementação do *sandbox* regulatório pelo BCB depende de legislação específica que autorize a autarquia a adotar esse regime diferenciado?

Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967, 3º-B, inciso I, da Lei nº 8.929, de 22 de agosto de 1994, 18, § 4º-B, e 27-B, inciso I, da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, 3º-A, inciso I, e 35-B, inciso I, da Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004, 7º, inciso III, da Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, 12 da Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009, 22, inciso II, e 28, inciso II, da Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, 7º e 9º da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e 11 da Lei nº 13.775, de 20 de dezembro de 2018, combinado com o art. 1º do Decreto nº 9.769, de 16 de abril de 2019. BRASIL, 2019. Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019. Banco Central do Brasil, p. 4. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/EditalConsultaPublica72.pdf>

¹⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-438.htm

Por oportuno, destacamos que, pouco antes do lançamento do Lift, foi promulgada, em 25 de abril de 2018, a Lei nº 13.655¹⁵, que incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

De forma sintética, esse ato normativo estabelece que as decisões baseadas em valores jurídicos abstratos considerem as consequências de serem adotadas. Além disso, a norma positiva a obrigatoriedade de que decisões que decretem a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa indiquem de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Nesse sentido, cria uma sistemática propícia ao emprego pelos órgãos estatais de metodologias próprias da Análise Econômica do Direito (AED) para tomada de decisão.

A Lei nº 13.655, de 2018, privilegia especialmente a segurança jurídica, inclusive com a exigência de regime de transição em alguns casos, para garantir ao administrado a previsibilidade acerca da juridicidade de sua conduta, especialmente em um contexto marcado pela mutação normativa e jurídica, próprio da realidade complexa atual.

As disposições dessa Lei e do Decreto que a regulamenta impactam a atividade regulatória do Estado, uma vez que, entre outros aspectos, versam sobre (i) decretação de invalidação e revisão de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma; (ii) nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado que imponha novo dever ou novo condicionamento de direito; (iii) exigência de consulta pública para edição de atos normativos por autoridade administrativa; e (iv) necessidade de edição de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas.

Com base no exposto, este trabalho apresenta a seguinte hipótese: A Lei nº 13.655, de 2018, cria um sistema normativo propício à implementação do *sandbox* regulatório pelo BCB, de forma que o ordenamento jurídico já conta com diploma normativo que confere segurança jurídica para a adoção desse regime, prescindindo essa autarquia de ato normativo específico sobre o tema.

¹⁵ Essa Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

O marco teórico adotado são os estudos sobre espaço regulatório, de Hancher & Moran¹⁶, sobre discricionariedade técnica, de Flávio Roman¹⁷, e sobre segurança jurídica, de Marilda Silveira¹⁸.

A metodologia adotada será a pesquisa bibliográfica¹⁹.

O presente trabalho é dividido em sete capítulos, incluindo esta introdução. O capítulo 2 trata da regulação econômica, com base na perspectiva histórica, na teoria econômica e no Direito Regulatório, bem como a relaciona com o ferramental teórico da AED.

O capítulo 3 apresenta o conceito de discricionariedade técnica, especialmente no âmbito do exercício do Poder regulatório do Estado. Em seguida, no capítulo 4, desenvolve-se o conceito de segurança jurídica no contexto de mutação legislativa e de interpretação normativa, com foco principalmente no estudo dos regimes de transição.

No capítulo 5, busca-se examinar a Lei nº. 13.655/18 à luz do marco teórico. O capítulo 6 trata especificamente do *sandbox* regulatório do BCB. Por fim, são apresentadas as considerações finais do trabalho.

2. REGULAÇÃO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A regulação econômica não se originou apenas após a crise do Estado do bem-estar social. Antes disso, ainda no século XIX, nos Estados Unidos da América (EUA), surgiu o modelo de agências ou comissões especializadas com mandato legislativo específico, ao que se denomina regulação legislativa. Tratou-se da criação de órgãos estabelecidos por lei como autoridades independentes autorizados a operar fora da linha de controle hierárquico ou supervisão do governo central, com base principalmente na

¹⁶ HANCHER, Leigh; MORAN, Michael. **Capitalism, Culture and Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 1989.

¹⁷ ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

¹⁸ SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016. P. 110.

¹⁹ A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. A principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente. GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 45. Como pesquisa teórica, a pesquisa bibliográfica prioriza a construção de esquemas conceituais específicos e utiliza-se dos vários processos discursivos e argumentativos para o convencimento sobre a validade dos esquemas propostos. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. Teoria e Prática. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2006.

busca por eficiência na tomada de decisões. Em alguns casos, porém, havia a discussão sobre os limites da delegação, especialmente com base no arcabouço teórico da separação de poderes²⁰.

Esse modelo decorria da dificuldade à época de impor controle público eficaz sobre empresas nacionalizadas e da existência de múltiplos e indefinidos interesses públicos nas atividades econômicas estatais. As empresas públicas careciam de direção adequada para orientar estratégias de longo prazo e, ao mesmo tempo, estavam sujeitas à intervenção do governo em suas operações diárias. Além disso, a ordem econômica anterior ao modelo de agências falhava no objetivo de proteção ao consumidor e responsabilização democrática²¹.

Na Europa, porém, somente na segunda metade do século XX é que o modelo de agências independentes ganhou força sob os seguintes argumentos:

(...) a necessidade de especialização em assuntos altamente complexos e técnicos, combinada a uma função de regulação ou adjudicativa inapropriada para um departamento governamental; a separação de agências e governo é útil para a administração pública livre de ações políticas partidárias; agências oferecem maior continuidade de política do que o Poder Executivo político, porque estão a um passo dos resultados das eleições; especialmente, a capacidade de agências independentes experientes de focar a atenção em problemas controversos, enriquecendo, dessa forma, o debate público²².

A partir da década de 1970, esse modelo se espalha para outros países, especialmente os desenvolvidos. No Brasil, a criação das primeiras agências reguladoras ocorreu apenas na segunda metade da década de 1990, no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso. Nesse momento, a questão da regulação aparecia como ponto crucial sob o diagnóstico de crise fiscal do Estado e na esteira da delimitação de seu tamanho²³.

Essas entidades foram criadas com o objetivo central de “promover a eficiência econômica, por meio do incremento da concorrência, com a repressão ao exercício do

²⁰ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do estado regulador. **Revista CEBRAP n°.76** São Paulo, nov. 2006.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem, p. 17.

²³ MOURA FÉ, Carlos Frederico de. **Agências reguladoras e reforma do Estado brasileiro: insulamento Burocrático ou democratização do Estado? Um estudo multicaso (Aneel, Anatel, Anvisa e ANS).** Dissertação Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2003.

poder de mercado por parte das empresas e a tentativa de, se não corrigir, pelo menos minorar as chamadas falhas de mercado”²⁴.

Partia-se da visão de que a delegação do poder regulatório do Legislativo para as agências administrativas decorre do fato de que esse Poder não pode regular continuamente uma área complexa. Além disso, havia o entendimento de que o interesse público pode ser atingido de maneira mais eficiente por meio da especialização da agência e de sua independência do controle político²⁵.

Baseando-se na teoria do insulamento burocrático, as agências brasileiras foram constituídas sob o argumento da especialização técnica, da discricionariedade administrativa e da negociação entre diversos atores sociais e econômicos que se relacionam diretamente e que, muitas vezes, apresentam interesses divergentes em relação ao mercado regulado²⁶.

A consolidação desse novo modelo de Estado Regulador em vários países do mundo despertou o interesse da doutrina jurídica sobre o assunto, de forma que foram desenvolvidas teorias para explicar o padrão observado da regulação estatal da economia. Entre elas, a teoria do interesse público e a teoria da captura, que se baseiam, principalmente, na dicotomia interesse público versus interesse privado²⁷.

A teoria do interesse público parte dos pressupostos de que (i) os mercados são extremamente frágeis e estão prontos para funcionar de maneira bastante ineficiente (ou não equitativa) se deixados à sua própria sorte, e (ii) a regulação governamental praticamente não tem custos. Posteriormente reformulada, essa teoria passa a sustentar que as agências regulatórias são criadas para propósitos públicos idôneos, mas são mal administradas²⁸.

A teoria da captura, de outro modo, especificamente na teoria econômica da regulação de George Stigler, apregoa que a regulação econômica favorece interesses privados de grupos politicamente influentes, tendo por pressuposto o fato de que as pessoas procuram promover seus próprios interesses e o fazem de forma racional²⁹.

²⁴ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do estado regulador. **Revista CEBRAP** nº.76 São Paulo, nov. 2006, p. 27.

²⁵ Ibidem.

²⁶ POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica, apud: **Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano**. Paulo Mattos (coord). São Paulo: Editora 34. 2004. Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

Não obstante, e este é o ponto a se salientar, nenhuma dessas teorias possui suporte empírico significativo. No caso da teoria do interesse público, esta não define qualquer mecanismo pelo qual uma concepção de interesse público é traduzida em ação legislativa com potencial de maximizar o bem-estar social. Também não considera significativas evidências de que as consequências socialmente indesejadas da regulação são, com frequência, desejadas por grupos influentes na elaboração da legislação que estabelece o sistema regulatório³⁰.

Por sua vez, a teoria econômica da regulação, apesar de mais bem formulada, também apresenta pontos de crítica. Em primeiro lugar, a visão de que os reguladores, com interesses próprios, seriam capturados pelos regulados resultaria, em última análise, na cartelização de todos os setores, o que não é demonstrado na realidade fática. Além disso, a pressuposição de que algumas formas de regulação geram custos com a má alocação de recursos também carece de demonstração. Ademais, não há comprovação de que a regulação tenda a favorecer a concentração do mercado e o aumento de barreiras³¹. A teoria da captura levada ao extremo da análise resultaria na proposição de separação absoluta entre as esferas pública e privada de poder.

De modo diverso, a teoria institucionalista propõe a interdependência entre os entes estatais e não-estatais. Uma de suas vertentes dessa teoria propõe o conceito de espaço regulatório, ou seja, espaço de interação entre as diversas instituições devidamente organizadas, públicas e privadas, e que atuam no respectivo setor regulado. Essa atuação conjunta possibilita a diminuição de assimetrias de informação entre regulador e regulado, bem como um ganho de legitimidade por meio do diálogo para a reestruturação da ordem no mercado³².

Na visão dessa vertente teórica, a adesão das empresas reguladas ao processo regulatório é condição para o êxito da regulação no contexto de capitalismo avançado. Nessa perspectiva, a existência de uma regulação que favoreça as firmas reguladas não é, por si só, uma conduta inadequada do regulador, tendo em vista, inclusive, o fato de que não seria simples para o regulador identificar interesses únicos entre os regulados, dado que estes se consubstanciam, cada vez mais, em organização complexas³³.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² HANCHER, Leigh; MORAN, Michael. **Capitalism, Culture and Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 1989

³³ Ibidem.

Em outras palavras, para essa visão, a regulação não é uma atividade distinta e isolada. Pelo contrário, insere-se no âmbito do próprio contexto regulado e de intervenção do Estado na economia, o que pressupõe a análise do ambiente competitivo, inclusive na arena regulatória, e a distribuição de recursos entre as diferentes instituições envolvidas³⁴.

Nesse contexto de atuação conjunta de organizações públicas e privadas, uma estratégia regulatória seria a regulação de resposta compreensiva. Essa teoria elaborada com base na teoria dos jogos assevera que a resposta regulatória deve incidir tanto na estrutura do mercado quanto na motivação dos agentes, fatores esses que determinarão maiores ou menores graus de intervenção³⁵.

Essa estratégia busca superar a dicotomia entre regulação pública vs. privada e regulação vs. desregulação. No primeiro caso, porque se entende que a consecução de políticas públicas é tanto mais eficaz quanto maiores os incentivos ao setor privado na implementação. Há uma demanda, portanto, por inovação na regulação estatal. No segundo caso, porque a desregulação, ou mais propriamente uma desregulação vigiada³⁶, surge também como uma opção regulatória³⁷. A escolha por maior ou menor grau de intervenção dependerá do contexto fático³⁸.

³⁴ Ibidem.

³⁵ “Responsive regulation is distinguished (from other strategies of market governance) both in what triggers a regulatory response and what the regulatory response will be. We suggest that regulation be responsive to industry structure in that different structures will be conducive to different degrees and forms of regulation. Government should also be attuned to the differing motivations of regulated actors. Efficacious regulation should speak to the diverse objectives of regulated firms, industry associations, and individuals within them. Regulations themselves can affect structure (e.g., the number of firms in the industry) and can affect motivations of the regulated. We also conceive that regulation should respond to industry conduct, to how effectively industry is making private regulation work. The very behavior of an industry or the firms therein should channel the regulatory strategy to greater or lesser degrees of government intervention”. Ayres, Ian; John, Braithwaite. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford Socio-Legal Studies New York. Oxford University Press. 1992. P. 4.

³⁶ Um conceito próximo seria o de Sandbox regulatória. De acordo com o Banco Central do Brasil, trata-se da aplicação de requisitos regulatórios diferenciados por período limitado. Busca permitir que empresas testem produtos e serviços financeiros inovadores em um contexto regulatório controlado. Ao fim da experiência, os órgãos reguladores podem restringir ou regulamentar inovações, de forma que sejam ofertadas de maneira adequada no mercado financeiro. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/364/noticia>. Acesso em setembro de 2019.

³⁷ “An attitude of responsiveness does generate different policy ideas that do transcend the divide between regulatory and deregulatory solutions. But for the responsive regulator, there are no optimal or best regulatory solutions, just solutions that respond better than others to the plural configurations of support and opposition that exist at a particular moment in history”. Ayres, Ian; John, Braithwaite. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford Socio-Legal Studies New York. Oxford University Press. 1992. P. 4.

³⁸ “Responsive regulation is not a clearly defined program or a set of prescriptions concerning the best way to regulate. On the contrary, the best strategy is shown to depend on context, regulatory culture, and history. Responsiveness is rather that enables the blossoming of a wide variety of regulatory approaches, only some of which are canvassed here”. Ayres, Ian; John, Braithwaite. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford Socio-Legal Studies New York. Oxford University Press. 1992. P. 5.

A teoria do espaço regulatório e a visão estratégica da teoria da regulação responsiva guardam similaridade com a Análise Econômica do Direito (AED).

O pensamento jurídico tradicional é essencialmente normativo, no sentido de que aborda o que deveria ser, ao invés de tratar sobre como o mundo social funciona, abordagem essa que é própria da economia. Não prevê, portanto, nenhuma teoria que possa servir de base à previsão de comportamento³⁹.

Por sua vez, a AED constitui-se na reformulação da disciplina do Direito em sentido econômico, visando resolver problemas judiciais que se relacionam com a eficiência do Direito em si, com os gastos para efetivação de seus institutos, bem como com os impactos decorrentes de eventuais intervenções judiciais⁴⁰. Em outras palavras, caracteriza-se pelo estudo do fenômeno jurídico a partir dos princípios econômicos, trazendo para o Direito noções de eficiência, redução de custos, valor e utilidade⁴¹.

A AED busca aplicar ao fenômeno jurídico conceitos e ferramentas econômicas com o fim de observar, compreender e prever o comportamento humano em um contexto normativo, bem como propor alterações no próprio direito positivo. Assim, ela investiga os efeitos de determinadas normas sobre o comportamento das pessoas e se os objetivos alcançados por uma norma são os socialmente desejados⁴².

A visão clássica da microeconomia baseia-se no pressuposto de que os tomadores de decisão padrão são racionais, têm preferências transacionais, reflexivas e completas, e tomam suas decisões de modo a maximizar sua utilidade ou bem-estar, a menos que sejam enganados pelas imperfeições do mercado. Além disso, pressupõe que uma análise economicamente informada pode coordenar as ações individuais de melhoria social⁴³.

³⁹ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e Economia no Direito Civil – O Caso dos Tribunais Brasileiros, apud: POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulanete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães. **Estudos sobre negócios e contratos: Uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito**. Almedina, Coimbra, 2017.

⁴⁰ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, nº 57, p. 85-138, 2010.

⁴¹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 1999, p. 42, jul./set. 2013.

⁴² TORRES, Larissa Fontes de C. LEITE, Filipe Mendes Cavalcanti. **O superendividamento do consumidor de crédito no Brasil sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito**. Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Coordenadores: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuska, Maria Stela Campos da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2014.

⁴³ ULEN, Thomas S. Direito e economia para todos, apud: POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulanete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães. **Estudos sobre negócios e contratos: Uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito**. Almedina, Coimbra, 2017.

Não obstante, esse paradigma clássico tem sido questionado especialmente no que tange ao pressuposto de racionalidade do homem econômico. Ganham relevância as teorias econômicas agregadas de estudos de psicologia e ciências sociais, ao que se denomina Economia Comportamental⁴⁴.

Um dos conceitos básicos dessa nova teoria é o de racionalidade limitada, elaborado inicialmente por Herbert Simon, em 1950. Esse conceito é construído com base no fato de que: (i) existem restrições ao processamento de informações pelos seres humanos porque há limites de conhecimento e de processamento de informações; e (ii) não há conclusões sem premissas, o que torna o uso da lógica indispensável para a construção de uma teoria normativa, dado que as contingências futuras não podem ser antecipadas⁴⁵.

Com base nisso, assevera-se que os agentes econômicos tomam decisões sob condição de incerteza. Nessa situação, os cálculos de probabilidade são mais difíceis, de modo que os agentes se apoiam em um número limitado de princípios heurísticos que reduzem o trabalho complexo de fornecer probabilidade. As decisões, portanto, baseiam-se mais em associações e habilidades inatas do que em cálculos probabilísticos, de modo que, em algum grau, estão permeadas por ilusões e vieses cognitivos⁴⁶.

Essas regras heurísticas são, assim, procedimentos simples que ajudam o agente a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis⁴⁷.

Essas ponderações da Economia Comportamental, contudo, não implicam o descarte total dos pressupostos da maximização e da racionalidade da teoria clássica, dado

⁴⁴ THALER, Richard H. *Misbehaving: The making of behavioral economics*. Nova York, NY: W. W. Norton, 2016

⁴⁵ Simon, Herbert Alexander. (1956). Rational choice and the structure of the environment. *Psychological Review* 63 (2), 129-138

⁴⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

⁴⁷ Três dessas heurísticas são (i) a representatividade e a insensibilidade ao tamanho amostral, com fundamento em meras análises de semelhança; (ii) a disponibilidade, ou seja, a probabilidade de um evento é estimada com base na facilidade de se recorrer a padrões em nossas mentes, a exemplo de familiaridade e proeminência, imaginabilidade e correlação ilusória; e (iii) ancoragem ou seja, quando as pessoas consideram um valor particular para uma quantidade desconhecida antes de estimar essa quantidade, com evocação seletiva de evidências compatíveis com padrões já fixados. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Prospect theory: an analysis of decision under risk* *Econometrica*, Nova Iorque, v. 47, pp. 263-91, 1979.

que eles servem de ponto de partida para análises mais realistas, especialmente em análises menos especializadas e mais gerais⁴⁸.

Nesse sentido, a utilização da premissa de racionalidade não significa que necessariamente haja um cálculo consciente de custos e benefícios; o ponto é que a premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é geralmente previsível, ainda que incerto⁴⁹.

Observadas as limitações da racionalidade e, em última análise, da própria análise de custos-benefícios, a AED se propõe a regular por incentivos e promover a segurança jurídica. Isso porque visa obter decisões com menores oscilações subjetivas ao pressupor que as alterações normativas devem ser precedidas de avaliação de consequências⁵⁰.

Destaca-se, ainda, que a AED seja vinculada às ideias consequencialistas, ela se difere do consequencialismo clássico, o qual exclui decisões guiadas por valores. O consequencialismo clássico é o termo “(...) normalmente utilizado para designar a ética das consequências, por meio da qual, em oposição à ética deontológica ou de matriz kantiana, condutas são julgadas e decisões são tomadas não pelo seu valor intrínseco, mas tão somente pelas suas consequências”.

O presente trabalho adota a visão do consequencialismo na lógica da AED, que mescla a ciência econômica, a qual privilegia a modelagem dos comportamentos humanos, com a ciência jurídica, cuja essência é a regulação das ações dos indivíduos em sociedade, com base em regras e princípios. Nesse sentido, conjuga a avaliação de resultados com valores próprios do sistema jurídico⁵¹.

Ademais, convém esclarecer que a AED não se constitui em método ou estudo propriamente jurídico, mas busca complementar a insuficiência dos critérios hermenêuticos tradicionais para indicarem a solução ótima para a aplicação do Direito, sem afastar-se em si do mundo jurídico⁵². O Direito mantém sua autonomia, mas a

⁴⁸ MARCATO, Marília Bassetti; MARTINZ, Felipe Pasini P. A tomada de decisão do agente econômico: uma breve discussão sobre incerteza e a Teoria do Prospecto. **Revista Economia Ensaios**. Uberlândia (MG), 28 (1), p. 47-66, Jul./Dez. 2013

⁴⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro – RIDB**, Ano 1 (2012), nº 1.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ JASPER, Eric Hadmann. **O desencanto da economia. Dissertação de Mestrado**. Departamento de Filosofia da Universidade de Brasília. Brasília, 2010.

⁵² Ibidem.

economia tem um caráter prático e uma aplicabilidade de seus raciocínios em certas questões que oferecem regras de aplicação aos juristas⁵³.

O surgimento das agências reguladoras no Brasil e a legislação própria sobre o assunto deram ainda mais força ao intercâmbio entre direito e economia, ao enfatizar a validade finalística das decisões, enquanto o direito tradicional privilegia a validade condicional⁵⁴.

As mudanças na forma de concepção do Estado, de um Estado Social para um Estado Regulador, e o surgimento de novas formas de análise do fenômeno jurídico, especialmente com base no raciocínio econômico, passaram a configurar o Direito Regulatório como uma área do Direito baseada mais no pragmatismo, na flexibilidade, nos incentivos e na persuasão do que na lei reguladora clássica, baseada exclusivamente na autoridade e na coerção⁵⁵. O capítulo seguinte explora alguns dos temas básicos dessa área do Direito.

3. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E PODER REGULATÓRIO

Um dos pilares do Direito Administrativo é o princípio da legalidade, que tem por objetivo principal controlar a atuação administrativa evitando que se configure em arbitrariedade. Os pressupostos básicos desse princípio são os de que o Poder procede diretamente do ordenamento jurídico e que os poderes do Estado, por serem instrumentais, servem à realização do interesse público fixado em lei⁵⁶.

Não obstante, é importante destacar que o princípio da legalidade não é capaz de excluir por completo a liberdade funcional de atuação da Administração, concedida,

⁵³ LIMA LOPES, José Reinaldo. **Raciocínio jurídico e economia**. Faculdade de Direito da USP. Escola de Direito de São Paulo (EDESP-FGV). Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4110089/mod_resource/content/1/Lima%20Lopes%2C%20Jos%C3%A9%20Reinaldo.%20Racioc%C3%ADnio%20jur%C3%ADdico%20e%20economia.pdf. Acesso em setembro de 2019.

⁵⁴ “Condicional é a validação que legitima uma decisão desde que esta tenha cumprido as condições previstas em lei. Finalística é a validação que legitima a decisão em função dos fins atingidos ou a serem atingidos. No sistema erigido ao longo de dois séculos pelo direito liberal, o sistema político ficou, em princípio, encarregado de decisões finalísticas (validação pelos objetivos), enquanto o sistema jurídico ficou encarregado das decisões condicionadas. O surgimento das agências reguladoras no Brasil acabou por introduzir a racionalidade finalística e pode, por isso mesmo, gerar muitas polêmicas com o raciocínio jurídico tradicionalmente estabelecido no direito liberal”. LIMA LOPES, José Reinaldo. **Raciocínio jurídico e economia**. Faculdade de Direito da USP. Escola de Direito de São Paulo (EDESP-FGV)..

⁵⁵ ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁵⁶ *Ibidem*.

dentro de certos limites, pela própria lei. A discricionariedade administrativa é essencial para a atuação da Administração tendo em vista a impossibilidade de a lei antever todos os pressupostos da atuação administrativa ou, mesmo quando pode os antever, de elencar a ordem de prioridade dos objetivos e dos fins que se busca alcançar⁵⁷.

Especificamente no caso das agências reguladoras e da regulação econômica em geral, a lei, antes de se configurar como modalidade delimitadora do comportamento da Administração, atua mais como arcabouço de definição de finalidade e objetivo, ou seja, de transformação das diretivas políticas e jurídicas em atos concreto, com base no corolário do princípio da eficiência.⁵⁸

A regulação econômica apresenta uma forma própria, advinda da própria ordenação pública da economia, cujas principais características são: abundância de formas finalistas; indeterminação do suporte fático da norma, inclusive em razão da frequência de conceitos jurídicos indeterminados; e atenção especial aos procedimentos formais.

Especificamente em relação aos conceitos indeterminados e da frequência destes é que Bernatzik, no século XIX, cunhou o termo discricionariedade técnica. Segundo o autor, nas situações em que as atividades não são totalmente reguladas pelo Direito, a norma somente pode ser concretizada por meio de conhecimentos técnico-científicos. O autor ressalta, contudo, que isso não significa liberdade ampla e irrestrita tendo em vista o dever legal do administrador de atender ao interesse público⁵⁹.

A partir desse termo, a doutrina passou a examinar as situações em que a discricionariedade técnica se fazia presente. Um dos pontos comuns entre as visões teóricas é o de que, por si só, o argumento da técnica não justifica a discricionariedade técnica. Antes de tudo, só há discricionariedade quando a técnica ou a ciência não se mostram suficientes para apresentar de forma objetiva a melhor solução ou a solução ótima para o caso concreto⁶⁰. Ou seja, ela surge quando a técnica está unida a fatores não

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho, 2003, p. 733, apud ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁵⁹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. 1947, v. 7, apud ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁶⁰ GORDILLO, Agustín., 2003, apud ROMAN, Flávio José. Discricionariedade Técnica. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Direito Administrativo e Constitucional.

nitidamente técnicos ou os fatores técnicos não são precisos uma vez que conceitos técnicos empregados pela lei são controvertidos ou opináveis.

A questão é que, no domínio da atividade regulatória da Administração, é bastante comum a existência de conceitos técnicos de outras ciências que não oferecerem grandes zonas de certezas (negativa e positiva). Isso sem considerar uma constante revisão dos paradigmas científicos pela própria ciência⁶¹.

Nessas situações, ao se recorrer à ciência para delimitar o sentido dos conceitos legais, há uma conjugação de técnica e discricionariedade, pois entram em pauta tanto fatores técnicos quanto fatores de conveniência e oportunidade⁶². Por essa razão é que o chamado Direito Administrativo Econômico acaba por favorecer, de certo modo, a discricionariedade da Administração Pública. Quanto menor a precisão técnica da norma, decorrente de sua referência a valores, maior será a discricionariedade da Administração⁶³.

O tema da discricionariedade técnica ganha mais relevo no contexto do Estado regulador e constituiu-se um dos pilares da autonomia das agências reguladoras. A essas foi garantida a discricionariedade por meio de previsão legal do recurso a conceitos flexíveis ou fluidos de outras ciências, notadamente à ciência Econômica⁶⁴.

A criação das agências teve por objetivo imunizar, em parte, o ato administrativo da revisão judicial, especialmente no caso de decisões dotadas de alta tecnicidade. Com a criação delas, buscou-se evitar uma constante revisão pelo Judiciário acerca de temas específicos e, em última instância, a instabilidade jurídica⁶⁵.

Com isso, repisa-se que não se está a afirmar a existência de uma discricionariedade ampla e irrestrita. Pelo contrário.

Os atos regulatórios estão sim sujeitos ao controle jurisdicional, que não se furta a analisar o conceito técnico. Não obstante, trata-se de um controle limitado uma vez que deve ater-se aos limites objetivos de compreensão do conceito indeterminado empregado.

⁶¹ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade Técnica**. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Direito Administrativo e Constitucional.

⁶² CAVALLI, Cássio, 2009; apud ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁶³ ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ibidem.

Somente se examina o conceito indeterminado para assegurar que o sentido empregado pela Administração corresponde ao ordinariamente empregado na ciência para o conceito, bem como para avaliar sua aderência a valores jurídicos. Além disso, é admitida a desconstituição do ato apenas nas circunstâncias em que se possa comprovar de forma objetiva a infringência à lei e ao direito⁶⁶.

Contudo, da mesma forma que decisões judiciais errantes podem gerar insegurança jurídica, também o podem decisões regulatórias administrativas sem explicitação da fundamentação técnica. As agências reguladoras foram criadas com a finalidade, entre outras, de instituir um regime jurídico confiável e dotado de segurança jurídica, propício para o investimento privado nos setores desestatizados.⁶⁷

A motivação dos atos administrativos decorre do próprio arcabouço do Direito Administrativo⁶⁸. Mas, esse dever é ainda mais relevante nos casos que envolvam discricionariedade técnica, para os quais, além dos deveres gerais de fundamentação, há deveres específicos de fundamentação técnico-científica.

Esses deveres exigem a demonstração racional dos motivos, uma vez que as decisões com amparo nessa discricionariedade buscam sua legitimidade justamente na *expertise* daquele que toma a decisão. Não se nega que possa haver teor político nessas decisões, em especial de política administrativa, mas estas não podem retratar opções exclusivamente políticas, aqui entendidas como opções políticas em seu sentido ideológico ou sectário⁶⁹.

A motivação é inclusive um dos parâmetros de controle judicial das decisões de discricionariedade técnica. Avalia-se tanto a racionalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade da motivação em si, quanto a relação das razões apresentadas com as finalidades estabelecidas na lei que outorgou a competência discricionária exercida pela Administração⁷⁰.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ MOURA FÉ, Carlos Frederico de. **Agências reguladoras e reforma do Estado brasileiro: insulamento Burocrático ou democratização do Estado? Um estudo multicaso (Aneel, Anatel, Anvisa e ANS)**. Dissertação Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2003.

⁶⁸ Cita-se o art. 2º, caput, e parágrafo único, inciso VII, da Lei nº 9.784, de 1999. “Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. “Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”.

⁶⁹ ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁷⁰ Ibidem.

Nesse sentido, a Administração:

(...) deve documentar em procedimento a tomada de decisão para evidenciar que foram observados os seguintes pressupostos para a tomada de decisão discricionária: (1) apuração e delimitação das vias técnicas de solução; (2) ponderação e escolha da via técnica mais ajustada ao interesse público; e, finalmente, (3) a execução da opção. Como dito, no primeiro passo recorre-se à ciência, no segundo faz-se a opção discricionária, que será executada no terceiro passo⁷¹.

No que se refere ao exercício da prerrogativa administrativa para a edição de atos normativos, faz-se mister que as entidades da Administração demonstrem, de forma detalhada e para além das prescrições legais, o exame das prováveis consequências da norma a ser expedida, inclusive sob perspectiva técnica⁷². Esse exame de prováveis consequências relaciona-se ao caráter prático e ao raciocínio próprio da economia, na linha do que dispõe a AED.

O dever específico de fundamentação das decisões de discricionariedade técnica é ainda mais relevante no caso de agências reguladoras, que foram criadas justamente para prestigiar e fortalecer a tomada de decisões dotadas de alta tecnicidade, bem como a segurança jurídica no mercado regulado. Elas devem demonstrar por que consideram que a decisão tomada é a melhor segundo as leis, métodos e os prognósticos de sua técnica⁷³.

O exame da segurança jurídica, especialmente no âmbito regulatório, é o tema do próximo capítulo.

4. SEGURANÇA JURÍDICA E REGULAÇÃO: UM ESTUDO SOBRE O REGIME DE TRANSIÇÃO

A segurança jurídica é um dos importantes substratos do Estado de Direito, ao lado do princípio da legalidade. Ele busca proteger a legítima expectativa dos cidadãos⁷⁴,

⁷¹ Ibidem, p. 45.

⁷² Nesse caso, destaca-se o disposto no Decreto nº 9.191, de 2017, que regulamenta a Lei Complementar nº 95, de 26.2.1998, para estabelecer as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado.

⁷³ ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

de forma a garantir um mínimo de certeza e continuidade na organização social⁷⁵. Em última instância, visa garantir a previsibilidade dos comportamentos e a estabilidade das relações jurídicas⁷⁶.

Ela não está prevista expressamente no texto constitucional, ainda que vários dispositivos tratem desse importante pilar do Estado de Direito⁷⁷. Fala-se, portanto, em segurança jurídica enquanto princípio.

Alguns autores mencionam diferentes aspectos desse princípio: legalidade; procedimentos de responsabilidade de órgãos administrativos; divisão de poderes; garantias fundamentais⁷⁸. O princípio pode ainda ser referenciado pelo aspecto material (ideia de justiça) e formal (sistema de direitos e garantias fundamentais, divisão de funções do Estado, legalidade e proteção da confiança)⁷⁹. Ainda, fala-se em três categorias: vinculação do Estado à Lei, divisão de poderes, e limitação de poderes⁸⁰.

Apesar de certas divergências, observam-se fundamentos coincidentes nas diferentes doutrinas. A legalidade, a limitação de poderes, a estabilidade e a tutela da confiança, de certo modo, consubstanciam a essência do princípio da segurança jurídica.

Importante destacar, porém, que da premissa da estabilidade, um dos fundamentos que conforma esse princípio, não decorre a vedação à mutabilidade sócio-jurídica. Ou seja, a segurança jurídica deve admitir a flexibilidade sob pena de se moldar um ordenamento jurídico estanque, anacrônico e inaplicável.

Essa estabilidade na mutação acaba por se tornar o caráter essencial da segurança jurídica, especialmente em um cenário em que o ordenamento jurídico passou a ser marcado por: excesso de informação; inflação legislativa; complexidade das normas

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto, apud: SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

⁷⁷ Ainda que não prevista expressamente, a segurança jurídica está fundamentada especialmente no art. 5º, inciso XXXVI, do texto constitucional. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Além deste, outros dispositivos guardam importante relação com esse princípio. Citam-se: preâmbulo; art. 1º; art. 2º; art. 5º, caput; e art. 103-A. SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

⁷⁸ MAFFINI, Rafael, apud: SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

⁷⁹ COUTO E SILVA, Almiro, apud: SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

⁸⁰ CALMES, Sylvia, apud: SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

vigentes; complexidade da coerência entre as normas; paradoxo de conceitos indeterminados; e rupturas na interpretação das normas pelos Tribunais⁸¹.

A realidade contemporânea é composta por mudanças rápidas, intensas e, por que não, disruptivas. Nesse cenário, o desafio da Administração Pública é equilibrar a necessidade de inovação de produção e interpretação normativas com mecanismos que garantam aos administrados a segurança jurídica de suas condutas. Ainda que se lhes atribua o ônus de ter o conhecimento das leis, essa imposição deve ser permeada de instrumentos compensatórios⁸², impondo-se, portanto, à Administração o ônus do planejamento, do consequencialismo e da avaliação de impacto, da transparência ativa e da motivação de seus atos.

Esses instrumentos devem ser empregados de modo a garantir ao administrado três aspectos fundamentais da segurança jurídica: cognoscibilidade (possibilidade de acesso e entendimento da norma), confiabilidade (estabilidade e segurança quanto à permanência de seu conteúdo) e calculabilidade (previsibilidade)⁸³.

A cognoscibilidade pressupõe a inteligibilidade das normas jurídicas pelos administrados. Esses devem ser capazes de compreender adequadamente o seu conteúdo, ou seja, o teor das suas determinações. Além disso, devem ter a aptidão para orientar suas condutas conforme o Direito, sem que se enganem, de forma que consigam delimitar o que podem ou não fazer e quais as consequências de suas ações. Falamos, assim, em segurança de orientação⁸⁴.

Por sua vez, as vertentes da confiabilidade e de calculabilidade exigem estabilidade na mudança. A primeira busca garantir que as mudanças no ordenamento jurídico não ocorram de forma abrupta, viabilizando o planejamento das ações pelos administrados. Além disso, ela pressupõe uma certa durabilidade do ordenamento (o que não pode ser confundido com imutabilidade) e que sejam preservadas as situações subjetivas que se tornaram intangíveis por alguma razão objetiva, de forma a proteger as situações resguardadas pelo Direito do passado. Em última instância, a confiabilidade busca proteger as legítimas expectativas dos administrados⁸⁵.

⁸¹ SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

⁸² Ibidem.

⁸³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem.

Já a calculabilidade busca garantir que os cidadãos sejam capazes, no presente, de antecipar e medir, razoavelmente, futuras mudanças normativas, tanto em relação à possibilidade da alteração da norma em si quanto à extensão dessa mudança. Isso porque, para planejar o futuro, o cidadão deve controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã. Em certa medida, fala-se, portanto, em previsão do grau de intervenção do Poder Público sobre os atos dos administrados. O objetivo é viabilizar a segurança de eficácia, a qual pode ser garantida pelos seguintes instrumentos: irretroatividade; regras de transição; e redução da discricionariedade administrativa⁸⁶.

Nesse sentido:

[A segurança jurídica é] uma norma-princípio que exige dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos contribuintes e na sua perspectiva, de um elevado estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua elevada cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de, sem engano, frustração, surpresa ou arbitrariedade, plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro⁸⁷.

Na doutrina tradicional administrativista, o debate acerca das mudanças normativas esteve centrado basicamente na análise dos conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Entretanto, recentemente, a ampliação do exercício do poder regulamentar tem ensejado a ampliação do debate com vistas a analisar critérios que garantam ao administrado a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade, bem como o exercício do controle desse poder pela própria Administração e pelo Poder Judiciário. Isso porque o exercício do poder regulamentar, ainda que diverso da atividade legislativa, não afasta do administrador o dever de submissão ao regime jurídico administrativo, de legitimação, de transparência e, por pressuposto, de segurança jurídica⁸⁸.

Em outras palavras, a Administração tem o dever de motivar seus atos, especialmente no exercício do poder regulamentar⁸⁹, para fins de verificação da

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ibidem, p. 231.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Nesse ponto, cabe destacar que Poder regulamentar, entendido como o exercício da edição de regulamentos para fiel cumprimento da lei, difere do Poder regulatório, do qual já tratamos neste artigo. Apesar dessa diferença, entendemos que os conceitos desenvolvidos, respeitadas obviamente as particularidades, podem servir de base teórica para este estudo.

observância dos limites da discricionariedade técnica, além de garantir maior legitimidade e segurança à sua atuação⁹⁰.

Nesse contexto, a própria teoria administrativista do ato jurídico está sendo repensada. Ainda que o princípio da nulidade do ato jurídico continue a ser a regra no Direito brasileiro, passou-se a admitir, desde que respeitada a premissa da irretroatividade, o afastamento da nulidade em casos específicos por meio da modulação dos efeitos, no caso de atos de efeitos concretos, bem como da postergação da vigência e da adoção de regras de transição. A essas situações dá-se o nome de regime de transição⁹¹.

A decisão sobre aplicar ou não esse regime no caso concreto é discricionária do administrador. Contudo, essa discricionariedade não pode ser ampla e irrestrita porque a decisão perpassa não apenas por critérios técnicos, mas pela proporcionalidade. Além disso, também nesses casos, deve-se garantir ao administrado a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade⁹².

Não custa, portanto, repisar que, na esfera da discricionariedade técnica, as decisões administrativas exigem fundamentação técnica com demonstração racional dos motivos e observância aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade⁹³. Especificamente nos atos decorrentes do exercício da prerrogativa administrativa para a edição de atos normativos, inclusive no que tange à decisão de adoção ou não de regime de transição, faz-se mister que a Administração demonstre, de forma detalhada, o exame das prováveis consequências da decisão acerca do regime de transição.

O capítulo seguinte propõe-se a examinar recente ato normativo que traz disposições relacionadas à discricionariedade técnica e à segurança jurídica, além de prever expressamente o regime de transição.

5. EXAME DA LEI Nº 13.655/18 À LUZ DA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E DA SEGURANÇA JURÍDICA.

⁹⁰ SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

⁹¹ Ibidem.

⁹² ALVIM, Teresa Arruda. **Um olhar sobre modulação a partir da Lei 13.655/2018**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/teresa-arruda-alvim-modulacao-olhar-partir-lei-13655>

⁹³ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade Técnica**. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Direito Administrativo e Constitucional.

A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, incluiu na LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Essa Lei decorre do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 349, de 2015, de autoria do Senador Antônio Anastasia, o qual foi posteriormente modificado tanto em razão das deliberações no próprio Congresso Nacional quanto dos vetos do Presidente da República.

Essas modificações, porém, não retiraram o caráter principal do Projeto, qual seja: conferir segurança jurídica aos administrados e garantir a eficiência da Administração Pública. Merece menção o seguinte trecho da justificativa do PLS⁹⁴:

O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal. A ideia é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público.

Esse projeto foi elaborado pelo Senador em conjunto com dois juristas: Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto. Na justificativa do projeto consta uma breve análise feita pelos professores, a qual também consta de obra destes, da situação jurídica à época e que justificava a existência do referido PLS. *In verbis*:

O alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas; A relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma; - A tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas; - A dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas; - A instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle. - Os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações); O modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública⁹⁵.

Com base na apresentação desse contexto, passa-se ao exame do art. 1º da Lei nº 13.655, de 2018, que inclui uma série de artigos à LINDB. Este trabalho levará em consideração os arts. 20, 21, 23, 24, 29 e 30 da Lei⁹⁶.

⁹⁴ BRASIL, 2015. Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015, p. 5. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&ts=1567532405298&disposition=inline>

⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Contratações Públicas e Seu Controle**. 2013: Malheiros, p. 278

⁹⁶ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação

O art. 20 traz em seu bojo a noção do consequencialismo na lógica da AED⁹⁷ e abre a margem necessária para o emprego na esfera da atuação administrativa de metodologias para tomada de decisão, como a análise custo-benefício⁹⁸. Essa noção de consequencialismo, de certa maneira, permeia todo o espírito do novel ato normativo. Esse termo pode ser definido como:

(...) a característica de certa postura, interpretativa ou cognitiva, tendente a considerar as consequências de ato, teoria ou conceito. O consequencialismo jurídico é, por sua vez, postura interpretativa que considera, como elemento

demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. § 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

⁹⁷ O consequencialismo traz em seu bojo os próprios fundamentos da AED, a qual propõe uma análise descritiva, calcada no estudo do fenômeno jurídico a partir dos princípios econômicos, trazendo para o Direito noções de eficiência, redução de custos, valor e utilidade. A AED investiga os efeitos de determinadas normas sobre o comportamento das pessoas e se os objetivos alcançados por uma norma são os socialmente desejados, ainda que reconhecendo a racionalidade limitada dos agentes e a tomada de decisões em condições de incerteza. A AED, ao assumir os pressupostos da racionalidade, ainda que limitada, e de que os agentes reagem aos incentivos, bem como que a lei é um dos vários sistemas de incentivo a que estão sujeitos, pressupõe que as alterações normativas devem ser precedidas de avaliação de consequências.

⁹⁸ DALMARCO, Artur Rodrigues. **Que tipos de incentivos a Lei nº 13.655/2018 produzirá sobre agentes públicos? Uma análise sobre os novos comandos estruturais que foram inseridos na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/que-tipos-de-incentivos-lei-no-13-655-2018-produzira-sobre-os-agentes-publicos-08052018>

significativo da interpretação do Direito, as consequências de determinada opção interpretativa⁹⁹.

É importante destacar que o art. 20 não veda a utilização de valores jurídicos abstratos, mas obriga a avaliação de consequências práticas da adoção de determinado valor abstrato, com o objetivo de verificar a compatibilidade entre a decisão e o valor invocado. Esse processo exige, portanto, o exame técnico-científico, com base em uma lógica de causa e efeito¹⁰⁰.

Entretanto, deve-se atentar que a obrigação criada pelo dispositivo não pode significar a imposição à autoridade uma condição sobrehumana de avaliação técnica. A essa avaliação deve-se somar análises com base no princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)¹⁰¹. Na prática, o art. 20 tornou inquestionável a necessidade de aplicação desse princípio, como inafastável requisito de validade do ato¹⁰².

Assim, isso não significa que a Lei tenha estabelecido um regime de preponderância irrestrita do consequencialismo em detrimento dos demais institutos e teorias do Direito. Antes de tudo, trata-se da exigência de que a autoridade leve em conta as consequências práticas das decisões adotadas¹⁰³. Repisamos, portanto, a visão de consequencialismo adotada neste trabalho, qual seja, o consequencialismo no bojo da AED.

A Lei nº 13.655, de 2018, não cria necessariamente a obrigatoriedade da adoção do consequencialismo como abordagem exclusiva ou prioritária. Ela exige a conciliação desses valores com o exame das consequências “por meio de um discurso jurídico que possa considerar, ao mesmo tempo, os valores que devem orientar a decisão com as

⁹⁹ SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 47.

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

¹⁰¹ Especificamente no caso de atos e decisões regulatórias, o consequencialismo perpassa, de certo modo, pelo próprio conceito de espaço regulatório, para avaliação de possíveis consequências. A resposta regulatória deve incidir tanto na estrutura do mercado quanto na motivação dos agentes, fatores esses que determinarão maiores ou menores graus de intervenção. Essa resposta pressupõe uma atuação conjunta entre reguladores e regulados, condição para o êxito da regulação no contexto de capitalismo avançado.

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

¹⁰³ *Ibidem*.

respectivas consequências práticas, sem o que pode haver o comprometimento da eficácia dos próprios valores que a decisão procurou implementar ou de outros valores ou interesses que não foram devidamente considerados ou sopesados no processo decisório”¹⁰⁴.

Também o art. 21 se coaduna com a visão consequencialista da AED ao dispor que a decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas¹⁰⁵.

Essas consequências devem ser examinadas como estados de fato compatíveis com o ordenamento jurídico, exequíveis, certos ou prováveis, imediatos ou imediatos futuros e baseados em causalidade direta, lógica e em evidenciação empírica¹⁰⁶. Por certo, essas exigências devem ser lidas à luz do que chamamos neste artigo de consequencialismo ponderado, sob pena de atribuímos à Administração deveres inexecutáveis, conforme relatamos acima.

O consequencialismo também compõe a lógica dos arts. 2º a 4º¹⁰⁷ do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que tratam principalmente da motivação das decisões

¹⁰⁴ FRAZÃO, Ana. **A importância da análise de consequências para a regulação jurídica. Perspectivas e riscos do consequencialismo e do ‘consequenciachismo’**. Jota, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-29052019>.

¹⁰⁵ SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos. § 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa. § 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram. § 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão. Motivação e decisão baseadas em valores jurídicos abstratos.

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão. § 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração. § 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos. § 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expreso, as suas consequências jurídicas e administrativas. § 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação. § 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade. § 3º Quando cabível, a

administrativas e da necessidade de consideração e análise de consequências práticas delas.

Em última análise, esses dispositivos examinados buscam aproximar direito e sociedade, bem como viabilizar o próprio controle da eficácia da Administração Pública. Parte-se de ideia muito próxima à do realismo americano de um direito vivo, construído na prática e com interesse de considerar determinados fatos empíricos para estudar as mudanças das normas jurídicas por meio das realidades sociais¹⁰⁸.

O artigo 23 da Lei privilegia especialmente a segurança jurídica, inclusive com exigência de adoção de regime de transição pela Administração quando esta for indispensável à concretização desse princípio. Ainda que o texto explicita que a exigência se aplica apenas ao caso interpretação ou orientação nova sobre norma de 'conteúdo indeterminado', como esse próprio conceito é vago, existe a possibilidade de aplicação dessa regra a uma ampla gama de casos¹⁰⁹. O art. 7º¹¹⁰ do Decreto regulamenta o regime de transição.

Destaca-se, ainda, que o dispositivo fixa o núcleo de incidência da norma sobre decisões administrativas, controladoras ou judiciais que estabeleçam interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito.¹¹¹

decisão a que se refere o caput indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais. § 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado: I - restringir os efeitos da declaração; ou II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido. § 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.

¹⁰⁸ MORAIS, Fausto Santos de. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. **Revista Jurídica** vol. 04, nº. 53, Curitiba, 2018. pp. 497-523

¹⁰⁹ ALVIM, Teresa Arruda. **Um olhar sobre modulação a partir da Lei 13.655/2018**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/teresa-arruda-alvim-modulacao-olhar-partir-lei-13655>

¹¹⁰ Art. 7º Quando cabível, o regime de transição preverá: I - os órgãos e as entidades da administração pública e os terceiros destinatários; II - as medidas administrativas a serem adotadas para adequação à interpretação ou à nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado; e III - o prazo e o modo para que o novo dever ou novo condicionamento de direito seja cumprido.

¹¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

O dispositivo debruça-se, portanto, sobre decisões que criem novo dever ou novo condicionamento de Direito, ou seja, decisões de caráter inovador¹¹². Por esse motivo o dever de motivação é inerente ao comando estabelecido por esse dispositivo.

Aqui, merece atenção o fato, do qual já tratamos, de que não é somente a lei que inova no ordenamento jurídico. O poder regulatório diverge do poder regulamentar, uma vez que as agências atuam com base na discricionariedade técnica e proferem decisões que inovam no ordenamento, seja quando editam atos normativos ou mesmo quando proferem decisões que inauguram interpretação ou delimitação que antes inexistia ou possuía sentido diverso do anterior. Assim, entende-se que o conteúdo do art. 23 alcança, assim, os atos normativos regulatórios.

O art. 24 trata especificamente do princípio da irretroatividade. Segundo esse dispositivo, para se verificar a validade de ato, contrato ou norma, devem-se levar em conta, como parâmetros, as orientações urgentes à época da ocorrência desses, e não aquelas decorrentes de mudança de posicionamento posterior. A melhor exegese é a de que esse artigo visa garantir que os agentes que atuem em conformidade com interpretações vigentes à época dos atos não podem ser punidos por mudanças na interpretação¹¹³. Não pode ser outra a interpretação dada aos arts. 5º e 6º¹¹⁴ do Decreto. Também nesses casos está presente a exigência de motivação, aqui especificamente em

¹¹² CÂMARA, Jacintho Aruuda. Art. 24 da LINDB: Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Art. 5º. A decisão que determinar a revisão quanto à validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos cuja produção de efeitos esteja em curso ou que tenha sido concluída levará em consideração as orientações gerais da época. § 1º É vedado declarar inválida situação plenamente constituída devido à mudança posterior de orientação geral. § 2º O disposto no § 1º não exclui a possibilidade de suspensão de efeitos futuros de relação em curso. § 3º Para fins do disposto neste artigo, consideram-se orientações gerais as interpretações e as especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. § 4º A decisão a que se refere o caput será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.

Art. 6º A decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado e impuser novo dever ou novo condicionamento de direito, preverá regime de transição, quando indispensável para que o novo dever ou o novo condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 1º A instituição do regime de transição será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º. § 2º A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais. § 3º Considera-se nova interpretação ou nova orientação aquela que altera o entendimento anterior consolidado.

relação à mudança de interpretação normativa (estabelecimento de novas orientações gerais).

Importante destacar que, ao mencionar expressamente a revisão do ato, contrato ou norma, não se está restringindo a situações de anulação do ato administrativo. O objetivo do dispositivo vai mais no sentido de reforçar a necessidade de se observar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a irretroatividade da lei, deixando claro que a instituição de nova interpretação pode ensejar, portanto, efeitos semelhantes ao de uma nova lei. Em outras palavras, a lei reconhece que novas interpretações podem ser adotadas, mas estabelece que seus efeitos devem se projetar para o futuro¹¹⁵.

O art. 29 da Lei trata da consulta pública. Ainda que o dispositivo utilize expressamente o termo ‘poderá’, a melhor interpretação é a de que, na realidade, trata-se de um dever, uma vez que, se não fosse esse o entendimento, não faria sentido excepcionalizar os casos de normas de organização interna. Além disso, a disposição no § 2º de postergação de vigência somente faz sentido se a norma, de fato, cria um dever. Nesse aspecto, a consulta pública, que pressupõe a própria motivação do ato, seria requisito de validade deste¹¹⁶.

Além disso, cabe destacar que a regra do dispositivo destina-se especialmente aos atos regulatórios, ou seja, atos gerais e abstratos que afetam os direitos dos particulares¹¹⁷. Também no caso desse dispositivo, o Decreto, dessa vez por meio do art. 18¹¹⁸, regulamenta esse dever.

Por fim, o art. 30 versa sobre o dever de instauração de segurança jurídica¹¹⁹ por meio do aperfeiçoamento do desenho institucional da ordem normativa. Em termos

¹¹⁵ CÂMARA, Jacintho Aruuda. Art. 24 da LINDB: Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

¹¹⁶ MONTEIRO, Vera. O art. 29 da LINDB: Regime jurídico da consulta pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Art. 18. A edição de atos normativos por autoridade administrativa poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico. § 1º A decisão pela convocação de consulta pública será motivada na forma do disposto no art. 3º. § 2º A convocação de consulta pública conterá a minuta do ato normativo, disponibilizará a motivação do ato e fixará o prazo e as demais condições. § 3º A autoridade decisora não será obrigada a comentar ou considerar individualmente as manifestações apresentadas e poderá agrupar manifestações por conexão e eliminar aquelas repetitivas ou de conteúdo não conexo ou irrelevante para a matéria em apreciação. § 4º As propostas de consulta pública que envolverem atos normativos sujeitos a despacho presidencial serão formuladas nos termos do disposto no Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017.

¹¹⁹ Sobre o assunto, destacam-se os seguintes casos:

gerais, esse dispositivo gera dois desdobramentos: (i) a institucionalização do efetivo respeito às decisões de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas; e (ii) a estabilização institucional dessas decisões, o que favorece a previsibilidade e a racionalidade, gerando incentivos coerentes aos administrados¹²⁰, especialmente importante no cenário atual de complexidade normativa, conforme já mencionado.

Ao tutelar a previsibilidade, a igualdade e a imparcialidade, o dispositivo não nega o caráter argumentativo do Direito e a própria pluralidade que lhe é ínsita, mas visa permitir o adequado controle dos atos decisórios, por meio da justificação das decisões e suas vinculações aos precedentes, o que tende a contribuir para a redução dos níveis de litigância¹²¹. Por oportuno, destacam-se os arts. 20 a 24¹²² do Decreto que versam sobre os instrumentos de institucionalização da segurança jurídica.

1) Incidente de Uniformização de Jurisprudência Cível, Processo nº 0003019-48.2018.8.19.9000, por meio do qual o Banco Central do Brasil, manifestou-se nos seguintes termos: “2. Inicialmente, esta autarquia informa que não possui interesse em atuar como *amicus curiae* no incidente de uniformização de jurisprudência cível em questão, por envolver matéria consumerista e interesse exclusivo dos consumidores de serviços bancários e das instituições financeiras envolvidas, que refogem às atribuições regulatórias do Banco Central. 3. Entretanto, com o intuito de contribuir para a ampliação da segurança jurídica, o Banco Central se manifesta, na forma do art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, apresentando as seguintes considerações (...)”.

2) Parecer Jurídico nº 537/2018-BCB/PGBC, de 23 de agosto de 2018, por meio do qual a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) encaminhou Carta ao Procurador-Geral do Banco Central do Brasil (PGBC), por meio da qual solicitou pronunciamento da Autarquia a respeito de sistemática destinada à troca de informações de cotistas do Fundo PIS-PASEP entre as instituições financeiras, com a finalidade de operacionalizar o pagamento dos recursos de titularidade desses cotistas de forma automática, isto é, sem a necessidade de solicitação dos interessados. No caso, a PGBC manifestou-se *in verbis*: 8. A consulta feita pela Febraban se coloca em termos abstratos, embora a entidade forneça algumas informações sobre o que se pretende fazer relativamente à troca de dados entre as instituições para encontrar as contas correntes ou de poupança dos cotistas do PIS-PASEP. 9. Sobre consultas da espécie, isto é, consultas em tese, a Procuradoria-Geral (PGBC) tem-se pronunciado reiteradamente no sentido de que o Banco Central não tem o dever legal de responder a questionamentos em abstrato, até mesmo às instituições que exercem atividades sujeitas a sua supervisão. 2 Não obstante, o ordenamento brasileiro foi recentemente inovado com a inclusão de dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que passou a prever que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. 4 Parece-me que, à luz da nova regra legal, o Banco Central poderia passar a responder a consultas em tese, sempre que o interesse público o recomendasse, com o fim de aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas”. O referido Parecer tem caráter ostensivo e o acesso foi obtido por meio do sistema Fale Conosco do Banco Central.

¹²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann, PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Art. 19. As autoridades públicas atuarão com vistas a aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de normas complementares, orientações normativas, súmulas, enunciados e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput terão caráter vinculante em relação ao órgão ou à entidade da administração pública a que se destinarem, até ulterior revisão.

Art. 20. O parecer do Advogado-Geral da União de que tratam os art. 40 e art. 41 da Lei Complementar nº 73, 10 de fevereiro de 1993, aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União juntamente com o despacho presidencial, vincula os órgãos e as entidades da administração pública federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. § 1º O parecer do Advogado-Geral da União aprovado

Com base no exposto, observamos que o regime jurídico da nova LINDB, especificamente no que tange aos dispositivos mencionados, de modo geral, positiva no ordenamento enunciados que reforçam os fundamentos que já vinham sendo levantados pela doutrina, especialmente no que tange: (i) às ponderações dos teóricos da Análise Econômica do Direito e sua aplicação sobre o Direito Administrativo por meio do conceito de discricionariedade técnica; e (ii) ao estudo sobre segurança jurídica de acordo com a vertente que busca superar a visão tradicional calcada nos institutos clássicos (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada) e examina os desafios da estabilidade na mutação e os regimes de transição.

A Lei nº 13.655, de 2018, e o respectivo Decreto reforçam, acima de tudo, os deveres de fundamentação técnica, motivação e proporcionalidade no intuito de garantir ao administrado a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade dos atos, contratos e normas emanados pela Administração, especialmente aqueles que inovam no ordenamento jurídico. Ainda, busca garantir à própria Administração e ao Poder Judiciário o controle dessas ações.

As decisões com amparo em discricionariedade técnica buscam sua legitimidade justamente na *expertise* daquele que toma a decisão. Para tanto, os deveres de fundamentação técnica, motivação e proporcionalidade são inerentes à própria atividade regulatória, bem como pressupostos para o exercício do controle administrativo.

As decisões regulatórias devem demonstrar por que consideram que a decisão tomada é a melhor segundo as leis, métodos e os prognósticos de sua técnica, o que pressupõe o exame das prováveis consequências da norma a ser expedida, inclusive sob perspectiva técnica, para além das prescrições legais.

pelo Presidente da República, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência. § 2º Os pareceres de que tratam o caput e o § 1º têm prevalência sobre outros mecanismos de uniformização de entendimento.

Art. 21. Os pareceres das consultorias jurídicas e dos órgãos de assessoramento jurídico, de que trata o art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 1993, aprovados pelo respectivo Ministro de Estado, vinculam o órgão e as respectivas entidades vinculadas.

Art. 22. A autoridade que representa órgão central de sistema poderá editar orientações normativas ou enunciados que vincularão os órgãos setoriais e seccionais. § 1º As controvérsias jurídicas sobre a interpretação de norma, instrução ou orientação de órgão central de sistema poderão ser submetidas à Advocacia-Geral da União. § 2º A submissão à Advocacia-Geral da União de que trata o § 1º será instruída com a posição do órgão jurídico do órgão central de sistema, do órgão jurídico que divergiu e dos outros órgãos que se pronunciaram sobre o caso.

Art. 23. A autoridade máxima de órgão ou da entidade da administração pública poderá editar enunciados que vinculem o próprio órgão ou a entidade e os seus órgãos subordinados.

Art. 24. Compete aos órgãos e às entidades da administração pública manter atualizados, em seus sítios eletrônicos, as normas complementares, as orientações normativas, as súmulas e os enunciados a que se referem os art. 19 ao art. 23.

Na avaliação das possíveis consequências de decisões regulatórias, inserida no âmbito do próprio exame de fundamentação técnica, motivação e proporcionalidade, o conceito de espaço regulatório pode ser útil para compreendermos possíveis ações dos reguladores no intuito de regular o mercado da melhor forma possível. Uma vez que essa teoria pressupõe que a resposta regulatória deve incidir tanto na estrutura do mercado quanto na motivação dos agentes, a atuação conjunta entre reguladores e regulados passa a ser condição para o êxito da regulação.

É sob o substrato teórico apresentado ao longo deste trabalho que analisaremos a recente atuação do Banco Central do Brasil no âmbito do projeto do *sandbox* regulatório.

6. O SANDBOX REGULATÓRIO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

Tradicionalmente, a atuação dos órgãos reguladores tem sido pautada principalmente por processos pouco flexíveis e em resposta a práticas de mercado que já se encontram amplamente difundidas. Trata-se de uma postura mais reativa dos reguladores frente à evolução das condutas dos regulados¹²³.

Não obstante, com a evolução tecnológica e o surgimento das *fintechs* (empresas do setor financeiro intensivas em tecnologia e ofertantes de produtos e serviços disruptivos), tornou-se claro que, em relação a produtos e serviços para os quais existiria uma certa zona cinzenta regulatória¹²⁴, havia uma desconexão entre o arcabouço normativo-regulatório tradicional e o novo funcionamento do mercado regulado¹²⁵.

Assim, para fazer frente a esses desafios, os reguladores financeiros passaram a buscar a adoção de processos regulatórios mais adaptados à nova realidade. Foi nesse

¹²³ COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação ‘Sandbox’ como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Universidade de São Paulo. vol. 5, n. 2, 2018.

¹²⁴ As chamadas “zonas cinzentas” são muito comuns no âmbito das novas tecnologias, por meio das quais serviços são prestados de maneira inovadora – as vezes não facilmente enquadráveis nos serviços financeiros clássicos. Nesses casos, há uma dificuldade mútua (do regulador e dos participantes do mercado) em reconhecer como o negócio prestado deve ser enquadrado do ponto de vista das atividades típicas. COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação ‘Sandbox’ como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Universidade de São Paulo. vol. 5, n. 2, 2018, p. 270.

¹²⁵ VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. **Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

sentido que surgiram os *sandboxes* regulatórios em mercados financeiros de vários países¹²⁶.

No âmbito da teoria da regulação, o *sandbox* regulatório é um “instrumento regulatório de fomento baseado em incentivo regulatório por meio de experimentalismo estruturado¹²⁷ tendo como pilar indutivo a isenção normativo-regulatória¹²⁸ temporária”¹²⁹.

O objetivo desse instrumento é permitir que o regulador tenha acesso a informações relacionadas a novos produtos e serviços ofertados pelas instituições participantes do processo. Em um ambiente controlado, ocorrem testes, monitoramento e avaliação das iniciativas, por meio de uma estratégia de aproximação entre regulador e regulado¹³⁰. Destaca-se, ainda, que o *sandbox* regulatório deve necessariamente possuir escopo limitado, em razão de instituir um regime regulatório diferenciado¹³¹.

No âmbito da regulação financeira, o *sandbox* pode ser definida como o regime de

autorização temporária dada pelos reguladores financeiros para que empresas inovadoras (selecionadas por meio de um processo seletivo) sejam autorizadas a conduzir seus negócios dentro de um regime regulatório mais flexível, desde que obedeçam a parâmetros previamente acordados junto ao regulador. Há, aqui, um desconto regulatório para empresas que, devido a seu estágio inicial, não teriam porte para cumprir as exigências regulatórias aplicáveis aos provedores de serviços financeiros clássicos¹³².

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ O experimentalismo é uma abordagem pragmática e consequencialista por parte do Estado. No âmbito regulatório, essa abordagem propõe a intervenção por indução, bem como a adoção de medidas regulatórias marcadas por temporariedade, flexibilidade, falibilidade, adaptabilidade, aprendizado dinâmico e monitoramento. A intervenção por indução visa a proteção ou a promoção do objeto fomentado (sem coação), a ausência de compulsoriedade e a satisfação indireta de necessidades públicas. Busca, assim, um fim de utilidade geral sem impor qualquer prejuízo à liberdade dos administrados, os quais, estimulados pela administração, cooperam voluntariamente. VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. **Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

¹²⁸ Apenas nos casos em que haja previsão expressa no projeto do *sandbox* é que pode haver a derrogação temporária de normas vigentes. Deve haver, ainda, o detalhamento sobre os requisitos e regras que irão nortear o deferimento de isenção regulatória. Destaca-se, porém, que essa derrogação não significa a ausência de normas uma vez que os participantes devem observar as regras do próprio programa. VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. **Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

¹²⁹ VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. **Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019, p. 128.

¹³⁰ VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. **Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

¹³¹ Ibidem.

¹³² COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação ‘Sandbox’ como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Universidade de São Paulo. vol. 5, n. 2, 2018, p. 266.

Especificamente para as *fintechs*, os benefícios do *sandbox* regulatório são normalmente associados a: (i) diminuição do custo regulatório; (ii) maior acesso a financiamento; (iii) redução do tempo de maturação de produtos e serviços inovadores; (iv) mitigação dos riscos, inclusive para os consumidores; e (v) celeridade na resposta regulatória ao mercado¹³³.

De acordo com o *Financial Conduct Authority* (FCA), autoridade de regulação de conduta de instituições financeiras do Reino Unido, o *sandbox* regulatório permite que as empresas testem proposições inovadoras no mercado com consumidores reais. Trata-se de um regime aberto a empresas autorizadas cujo objetivo é fornecer às empresas do mercado: (i) capacidade de testar produtos e serviços em um ambiente controlado; (ii) comercialização de produtos e serviços a um custo potencialmente mais baixo; (iii) auxílio na identificação de salvaguardas adequadas de proteção ao consumidor para incorporação de novos produtos e serviços; (iv) melhor acesso a financiamento; e (v) acesso a ferramentas de autorização restrita, orientação individual, renúncias e cartas de ação de não execução¹³⁴.

No caso do *sandbox* do BCB, assim como no do FCA, o regime está aberto apenas a empresas autorizadas e se constitui em um regime temporário¹³⁵.

Deve-se destacar, porém, que, ainda que existam características gerais comuns entre os regimes dos países, não há um procedimento único para *sandbox* regulatório. As

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ <https://www.fca.org.uk/firms/regulatory-sandbox>

¹³⁵ Retomamos a notícia divulgada pelo BCB, já mencionada na introdução deste trabalho: “o *sandbox* regulatório é a aplicação de requisitos regulatórios diferenciados por período limitado e busca permitir que empresas testem serviços e produtos financeiros inovadores em um ambiente controlado. Durante esse período, essas empresas podem receber dos agentes reguladores orientações personalizadas sobre como interpretar e aplicar a regulação cabível. Ao mesmo tempo, os órgãos controladores têm acesso aos resultados obtidos e podem avaliar os riscos associados aos novos produtos. Assim, ao fim da experiência, a Administração pode restringir ou regulamentar as inovações”.

A adstrição do procedimento apenas a empresas autorizadas também consta em Coutinho Filho (2018). Senão, vejamos: “Esse regime consiste em uma autorização temporária dada pelos reguladores financeiros para que empresas inovadoras (selecionadas por meio de um processo seletivo) sejam autorizadas a conduzir seus negócios dentro de um regime regulatório mais flexível, desde que obedeçam a parâmetros previamente acordados junto ao regulador. Há, aqui, um desconto regulatório para empresas que, devido a seu estágio inicial, não teriam porte para cumprir as exigências regulatórias aplicáveis aos provedores de serviços financeiros clássicos”. COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação ‘Sandbox’ como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Universidade de São Paulo. vol. 5, n. 2, 2018, p. 270.

variações de cada modelo decorrem diretamente do ordenamento jurídico e do aparato institucional vigentes em cada jurisdição¹³⁶.

De acordo com o art. 3º da minuta de ato conjunto, previsto no Edital de Consulta Pública 72/2019, do Banco Central do Brasil, *in verbis*:

Art. 3º O Sandbox Regulatório é um ambiente em que entidades serão autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, a fim de testar, por período determinado, projeto inovador na área financeira e de pagamento observando um conjunto específico de disposições regulamentares que amparam a realização controlada e delimitada de suas atividades¹³⁷.

Nos termos do art. 5º da minuta de ato normativo conjunto *supra*:

Art. 5º A regulamentação e a condução do Sandbox Regulatório serão regidas pelos seguintes princípios:

I - estímulo à inovação e à diversidade de modelos de negócio no Sistema Financeiro Nacional e no Sistema de Pagamentos Brasileiro;

II - aumento da eficiência e redução de custos no Sistema Financeiro Nacional e no Sistema de Pagamentos Brasileiro;

III - promoção da concorrência e da inclusão financeira;

IV - atendimento às necessidades dos usuários finais, em especial a liberdade de escolha, segurança, proteção de seus interesses econômicos, tratamento não discriminatório,

privacidade e proteção de dados pessoais, acesso a informações claras e completas e condições

adequadas de fornecimento de produtos e de serviços;

V - aumento da confiabilidade, qualidade e segurança dos produtos e serviços;

VI - aprimoramento da regulamentação de assuntos de competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil; e

VII - aprimoramento da atuação da supervisão do Banco Central do Brasil¹³⁸.

No âmbito jurídico, de acordo com a Constituição Federal, é competência privativa da União legislar sobre sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais, bem como política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores¹³⁹. Nesse sentido, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, estabelece que cabe ao Conselho Monetário Nacional (CMN) regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas à Lei, bem como a aplicação das penalidades

¹³⁶ COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação ‘Sandbox’ como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Universidade de São Paulo. vol. 5, n. 2, 2018, p. 270.

¹³⁷ BRASIL, 2019. **Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019**. Banco Central do Brasil, p. 4. Disponível em: file:///C:/Users/Dell/Downloads/EditalConsultaPublica72.pdf

¹³⁸ BRASIL, 2019. **Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019**. Banco Central do Brasil, p. 4. Disponível em: file:///C:/Users/Dell/Downloads/EditalConsultaPublica72.pdf

¹³⁹ Constituição Federal de 1988. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores.

previstas¹⁴⁰. Além disso, esse mesmo ato normativo atribui ao BCB a função de conceder autorização às instituições financeiras¹⁴¹. Destaca-se que a administradoras de consórcio¹⁴² e as instituições de pagamento¹⁴³ são reguladas por atos normativos próprios. Além disso, cumpre informar que, ainda que possua competências regulatórias, o BCB não é uma agência reguladora, em sentido estrito.

O Edital de Consulta Pública 72/2019, do Banco Central do Brasil, menciona como base jurídica da minuta de ato normativo conjunto dispositivos legais¹⁴⁴, inclusive dos atos normativos supramencionados. Nenhum deles, porém, dispõe, ainda que de forma indireta, a possibilidade de instituição de um modelo regulatório com as características do *sandbox*.

De outra sorte, não há exigência de que o regime regulatório seja único ou fixo ou de um processo autorizativo que vincule a Administração. Pelo contrário. Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, a atividade regulatória é embasada na discricionariedade técnica, o que pressupõe a revisão constante dos atos regulatórios. As características próprias da ordenação da economia, marcada por conceitos indeterminados, fundamentação finalística e existência de conceitos técnicos de outras ciências, que não oferecerem grandes zonas de certezas (negativa e positiva), conformam um campo do Direito Administrativo Econômico que favorece a discricionariedade da Administração Pública e, de certo modo, a flexibilidade do processo (obviamente, observados os princípios gerais do Direito Administrativo).

¹⁴⁰ Lei nº 4.595, de 1964: Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: (...) VIII - Regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas.

¹⁴¹ Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: a) funcionar no País; b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior; c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas; d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários; e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento; f) alterar seus estatutos; g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.

¹⁴² Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008.

¹⁴³ Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013.

¹⁴⁴ São eles: Arts. 23 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, 4º, incisos V, VI, VIII e XXXI, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, 9º da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, 10-A, § 2º, inciso I, do Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967, 3º-B, inciso I, da Lei nº 8.929, de 22 de agosto de 1994, 18, § 4º-B, e 27-B, inciso I, da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, 3º-A, inciso I, e 35-B, inciso I, da Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004, 7º, inciso III, da Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, 12 da Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009, 22, inciso II, e 28, inciso II, da Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, 7º e 9º da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e 11 da Lei nº 13.775, de 20 de dezembro de 2018, combinado com o art. 1º do Decreto nº 9.769, de 16 de abril de 2019. BRASIL, 2019. Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019. Banco Central do Brasil, p. 4. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/EditalConsultaPublica72.pdf>

Além disso, em regra, a autorização é um ato administrativo discricionário, unilateral e precário “pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração”¹⁴⁵.

Apesar disso, poder-se-ia argumentar que a falta de disposição normativa que fundamente expressamente um regime regulatório temporário e diferenciado, a que denominamos de *sandbox*, poderia trazer certa insegurança jurídica aos reguladores; no caso deste trabalho, especificamente ao BCB, cujas iniciativas sobre essa inovação regulatória estão apenas começando.

Por oportuno, destaca-se, em relação a essa autarquia, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.591/DF, em que restou pacificada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às atividades das instituições financeiras, o Supremo Tribunal Federal exarou o entendimento de que, por falta de autorização legislativa expressa, o CMN não teria competência para regular as relações de consumo entre clientes e essas instituições. De acordo com a Corte, esse órgão é titular da capacidade normativa de conjuntura

no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras (...). Tudo quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. A produção de atos normativos produzidos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade¹⁴⁶.

Essa decisão, ainda que adstrita ao objeto da ADI, ao reforçar o pressuposto da legalidade estrita da atividade regulatória do BCB, não pode ser desconsiderada como um fator que poderia trazer insegurança à implementação do *sandbox* regulatório no âmbito dessa autarquia.

Não obstante, entende-se que essa insegurança estaria mitigada pela edição da Lei nº 13.655, de 2018, especialmente em função da exigência¹⁴⁷ de adoção do regime de

¹⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 190.

¹⁴⁶ Ementa da ADI 2.591-DF.

¹⁴⁷ Por oportuno, convém reforçar que a melhor exegese é a de a adoção desse regime não deve ser ampla e irrestrita, sob pena de anular a discricionariedade técnica, própria do regulador. Cabe à Administração avaliar a necessidade ou não de transição no caso concreto. Esse exame deve ser feito com base na técnica

transição nos casos de decisão que estabeleça interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito¹⁴⁸.

Pode-se argumentar¹⁴⁹ que o *sandbox* regulatório seria, assim, uma das formas de o BCB adotar um regime de transição no mercado financeiro ao prever, para os casos de atos normativos regulatórios que inovem no ordenamento jurídico, a postergação da vigência ou a adoção de regras de transição. Estas podem se consubstanciar em normas que estabeleçam, por meio de experimentalismo estruturado, isenção normativo-regulatória temporária, regras específicas de autorização, testes, monitoramento e avaliação das iniciativas, bem como formas de indução de comportamento.

Assim, a criação, pelo BCB, desse regime de autorização temporária, com um certo desconto regulatório, concedida a empresas inovadoras do mercado regulado e que obedeçam a parâmetros previamente acordados junto à autarquia configurar-se-ia na instauração do regime de transição previsto na Lei. O regime de transição insere-se na lógica do consequencialismo, na lógica da AED, e busca privilegiar, ao mesmo tempo, a discricionariedade técnica e a segurança jurídica.

Em última instância, o poder-dever, devidamente fundamentado, de adoção de um regime de transição confere ao BCB as condições para exame técnico-científico do mercado e das consequências das decisões aventadas, bem como permite às instituições que operem no mercado regulado participarem mais ativamente das decisões regulatórias, conferindo maior segurança jurídica às suas atividades.

O regime de transição (e a própria sistemática da Lei como um todo) reforça, portanto, especialmente no contexto atual do mercado financeiro, a importância de atuação conjunta de reguladores e regulados como condição de êxito da regulação, na linha do que propõe a Teoria do Espaço Regulatório.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

e na proporcionalidade e em critérios que avaliem se o regime poderá conferir cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade ao administrado. Em todos os casos, a decisão deve ser motivada.

¹⁴⁸ Nesse ponto, não custa repisar que, em geral, os atos normativos regulatórios têm o caráter de inovar no ordenamento jurídico, de forma que, a rigor, estariam enquadrados na exigência de adoção do mencionado regime.

¹⁴⁹ Ainda que a Lei nº 13.655, de 2018, não estabeleça de forma expressa a possibilidade de adoção do *sandbox* regulatório, os argumentos apresentados neste artigo e as próprias disposições da mencionada Lei permitem argumentar que esse regime diferenciado pode ser caracterizado como regime de transição.

O presente trabalho consubstanciou-se em pesquisa bibliográfica acerca da iniciativa, ainda incipiente, de implementação do *sandbox* regulatório pelo Banco Central do Brasil, com o objetivo de examinar se essa implementação depende de legislação específica sobre o tema.

A hipótese do trabalho era a de que a Lei nº 13.655, de 2018, cria um sistema normativo propício à implementação do *sandbox* regulatório pelo BCB, de forma que o ordenamento jurídico já conta com diploma normativo que confere segurança jurídica para a adoção desse regime, prescindindo essa autarquia de ato normativo específico sobre o tema.

Com base no marco teórico adotado, na análise doutrinária sobre a mencionado Lei e respectivo Decreto que a regulamenta, na bibliografia sobre o *sandbox* regulatório e nos documentos publicados pelo BCB acerca desse regime, concluiu-se pela confirmação da referida hipótese de pesquisa.

A referida Lei, ao dispor sobre a adoção de regime de transição e trazer disposições aderentes ao consequencialismo, na lógica da AED, supre lacuna de disposição normativa expressa sobre o *sandbox* regulatório do BCB, entidade cuja competência é regulada especialmente pela Lei nº 4.595, de 1964, a qual é silente em relação a um regime regulatório diferenciado.

O *sandbox* regulatório seria uma das formas de o BCB adotar um regime de transição no mercado financeiro ao prever, para os casos de atos normativos regulatórios que inovam no ordenamento jurídico, a postergação da vigência ou a adoção de regras de transição.

Em última análise, a Lei nº 13.655, de 2018, reforça a discricionariedade técnica dessa autarquia e lhe confere o poder decisório, devidamente fundamentado, de adotar ou não um regime de transição regulatória que contemple entidades expressamente autorizadas. Nos casos em que decida de forma motivada adotar o regime, passa a poder acessar os resultados obtidos pelos regulados e avaliar os riscos associados aos novos produtos financeiros no mercado.

Com isso, entende-se que o novel ato normativo confere ao BCB a base legal para adotar um processo regulatório ativo, que lhe permita criar as condições para análise do mercado e para a edição de atos normativos que gerem incentivos regulatórios eficazes. Esse processo reforça, portanto, especialmente no contexto atual do mercado

financeiro, a importância de atuação conjunta de administradores e administrados como condição de êxito da regulação, na linha do que propõe a Teoria do Espaço Regulatório.

Além disso, a mencionada Lei cria uma sistemática jurídica que confere maior segurança jurídica para que os entes regulados tenham incentivos a participar do *sandbox* regulatório, tendo em vista que esse regime permitirá conferir às empresas financeiras cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade, viabilizando instrumentos para que o mercado continue inovando.

Assim, garante-se a flexibilidade normativa que a atividade regulatória requer, ao mesmo tempo em que especialmente as *fintechs* têm maior previsibilidade sobre suas condutas. Elas podem se beneficiar de maior previsibilidade acerca da juridicidade de suas condutas, podendo, inclusive, adaptá-las, ou ao menos iniciar o processo de adaptação, antes da edição de ato regulatório.

Com base no exposto, entende-se que o BCB pode encontrar na sistemática da LIND a segurança jurídica que lhe permita a aplicação de requisitos regulatórios diferenciados por período limitado a empresas inovadoras expressamente autorizadas.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda. *Um olhar sobre modulação a partir da Lei 13.655/2018*. Conjur.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Ayres, Ian; John, Braithwaite. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford Socio-Legal Studies. New York. Oxford University Press. 1992

BRASIL, 2015. *Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015*.

BRASIL, 2019. *Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019*. Banco Central do Brasil.

CÂMARA, Jacintho Aruuda. Art. 24 da LINDB: Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação ‘Sandbox’ como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Universidade de São Paulo. vol. 5, n. 2, 2018.

DALMARCO, Artur Rodrigues. *Que tipos de incentivos a Lei nº 13.655/2018 produzirá sobre agentes públicos? Uma análise sobre os novos comandos estruturais que foram inseridos na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro*. Jota.

EISENHARDT, Kathleen. Building theories from case study research. *Academy of Management Review*. New York, New York, v. 14 n. 4. 2019.

FRAZÃO, Ana. *A importância da análise de consequências para a regulação jurídica. Perspectivas e riscos do consequencialismo e do 'consequenciachismo'*. Jota, 2019.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 45.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica. Teoria e Prática*. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2006.

HANCHER, Leigh; MORAN, Michael. *Capitalism, Culture and Regulation*. Oxford University Press, 1989.

JASPER, Eric Hadmann. *O desencanto da economia. Dissertação de Mestrado*. Departamento de Filosofia da Universidade de Brasília. Brasília, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

LIMA LOPES, José Reinaldo. *Raciocínio jurídico e economia*. Faculdade de Direito da USP. Escola de Direito de São Paulo (EDESP-FGV).

MAJONE, Giandomenico. As transformações do Estado regulador. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 262, p. 11-43, jan./abr. 2013

MARCATO, Marília Bassetti; MARTINZ, Felipe Pasini P. A tomada de decisão do agente econômico: uma breve discussão sobre incerteza e a Teoria do Prospecto. *Revista Economia Ensaios*. Uberlândia (MG), 28 (1), p. 47-66, Jul./Dez. 2013

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do estado regulador. *Revista CEBRAP* nº.76. São Paulo, nov. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MONTEIRO, Vera. O art. 29 da LINDB: Regime jurídico da consulta pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018

MOREIRA, Egon Bockmann, PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018.

MOURA FÉ, Carlos Frederico de. *Agências reguladoras e reforma do Estado brasileiro: insulamento Burocrático ou democratização do Estado? Um estudo multicaso (Aneel, Anatel, Anvisa e ANS)*. Dissertação Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2003.

MORAIS, Fausto Santos de. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. *Revista Jurídica* vol. 04, nº. 53, Curitiba, 2018. pp. 497-523

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAIXÃO, Ricardo Fernandes. *Banco Central ganha prêmio de melhor iniciativa de sandbox do mundo*. Jota. INOVA&AÇÃO. Julho, 2019.

PAIXÃO, Ricardo Fernandes; OIOLI, Erik Frederico. Sandboxes e Regulação de Inovação Financeira Disruptiva por meio de Fintechs. *Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, v. 7, n. p. 113-146, 16/05/2018.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. *Revista Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, nº 57, p. 85-138, 2010

POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulanete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães. *Estudos sobre negócios e contratos: Uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito*. Almedina, Coimbra, 2017.

MATTOS, Paulo (coord). *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34. 2004. Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 50, n. 1999, p. 42, jul./set. 2013.

ROMAN, Flavio José. ***Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica***. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro – RIDB*, Ano 1 (2012), nº 1.

SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018

SILVEIRA, Marilda de Paula. *Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

SIMON, Herbert Alexander. (1956). Rational choice and the structure of the environment. *Psychological Review* 63 (2), 129-138

SIQUEIRA, André Henrique.; PAIXÃO, Ricardo Fernandes.; SUARES, Marcus Vinícius Cursino.; ALMEIDA, Rafael Sarres de; OLIVEIRA FILHO, José Deodoro; CAVALCANTE NETO, Aristides Andrade. LIFT – Laboratório de Inovações Financeiras e Tecnológicas. *Revista Eletrônica LIFT/Banco Central do Brasil*, v. 1, 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações Públicas e Seu Controle*. 2013: Malheiros.

THALER, Richard H. *Misbehaving: The making of behavioral economics*. Nova York, NY: W. W. Norton, 2016

TORRES, Larissa Fontes de C. LEITE, Filipe Mendes Cavalcanti. *O superendividamento do consumidor de crédito no Brasil sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito*. Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. CONPEDI/UFSC; coordenadores: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuszk, Maria Stela Campos da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2014

VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. *Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias*. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

Yin, Robert K. *Case study research, design and methods (applied social research methods)*. Thousand Oaks. California: Sage Publications, 2019.

ROYALTIES DO PETRÓLEO DE GÁS: UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO PARA GARANTIR COMPROMISSOS CONSTITUCIONAIS

João Marcelo Xavier Rodrigues

Resumo

O § 1º do artigo 20 da Constituição Federal de 1988 prevê dois institutos, *participação no resultado* e *compensação financeira*, essenciais para trilhar a orientação da distribuição dos *royalties* entre os entes federados. A correta classificação financeira da receita advinda da exploração do petróleo e gás natural apresenta-se como fundamental para garantir o cumprimento de compromissos constitucionais – cite-se a recomposição dos danos sofridos e a redução das desigualdades sociais e regionais. A questão abrange, sobretudo, a interpretação dada pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tendo em vista que o atual *modus operandi* da distribuição dos *royalties* do petróleo e gás, bem como da aplicação desses recursos financeiros, não se demonstra adequado para efetivamente assegurar o propósito de cada participação governamental.

Palavras-chave: Direito regulatório. Participações governamentais. Participação no resultado. Compensação financeira. CFEM. Distribuição. Royalties. Petróleo. Gás. Entes da federação. ADI 4917. Óleo e gás.

OIL AND GAS ROYALTIES: AN ISSUE OF INTERPRETATION TO ENFORCE CONSTITUTIONAL RIGHTS

Abstract

The first paragraph of article 20 from Brazilian Constitution provides two terms, *result sharing* and *financial compensation*, which are essential to guide the distribution of royalties among the federated entities. The correct financial classification of revenue from oil and gas exploration is required to enforce constitutional rights – cases in point are the damage restoring and the reducing social and regional inequalities. The issue covers, above all, the interpretation given by Legislative, Executive and Judiciary Powers, considering that the current *modus operandi* of distribution of oil and gas royalties, as well as the application of these financial resources, is not suitable to effectively ensure the purpose of each governmental participation.

Keywords: Regulatory law. Governmental participations. Result sharing. Financial compensation. CFEM. Royalties. Petroleum. Natural gas. Federated entities. ADI 4917. Oil and gas.

1. INTRODUÇÃO

A legislação ordinária brasileira prevê, desde 1953, a obrigatoriedade de repasse de parcela do valor do petróleo ou gás natural extraído aos Estados. Não obstante, em 1988 os *royalties* dos recursos minerais ganharam status constitucional e se configuraram como os valores financeiros pagos, mensalmente, por agentes econômicos que exploram bens públicos escassos e não renováveis. Em outras palavras, o objetivo do detentor do bem – União – é permitir a exploração de petróleo e gás, mediante arrecadação de *royalties*, com vistas remunerar à própria sociedade e, assim, possibilitar a efetivação dos compromissos assumidos pela Constituição¹.

Dessa arte, a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu art. 20, § 1º, que à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios fosse assegurada, nos termos da lei, a *participação no resultado* da exploração de petróleo ou gás natural no respectivo território ou a *compensação financeira* por essa exploração.

Portanto, cumpre observar que, nesta pesquisa, visa-se investigar os destinatários finais dos *royalties*, qual seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e como esses recursos orçamentários são utilizados. É dizer que interessa estudar em que medida cada ente federado faz jus ao recebimento de valores devidos a título de *royalties* e a finalidade pela qual esses recursos são devidos. Assim, a pesquisa será realizada pelos métodos exploratório e dedutivo, a partir da análise dos limites da interpretação da disposição constitucional sobre a distribuição dos *royalties* do petróleo e gás natural. Faz-se necessário, então, debruçar sobre conceitos e definições relacionados com a regulação do setor petrolífero, sendo, antes disso, imprescindível trazer à colação o dispositivo constitucional objeto da pesquisa — art. 20, § 1º:

É assegurada, nos termos da lei, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

I.

I.1 LEGISLAÇÃO REGENTE DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO E GÁS

¹ BRASIL. **Guia dos Royalties do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: ANP, 2001, p. 12.

A Carta maior brasileira designa o petróleo e o gás natural, considerados espécies de recursos minerais e de hidrocarbonetos², como bens da União e determina a monopolização da pesquisa e da lavra das jazidas de tais recursos³, bem como garante à empresa – que exerce a atividade exploratória – a propriedade do produto da lavra⁴. Nesse sentido, a partir da literalidade do art. 20 da Constituição Federal, extrai-se que a propriedade do petróleo é considerada como bem integrante da União, seja no subsolo terrestre – inciso IX, seja no subsolo marinho – incisos V e VI.

Nessa senda, a produção de petróleo é viabilizada pela “aquisição”, pela licitante vencedora, do direito de explorar atividade econômica monopolizada – consubstanciada na transformação de jazida em petróleo ou gás. Então, paga-se, ao proprietário dos recursos, entre outras parcelas, uma contraprestação pecuniária, denominada *royalty*: expressão de origem inglesa que significa o valor devido por terceiros ao detentor de um direito qualquer pelo uso ou exploração de seus bens⁵.

Cumprе notar que o petróleo e o gás, por não serem renováveis, são exauridos durante o processo de exploração, o que causa a perda da essência da jazida⁶ no decorrer da extração e produção – ou seja, como em algum momento não haverá mais possibilidade das jazidas serem transformadas em petróleo ou gás, defende-se a inviabilidade de tratar tais recursos minerais como frutos de determinado bem⁷. Portanto, a referida exploração pressupõe a alienação do bem extraído para o particular, que, em contrapartida, paga *royalties* ao então proprietário dos recursos⁸ – União.

² Conforme a posição do STF na ADI n. 3273-9/DF, no voto do Ministro Carlos Ayres Britto, a Constituição considera recursos minerais como gênero de petróleo: “A Carta-cidadã, fiel a proposição kelseniana de que o Direito constrói suas próprias realidades, optou por ignorar as discussões geológicas e geofísicas sobre a distinção entre hidrocarbonetos fluidos e gasosos (que seriam substâncias orgânicas) e os recursos minerais propriamente ditos. Isto para fazes destes últimos (recursos minerais) o gênero no qual os dois primeiros recursos naturais se encartariam. As duas topologias fundindo-se, a princípio, numa única realidade ou figura de Direito, sob o nome abrangente de recursos naturais.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2020, arts. 20, incs. V e IX, e 177, inc. I.

⁴ A disposição constitucional contida no art. 176 determina que as jazidas, em lavra ou não, e os demais recursos minerais “constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2020, art. 176.

⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. Mini Houaiss – **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro. Objetiva, 2003, p. 462.

⁶ Definição de jazida: reservatório ou depósito já identificado e possível de ser posto em produção. BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Brasília: Presidência da República, art. 6º, inc. XI.

⁷ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. **Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria** [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016, p. 68.

⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 328-329.

Desse modo, no âmbito das concessões⁹ petrolíferas, os *royalties* configuram-se como contraprestação decorrente do direito de propriedade e não do direito de uso¹⁰. Nesse sentido, o petróleo e o gás natural são vendidos à empresa autorizada para sua respectiva exploração e produção, como bem preceitua Torquato¹¹:

Os *royalties* pagos pelas empresas petrolíferas consistem no preço devido ao Estado em contraprestação à alienação de um bem público, sempre que o negócio jurídico de compra e venda de petróleo estiver previsto, concomitantemente, no contrato de exploração e produção.

Observa-se que, não obstante os recursos minerais serem de propriedade da União e a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos constituírem monopólio da União¹² – responsável também pela concessão, restou acordado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Mandado de Segurança 24.312 / DF, que a participação ou compensação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos — apesar de a própria origem da renda não ter sido objeto de discussão. Nesta pesquisa, basta ter em mente que o repasse de *royalties* aos demais entes federados é obrigatório, com também é possível extrair do julgado supracitado.

Nesse espeque, o valor a ser pago à título de *royalties*, no caso brasileiro, é definido no próprio contrato da União com a empresa concessionária, de acordo com a legislação regente, sendo a quantidade produzida de recursos minerais utilizada como base de cálculo para o repasse.

I.2 ROYALTIES: PARTICIPAÇÃO NO RESULTADO V. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA

Inicialmente, torna-se importante definir *royalties* como gênero e diferenciar as espécies de remunerações trazidas pela Constituição Federal de 1988 – *participação no*

⁹ Entenda-se, nesta pesquisa, concessões petrolíferas no sentido *lato*. Ou seja, qualquer espécie de contrato firmado entre a Administração Pública e o particular que tenha como objeto a exploração de petróleo e gás.

¹⁰ JENNINGS, Anthony. *Oil and gas exploration contracts*. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 2.

¹¹ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria* [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016, p. 111.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3.273*. Relator Min. Eros Grau. Julgado 16.03.2005.

resultado e compensação financeira. Nesse sentido, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, delineou, em seu voto no Recurso Extraordinário 288.800/DF, que tais institutos previstos são completamente distintos e entendeu, *a priori*, que a seleção do modelo de distribuição de *royalties* seria de liberdade do legislador. No entanto, nota-se que a diferenciação conceitual encontra divergência na doutrina, tendo em vista a própria utilização desses dois termos pelo constituinte originário.

Neste artigo, adotar-se-á a concepção de que sim, há distinção entre os dois institutos ora em análise. Para firmar essa posição, é oportuno trazer o ponto de vista do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “a norma distingue entre participação e compensação. Esta última pressupõe um prejuízo decorrente da exploração. Já a participação constitui uma associação de benefícios”¹³. Em outras palavras, a expressão *participação no resultado* denota aquela parcela de *royalties* calculada sobre a importância total decorrente da exploração de recursos minerais, enquanto a *compensação financeira* deve ser estimada conforme o dano sofrido por determinado beneficiário.

Independentemente de §1º do artigo 20 da Constituição Federal especificar duas expressões para se referir aos *royalties*, ou, ainda, duas formas de remunerar os beneficiários pela exploração de recursos minerais, a Lei regulamentadora, que menciona apenas a *compensação financeira*, instituiu, em verdade, o outro modelo constitucionalmente previsto – *participação nos resultados*¹⁴, como pode se extrair do artigo 6º da Lei 7.990/1989:

Art. 6º A exploração de recursos minerais ensejará o recolhimento da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), nos termos do § 1º art. 20 da Constituição Federal, por ocasião: [...] [grifou-se]

Explica-se: apesar da utilização do termo *compensação financeira*, a conformação adotada pelo legislador brasileiro ordinário para a distribuição dos *royalties* do petróleo e gás natural é a de *participação nos resultados*, justamente porque deriva-se da falta de previsão legal que limite o valor da contraprestação pecuniária paga aos beneficiários, ao considerar que o modelo de cálculo escolhido tem como parâmetro porcentagem do

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1, p. 154.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989**. Brasília: Presidência da República, art. 6º.

faturamento obtido pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) com a venda de recursos minerais às empresas petrolíferas concessionárias. E, por isso, o atual modelo não guarda relação com o objetivo de efetivamente compensar ou indenizar os entes prejudicados pelas atividades exploratórias¹⁵.

Neste ponto, portanto, a verdadeira *compensação financeira*, aquela forma de remuneração de *royalties* que pressupõe prejuízo do beneficiário e que detém caráter indenizatório, impõe uma limitação no cálculo do valor devido, haja vista que a atividade implica determinados danos aos entes federados¹⁶ e, quando calculada com base no resultado da exploração, considera aspectos irrelevantes para a recomposição do prejuízo sofrido. Nesse sentido, Andressa Torquato salienta:

A teoria indenizatória faz sentido apenas como critério de razoabilidade para aferir o montante a ser repassado a Estados e Municípios em cujo território ocorrem atividades extrativas, que deve ser compatível com os gastos extraordinários suportados por estes em razão da produção de petróleo.¹⁷

Nesta perspectiva, exemplifica-se os fatos do valor da contraprestação pecuniária ser auferida conforme a venda do petróleo e, também, de acordo com o preço mínimo do petróleo ser determinado pelo mercado internacional¹⁸, o que, *a priori*, não se consubstanciam na pretensão de efetivamente indenizar e reparar os danos causados pela atividade exploratória. Portanto, apesar da legislação de regência (Lei n.º 7.990/1993, regulamentada pelo Decreto n.º 01/1991) mencionar apenas o termo *compensação financeira*, seu ensejo foi fundamentalmente no sentido de garantir de *participação no resultado* aos entes da federação.

Dito de outra forma, os *royalties* transferidos, no modelo brasileiro, nem sempre correspondem àquilo causado pelo dano decorrente da exploração de recursos minerais – seja a maior ou a menor – e, conseqüentemente, ao valor da reparação a qual o ente federado que suporta o prejuízo faz jus, precisamente, por ter que despender mais recursos

¹⁵ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. **Royalties do petróleo e orçamento público**: uma nova teoria [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016, p. 169.

¹⁶ Cite-se a poluição causada pela produção de hidrocarbonetos na região; o desgaste das estradas que passam os caminhões que transportam os recursos minerais; o aumento populacional que demanda maior oferta de serviços públicos, etc.

¹⁷ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. **Royalties do petróleo e orçamento público**: uma nova teoria [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016, p. 173.

¹⁸ BRASIL. **Guia dos Royalties do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: ANP, 2001, p. 29.

com vistas ao cumprimento de suas obrigações e à consecução, via políticas públicas, de direitos fundamentais.

I.3 IMPASSE NO MODELO DE DISTRIBUIÇÃO DOS *ROYALTIES*

A Constituição Federal dispõe sobre o dever da União (e não das empresas concessionárias) em transferir *royalties* para os destinatários finais, seja como *participação nos resultados* ou como *compensação financeira*. Dito isso, vale memorar que a arrecadação dos recursos financeiros e a respectiva distribuição dos *royalties* são realizados pela ANP – responsável por fazer o cálculo das importâncias devidas e o respectivo repasse para os entes beneficiários.

Quanto ao intuito de instituição de um novo regime de distribuição de *royalties*, havia o pretexto de que somente se aplicaria à exploração da reserva do pré-sal. Ocorre que foi promulgada a Lei n.º 12.734/2012 para atingir contratos não relacionados com o pré-sal e beneficiar, em grande medida, entes federados não produtores de petróleo ou gás natural.

Em oportunidade anterior, porém, a Presidência da República vetou dispositivo que previa a destinação de parcela de *royalties* para a constituição do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) – art. 64 da Lei n.º 12.351/2010. Não obstante, a maioria congressista mobilizou-se novamente para aprovar considerável avanço as sobre participações governamentais oriundas da exploração de petróleo e, ainda, sobre os campos situados fora da reserva do pré-sal, inclusive sobre aqueles já licitados sob o regime de concessão, exatamente para destiná-los às demais entidades federadas.

Enviado à Presidência da República, tal proposição legislativa foi parcialmente vetada por razão de inconstitucionalidade ante ao § 1º do art. 20 da Constituição Federal e sob o argumento de que os *royalties* fixados na legislação vigente têm natureza compensatória. Sem embargo, o parlamento brasileiro derrubou o veto e promulgou a Lei 12.734/2012 para reduzir a participação dos Estados e dos Municípios diretamente afetados pela exploração do petróleo e gás natural.

Com efeito, o Estado com maior produção de petróleo, Rio de Janeiro, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no Supremo Tribunal Federal com vistas à declaração de inconstitucionalidade de determinados dispositivos da Lei 12.734/2012 e,

subsidiariamente, ao reconhecimento da invalidade de sua aplicação às participações sobre os contratos celebrados na vigência da legislação anterior.

Assim, diante desse cenário controverso e do grande impacto financeiro caso o novo regime de distribuição de *royalties* fosse imediatamente aplicado, a Ministra Cármen Lúcia deferiu, monocraticamente, a medida cautelar na ADI n.º 4.917 para suspender os efeitos de determinados dispositivos da Lei n.º 9.478/1997 (Lei do Petróleo) com alterações promovidas pela Lei n.º 12.734/2012.

Em suma, as novas regras relativas à *participação no resultado ou compensação financeira* pela exploração de petróleo ou gás natural (*royalties*) visam contemplar em maior proporção as entidades federadas não produtoras. Dessa arte, é inequívoca a relevância discussão acerca da distribuição de *royalties*, que envolve repasses de vultuosos recursos financeiros e, por consequinte, enseja eventuais conflitos entre os entes federados.

Nessa perspectiva, introduzida a legislação regente, algumas definições e o atual embate político-jurídico acerca da destinação dos *royalties* do petróleo e gás natural, o presente artigo objetiva lançar algumas ideias concernentes à sua distribuição no Brasil, consagrada no § 1º do art. 20 da Constituição Federal. O ponto a ser debatido é: a partir do referido dispositivo constitucional, como deve ser feita a distribuição dos *royalties* do petróleo e do gás natural entre os entes federados e como devem ser aplicados tais recursos para garantir os compromissos constituicionais?

II.

II.1 PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS PELA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS

Superada a exposição de pontos cruciais relativos ao § 1º do art. 20 da Constituição Federal e à distribuição de *royalties*, cabe, neste momento, melhor delinear as especificidades de cada participação governamental – *royalties lato sensu*.

As participações governamentais, previstas no edital de licitação e decorrentes do contrato firmado com a Administração Pública, são valores devidos ao poder concedente pela empresa concessionária e abrangem as seguintes parcelas: (i) bônus de assinatura; (ii) *royalties*; (iii) participação especial; e (iv) pagamento pela ocupação ou retenção da área. Porém, observa-se que, segundo a legislação regente, apenas as participações

governamentais de *royalties strictu sensu* e de pagamento pela ocupação ou retenção da área são obrigatórias.

A primeira rubrica, bônus de assinatura, corresponde à participação governamental que, caso prevista no edital, deverá ser paga integralmente pela empresa licitante, em parcela única, antes ou no ato da assinatura do contrato, com objetivo de tendo em vista a compensação dos gastos empenhados na realização dos procedimentos licitatórios¹⁹, bem como a retribuição do particular que logrou êxito para exercer um monopólio da União – exploração das jazidas de petróleo e gás natural. Em outros termos, a participação governamental de bônus de assinatura não se relaciona nem com o *resultado da exploração* nem com a *compensação financeira* garantida pelo § 1º do art. da Constituição Federal, uma vez que serve tão somente para remunerar a União, considerando os gastos com o processo de concorrência e a cessão – em sentido amplo – do direito de exercício de uma atividade econômica constitucionalmente monopolizada.

Nesse sentido, portanto, não se vislumbra qualquer direito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em receberem transferência de parcela do bônus de assinatura, pelas seguintes razões: (i) o estabelecimento da referida participação governamental no edital de licitação é faculdade da União – poder concedente, titular dos objetos licitados e do monopólio da referida atividade econômica; (ii) a natureza do bônus de assinatura, que determina seu pagamento antes mesmo de qualquer exploração de recursos minerais ou de eventual prejuízo de um Estado membro.

Em relação aos *royalties stricto sensu*, inicialmente descritos na parte I deste artigo, cumpre ressaltar que devem ser pagos mensalmente pelo concessionário, em montante correspondente a no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 10% (dez por cento) da produção de petróleo ou gás, conforme previsto no edital de licitação correspondente²⁰, sendo a parcela do mínimo de 5% regulada pela Lei 7.990/1989 e a outra parcela de até 5% regulada pela Lei 9.478/1997 – Lei do Petróleo.

Como esclarecido, os *royalties* podem assumir duas espécies no sistema brasileiro, qual seja, *participação no resultado* ou *compensação financeira*. Desse modo, não restam dúvidas, por uma simples interpretação literal do § 1º do art. 20 da Constituição Federal, sobre a garantia de recebimento de *royalties*, nos termos da lei, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Resta saber, no entanto, em que medida

¹⁹ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. **Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria** [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016, p. 75.

²⁰ BRASIL. **Guia dos Royalties do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: ANP, 2001, p. 20.

pode o legislador dispor acerca da parcela a que faz jus cada ente federado – o que será melhor delineado na parte III do presente artigo.

A parcela referente às participações especiais, caso estabelecida no edital e no respectivo contrato, é decorrente de excepcional volume de produção ou de grande rentabilidade, motivo pelo qual, segundo os critérios do Decreto n.º 2.705/1998, deverá ser paga no valor calculado sobre a receita bruta da produção, deduzido os *royalties* e outros custos.

Logo, assume-se a premissa de que a participação especial não é devida até que o valor de produção atinja ou ultrapasse o estabelecido pela legislação regulamentadora. Ou seja, caso isso aconteça e haja previsão no contrato com a Administração Pública, será devida a participação especial. Nesse sentido, a referida participação governamental decorre da ocorrência “qualificada” do fato gerador da incidência de *royalties* – exploração de petróleo ou gás natural e a respectiva alienação da propriedade em excedente – e, portanto, não deve ser objeto de repasse aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Ora, a previsão dessa parcela no edital e no contrato é opção do poder concedente – União.

Quanto à participação governamental de pagamento pela ocupação ou retenção da área, observa-se que há obrigatoriedade de pagamento anual, de forma que o valor devido é fixado por quilômetro quadrado ou por fração da superfície do bloco, sendo o percentual aumentado pela ANP sempre que houver prorrogação do prazo de exploração. Dessa forma, a empresa concessionária deverá realizar o referido pagamento, de acordo com a faixa estabelecida no decreto regulamentador, sendo essa parcela considerada como espécie de “aluguel” pela utilização de terras da União, nas quais estão localizadas as lavras de petróleo ou de gás natural.

Isto posto, afere-se que a parcela de pagamento pela ocupação ou retenção da área constitui um meio necessário à possibilitar eventual resultado da exploração de jazidas petróleo ou gás natural, ou seja, de bens da União, o que induz, a meu ver, não ser devida a transferência desta participação governamental aos demais entes da federação.

II.2 ROYALTIES: A CLASSIFICAÇÃO FINANCEIRA

Do ponto de vista financeiro, os *royalties* constituem a entrada de recursos no patrimônio público, seja no do titular dos bens ou no do detentor do direito – beneficiários designados, no caso, pela Carta maior brasileira.

É oportuno trazer à colação parte do voto do Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, no RE 228.800/DF, acerca da classificação dos *royalties* quanto à origem:

O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da *participação nos resultados* ou da *compensação financeira* cogitados.

A disciplina da matéria, de modo significativo, não se encontra no capítulo do sistema tributário, mas em parágrafo do art. 20 da Constituição, que trata dos bens da União, a evidenciar natureza patrimonial da receita a auferir.

Por outro lado, diferentemente do que ocorre em relação aos impostos – espécie tributária não-vinculada a qualquer contraprestação estatal –, tanto a participação nos resultados como a CFEM [contraprestação financeira pela exploração de recursos minerais] têm a sua causa – direta ou indireta, como se verá – na exploração dos recursos hídricos para fins de energia elétrica, e minerais – bens integrantes do patrimônio da União (art. 20 VIII e IX). [grifou-se]

Como se pode ver, o entendimento firmado pelo STF é no sentido de que os *royalties* não possuem natureza tributária, haja vista que decorrem da alienação de recursos minerais pelo Estado. Por isso, a contraprestação financeira pela exploração de recursos minerais (CFEM) é devida justamente em razão da exploração de bens públicos e, conseqüentemente, conserva natureza patrimonial.

Na ocasião do julgamento do MS 24.312/DF, em relação à classificação da receita quanto ao seu vínculo, o STF definiu que os *royalties* seriam receitas originárias dos Estados, Distrito Federal e Municípios, como pode se extrair da ementa a seguir:

[...] 2 - Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos (CF, art. 20, § 1º). [...]

Apesar da classificação dada pela Suprema Corte brasileira, sobretudo por influência do *obiter dictum* do Ministro Nelson Jobim²¹, não houve no julgamento

²¹ “Em 1988, quando se discutiu a questão do ICMS, o que tínhamos? Houve uma grande discussão da constituinte sobre se o ICMS tinha que ser na origem ou no destino. A decisão foi que o ICMS tinha que ser na origem, ou seja, os estados do Sul continuavam gratuitamente tributando as poupanças consumidas nos estados do Norte e do Nordeste. Aí surgiu um problema envolvendo dois grandes assuntos: energia elétrica – recursos hídricos – e petróleo. Ocorreu o seguinte: os estados onde ficasse sediada a produção de petróleo e a produção de energia elétrica acabariam recebendo ICMS incidente sobre o petróleo e energia

discussão acerca da titularidade dos recursos minerais. Omitiu-se, portanto, que tais bens públicos são pertencentes à União, bem como o fato de que os *royalties* pagos pelas empresas concessionárias passarem necessariamente pelo orçamento da União, neste caso representada pela ANP. Nesse ponto, por qual motivo os *royalties* foram classificados como receitas originárias dos Estados, Distrito Federal e Municípios?

Pois bem. Não obstante a ementa supracitada determine que os *royalties* seriam receitas originárias dos entes subnacionais, a classificação de receitas públicas quanto ao seu vínculo sequer foi objeto de debate no julgamento do MS 24.312/DF. Trata-se, portanto, de um equívoco incorrido, como bem salienta Fernando Scaff:

Houve uma imprecisão no uso da expressão receita originária na ementa do referido acórdão, pois a pretexto de usar uma classificação (receitas originárias versus receitas derivadas) usou outra (receitas próprias versus receitas transferidas). E deixou de lado a questão do federalismo fiscal, em que um ente federativo transfere receitas para outros. Daí que, no caso concreto, há para os entes subnacionais, uma transferência de receita originária da União²².

É esse o entendimento da corrente doutrinária majoritária: *royalties* como receita originária da União e como receita transferida dos demais entes da federação. Ora, primeiro o titular do bem objeto do contrato arrecada o recurso para, posteriormente, transferir parcela da receita devida à cada beneficiário.

Faz-se necessário, também, fazer algumas considerações sobre a atual classificação dos *royalties* quanto à categoria econômica. A esse respeito, o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público²³, em consonância com a Lei n.º 4.320/1964, dispõe:

elétrica. O que se fez? Participei disso diretamente [...] Então, qual foi o entendimento público naquela época que deu origem a dois dispositivos da Constituição? Daí porque preciso ler o parágrafo 1º do artigo 20, em combinação com o inciso X do art.155, ambos da Constituição Federal. O que se fez? Estabeleceu-se que o ICMS não incidiria sobre operações que se destinassem a outros estados – petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos, gasosos e derivados e energia elétrica –, ou seja, tirou-se da origem a incidência do ICMS. [...] Assim, decidiu-se da seguinte forma: tira-se o ICMS da origem e se dá aos estados uma compensação financeira pela perda dessa receita. Aí se criou o parágrafo 1º do artigo 10. [...] estou tentando recompor a questão histórica, com isso, estou entendendo que não é uma receita da União que liberalmente está dando, por convenio, ao Estado: é uma receita originária dos Estados, face à compensação da exploração em seu território de um bem, de um produto sobre o qual não incide ICMS. Essa é a origem do problema”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: MS 24.312**. Relatora Ministra Ellen Gracie, Julgado em 19.02.2003, Trecho do voto do Ministro Nelson Jobim.

²² SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 291.

²³ BRASIL. **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 8. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional (STN), 2018, p. 34.

Receitas Orçamentárias Correntes são arrecadadas dentro do exercício financeiro, aumentam as disponibilidades financeiras do Estado e constituem instrumento para financiar os objetivos definidos nos programas e ações orçamentários, com vistas a satisfazer finalidades públicas.

Receitas Orçamentárias de Capital são arrecadadas dentro do exercício financeiro, aumentam as disponibilidades financeiras do Estado e são instrumentos de financiamento dos programas e ações orçamentários, a fim de se atingirem as finalidades públicas. Porém, de forma diversa das receitas correntes, as receitas de capital em geral não provocam efeito sobre o patrimônio líquido. [grifou-se].

Desse modo, portanto, apesar das duas categorias econômicas mencionadas aumentarem a disponibilidade financeira do Estado, a relevância da diferenciação entre elas reside no seguinte fenômeno: enquanto as receitas correntes compreendem a entrada definitiva de recursos no patrimônio público, as receitas de capital ingressam no patrimônio público se, e somente se, houver diminuição de outros ativos do Estado. Em outras palavras, quando o ente estatal auferir receita de capital, o respectivo patrimônio líquido permanece inalterado, ainda que o patrimônio bruto possa ser temporariamente aumentado.

Cumpra-se notar que o material produzido pela Secretaria Nacional do Tesouro (STN) relaciona o termo exaustão com “a redução do valor, decorrente da exploração dos recursos minerais, florestais, e outros recursos naturais esgotáveis”²⁴. Assim, como reconhecido pelo poder público, ocorre o esgotamento e, respectivamente, a perda dos respectivos bens finda a exploração concedida.

Acontece que, na prática, os *royalties* são classificados como receita corrente, sob a justificativa de serem receitas provenientes da exploração do patrimônio público pelo particular. No entanto, dada a natureza esgotável dos recursos minerais, cabe destacar que a referida exploração enseja o pagamento de receita de capital, tendo em vista que a entrada de recursos no patrimônio público é “compensada” pela perda (exaurimento) do bem público. Assim, na medida em que o petróleo e o gás natural são explorados, ocorre verdadeira alienação de bens da União ao licitante vencedor – o que não resulta, portanto, em qualquer acréscimo no patrimônio líquido do Estado para motivar a classificação dos *royalties* como receitas correntes.

A implicação disso é que, como preconiza a Lei n.º 4.320/1964, enquanto as receitas correntes devem atender despesas classificáveis em despesas correntes, as

²⁴ BRASIL. **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 8. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional (STN), 2018, p.169.

receitas de capital estão destinadas atender despesas de capital²⁵. Dessa forma, a classificação equivocada da STN faz com que os valores arrecadados a título de *royalties* sejam gastos com despesas correntes – ou seja, com o custeio da máquina pública.

Para isso, é importante trazer os conceitos de despesa corrente e de despesa de capital, respectivamente: a primeira inclui-se na categoria de despesas que não contribuem, diretamente, para a formação ou aquisição de um bem de capital, e a segunda, por outro lado, classifica-se na categoria de despesas que contribuem, diretamente, para a formação ou aquisição de um bem de capital²⁶.

Feitas as considerações relativas à questão financeira dos *royalties*, é possível tirar duas conclusões parciais: i) a classificação quanto à origem dos *royalties*, apesar do STF ter se manifestado de que seriam receitas originárias dos Estados, Distrito Federal e Municípios, corresponde, em verdade, à receita originária da União — razão pela qual poderá produzir efeitos na esfera de sua distribuição; e ii) a classificação quanto à categoria dos *royalties*, embora a Administração Pública o enquadre como receitas correntes, referem-se, pelo menos em tese, à receitas de capital — o que afetará o cumprimento do fim que motiva o pagamento de *royalties*.

II.3 PRINCÍPIOS-FINS CONSTITUCIONAIS DA DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES

A distribuição dos *royalties*, decorrente, justamente, da produção, exploração e alienação do petróleo e gás natural, deve, com o fito de assegurar a todos existência digna conforme os ditames de justiça social, ser norteadas pelos princípios gerais do capítulo da atividade econômica da Constituição Federal de 1988²⁷.

²⁵ “Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital.

§ 1º - São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.

§ 2º - São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o *superávit* do Orçamento Corrente.”

²⁶ BRASIL. **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 8ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional (STN), 2018, p. 72.

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2020, art. 170, *caput*.

Entretanto, há princípios da ordem econômica brasileira que estão mais relacionados com a distribuição de *royalties*, como: (i) a soberania nacional; (ii) a função social da propriedade; e (iii) a redução das desigualdades regionais e sociais.

Primeiramente, cumpre evidenciar que a soberania nacional é o princípio em que se sustenta o próprio ensejo à cobrança de *royalties*. Nesse sentido, só há a referida contraprestação por parte da empresa concessionária porque o Estado brasileiro, utilizando-se de sua posição soberana, legitima a União à exigência do cumprimento da referida obrigação financeira.

Por sua vez, o princípio da função social da propriedade, consubstanciado na obrigação do titular do bem em atingir uma finalidade social no decorrer de sua exploração, relaciona-se com os *royalties*, tendo em vista seu próprio caráter de compensação financeira – reparar os impactos e prevenir os riscos da indústria extrativista. Dessa forma, o princípio da função social da propriedade na seara do petróleo e gás está intrinsecamente vinculado à assegurar a todos o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”²⁸.

Noutro giro, considerando que os *royalties* do petróleo e gás são: (i) relacionados com bens tratados no capítulo da ordem financeira da Constituição; (ii) devidos, genericamente, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios – por força do disposto no § 1º do art. 20 da Constituição Federal de 1988; e (iii) decorrentes da alienação de patrimônio da União; cumpre evidenciar, também, sua finalidade de cumprir com o princípio-fim da redução das desigualdades regionais e sociais.

III.

III.1 CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO E GÁS

A distribuição dos *royalties* é regulada sobretudo pelas Leis n.º 7.990/1989 e n.º 9.478/1997. A primeira dispõe sobre a parcela fixa de 5% (cinco por cento), enquanto a segunda rege a parcela de até 5%, totalizando, de tal forma, o percentual de no máximo

²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2020, art. 225, *caput*.

10% (dez por cento) sobre o valor da produção. Assim, observa-se que, de acordo com a Lei 9.478/1997, é possível a redução do percentual de *royalties* de 10% até um mínimo de 5% do volume total de produção pela ANP, desde que previsto no edital de licitação, tendo em vista os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes ao bloco.

Além do critério da alíquota – de 5% e de até 5%, a legislação estabelece o critério da localização da lavra, em terra (*onshore*) ou em mar (*offshore*). Nesse sentido, a parcela devida ao beneficiário irá variar, por enquanto, de acordo com a lei regente e com o local onde ocorrer a produção e a exploração do petróleo ou gás.

Ademais, cumpre frisar que, para fins de distribuição de *royalties*, apenas o critério territorial ganhou *status* constitucional²⁹. Ou seja, o referido critério determina que o ente federado onde ocorrer a atividade exploratória fará jus ao recebimento de *participação no resultado* ou *compensação financeira*. No entanto, isso não quer dizer que a distribuição dos *royalties* também não possa seguir, nos termos da lei, outros critérios³⁰.

No presente estudo não caberá delinear o método utilizado para aferir se certo Estado ou Município enquadra-se em determinado critério, bem como não será necessário demonstrar o cálculo realizado pela ANP para distribuir *royalties*. Aqui, bastará ter ciência dos critérios empregados pela legislação para determinar os beneficiários, por exemplo: ente federado produtor ou confrontante, Municípios confrontantes e respectiva área geoeconômica, Municípios com instalações de embarque e desembarque e zona de influência³¹.

²⁹ Art. 20, § 1º, da CF/88: “É assegurada, nos termos da lei, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios **a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural [...] no respectivo território**, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. [grifou-se]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2020.

³⁰ FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. **Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria** [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016, p. 163.

³¹ **a)** Estados produtor – terra: Estados em que se localizam poços produtores de petróleo ou gás natural; **b)** Município produtor – terra: Municípios em que se localizam poços produtores de petróleo ou gás natural; **c)** Estados confrontantes – mar: Estado confrontante a poços produtores marítimos (parcela de 5%) ou a campos marítimos (parcela de até 5%), localizados dentro das linhas dos limites interestaduais até a linha de limite da plataforma continental; **d)** Municípios confrontantes – mar: Município confrontante a poços produtores marítimos (parcela de 5%) ou a campos marítimos (parcela de até 5%), localizados dentro das linhas dos limites intermunicipais até a linha de limite da plataforma continental; **e)** Área geoeconômica - mar: Municípios próximos aos Municípios confrontantes, de acordo com as seguintes zonas: - Zona de Produção Principal: conjunto formado pelos Municípios confrontantes com os poços produtores e os municípios onde estiverem localizadas três ou mais instalações industriais para processamento, tratamento, armazenamento e escoamento ou relacionadas às atividades de apoio à exploração, produção e escoamento

Assim, é possível vislumbrar a compreensão de que, para fins de distribuição de *royalties*, deve-se considerar a correspondência de cada critério à um fato gerador distinto. A consequência disso é, justamente, que o enquadramento de um ente federado em determinado critério enseja o pagamento de uma parcela de *royalties* – cite-se o caso de um Município produtor (terra), confrontante com a lavra na plataforma continental (mar), e, ainda, detentor de instalação de embarque e desembarque de petróleo ou gás natural. Neste exemplo, portanto, tal Município faz jus ao recebimento de *royalties* de forma cumulada – ou seja, somando-se cada parcela devida.

Apesar da questão não ser pacífica, o referido entendimento não é absurdo na medida em que contempla o beneficiário consoante as atividades ou operações suportadas pelo ente federado. Não obstante, é preciso que o critério efetivamente corresponda ao dano sofrido – por exemplo, um ente federado considerado tão somente como *city gates*³² não merece ser incluído, como pretende a Lei n.º 12.734/2012, no critério de detentor de instalação de embarque e desembarque para perceber a parcela referente à *compensação financeira*.

Ademais, isso não quer dizer que, necessariamente, o ente federado é compensado na exata medida em que foi prejudicado. A *compensação financeira*, apesar de objetivar a efetiva reparação de danos, também deve conter um limite.

III.2 ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NO QUANTUM DE ROYALTIES DEVIDO A CADA BENEFICIÁRIO

do petróleo ou gás natural; - Zona de Produção Secundária: conjunto dos Municípios atravessados por oleodutos ou gasodutos, incluindo as respectivas estações de compressão e bombeio, destinados, exclusivamente, ao escoamento da produção; - Zona Limítrofe à Zona de Produção Principal: conjunto dos Municípios contíguos àqueles que integram a zona de produção principal, bem como municípios que, embora não atendendo ao critério da contiguidade, possam ser social ou economicamente atingidos pela produção ou exploração do petróleo ou do gás natural, segundo os critérios do IBGE; **f)** Municípios com instalações de embarque e desembarque (parcela de 5%) – terra e mar: Municípios com determinadas instalações e que houveram movimentação de petróleo ou gás natural; **g)** Municípios afetados por operações em instalações de embarque e desembarque (parcela de até 5%) – terra e mar: Municípios com determinadas instalações e que houveram movimentação de petróleo ou gás natural; **h)** Zona de influência de instalação de embarque e desembarque: municípios litorâneos que apresentem limites geográficos pela linha de costa com municípios com instalação de embarque e desembarque ou cuja linha de costa situe-se em um raio de 10km das referidas instalações, ou municípios localizados às margens de lagos, baías ou rios com instalação de embarque e desembarque. BRASIL. **Guia dos Royalties do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, 2001.

³² Pontos de entrega de gás pela transportadora à uma concessionária distribuidora.

Exposta a questão dos critérios relativos à distribuição dos *royalties*, cumpre, neste momento, traçar as principais modificações trazidas pela Lei 12.734/2012 – principalmente sobre aqueles dispositivos suspensos por força da liminar concedida no bojo ADI n.º 4.917/RJ.

Deve-se destacar que, com a concessão da referida medida cautelar para suspender a eficácia de dispositivos que visam a alterar o percentual a que faz jus cada beneficiário, a distribuição de *royalties* vem ocorrendo conforme a redação anterior da Lei n.º 7.990/1989 (parcela de 5%) e da Lei n.º 9.478/1997 (parcela de até 5%) – anteriores à supracitada Lei de 2012. Ocorre que a Lei de 2012, além de incluir os *city gates*³³ como beneficiários, visa alterar em ampla proporção a porcentagem devida aos entes que já faziam jus ao recebimento de *royalties* — sobretudo entre os produtores e os não produtores.

Portanto, a promulgação da Lei n.º 12.734/2012 detinha o condão de, em relação ao modelo vigente, diminuir a parcela de *royalties* devida aos entes produtores para aumentar a parcela de *royalties* devida aos entes não produtores – estes últimos incluídos no Fundo Social da União e nos Fundos Especiais dos Estados e dos Municípios.

Para ilustrar a situação, oportuno listar as principais pretensões da Lei 12.734/2012 na alteração da distribuição *royalties* do petróleo e gás natural entre os beneficiários:

Parcela de 5%

- Estados e Municípios confrontantes ou diretamente afetados: de 70% para 40%
- Fundo Especial dos Estados e Municípios: de 10% para 40%
- Comando da Marinha (20%) para Fundo Social da União (20%)

Parcela de até 5%

- Estados e Municípios confrontantes ou diretamente afetados: de 52,5% para 40%
- Fundo Especial dos Estados e Municípios: de 7,5% para 40%
- Comando da Marinha e Ministério da Ciência e Tecnologia (40%) para Fundo Social da União (20%)

³³ Os *city gates* passaram a ser considerados como critério de instalações de embarque e desembarque para fins de pagamento de *royalties* aos municípios afetados por tais equipamentos tendo em vista a modificação trazida pela Lei 12.734/2012 no art. 48, §3º e no art. 49, §7º, da Lei n. 9.478/1997, o que implicou na diminuição do valor devido aos beneficiários efetivamente afetados.

Nesse cenário, a forma prevista para distribuição de *royalties* consubstancia-se na repartição da receita arrecadada entre todos os entes da federação – seja para os entes produtores ou não. No entanto, a inovação da Lei de 2012 questionada é quanto à possibilidade dos entes não produtores perceberem mais *royalties* do que aqueles que sofrem com os efeitos da referida exploração mineral, justamente porque há previsão de que o ente produtor possa optar, caso entenda mais benéfico, pela parcela de *participação no resultado* em detrimento da de *compensação financeira*.

Em outras palavras, possibilita-se ao ente produtor que deveria receber a parcela de *participação no resultado*, por pertencer à federação, cumulada com a parcela de *compensação financeira*, por ser considerado diretamente afetado pelas atividades exploratórias, a escolha de apenas uma forma de remuneração.

Portanto, a mencionada inobservância pelo legislador enseja que os institutos previstos no § 1º do art. 20 da Constituição Federal sejam descaracterizados e desrespeitados, posto que a finalidade dos *royalties* – remunerar todos os entes da federação e possibilitar a recomposição dos danos pelos entes prejudicados – não estaria sendo cumprida.

III.3 A INTERPRETAÇÃO NECESSÁRIA PARA GARANTIR A FINALIDADE DA DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES

Como visto, se os fatos geradores para percepção de *royalties* são distintos – (i) ente integrante da federação; e (ii) ente produtor ou efetivamente afetado pela exploração de petróleo ou gás, devem ser cumuláveis. Isso posto, não se pode admitir, em regra, que um ente não produtor receba, a título de *royalties*, um montante superior ao recebido pelo ente federado que deveria fazer jus às duas parcelas: *compensação financeira* e *participação no resultado*³⁴.

Neste ponto, o limite do legislador, para fins de distribuição de *royalties*, deve ser a garantia de igualdade material aos entes integrantes da federação, bem como assegurar, àqueles entes produtores, uma efetiva compensação pelos danos decorrentes da

³⁴ As exceções seriam de um ente que possui um baixo coeficiente individual, de acordo com as regras do FPM ou FPE, para fins recebimento de *participação no resultado* e possua ínfimo repasse a título da parcela de *compensação financeira* ou, ainda, de um ente federado que receba grande montante a título de *participação no resultado* por causa de seu elevado coeficiente individual.

exploração mineral — ou seja, além da possibilidade de cumulação de *participação no resultado* e de *compensação financeira*, os *royalties* devidos não podem ser calculados tão somente com base na quantidade de petróleo ou gás produzida, em virtude dessa medida não possuir qualquer relação com os prejuízos efetivamente percebidos pelo ente.

A questão financeira também é uma questão pela qual o legislador deve-se preocupar. O primeiro motivo é relativo à classificação quanto à origem, tendo em vista que, entre outros argumentos, não se pode classificar como originária dos Estados ou Municípios uma receita que é arrecadada pela ANP — órgão da Administração direta da União — e por ela distribuída aos beneficiários, passando primeiramente, portanto, pela contabilidade da STN — União.

O segundo motivo é em relação à classificação econômica, haja vista que atualmente a receita arrecadada a título de *royalties* é integralmente considerada como receita corrente. O problema dessa classificação pela Administração Pública, como visto, é que toda a despesa deverá ser efetuada, também, como corrente, o que significa que os prejuízos sofridos não serão reparados e que nem mesmo parte desses recursos financeiros será investida para as gerações futuras — que não irão gozar da receita dos *royalties* de bens sujeito à exaustão, como no caso do petróleo e do gás natural.

Cumprе notar, porém, que como a parcela de *participação no resultado* não possui a pretensão de reparar os entes federados que suportam os danos da exploração de recursos minerais, não necessariamente a mesma deva ser classificada como receita de capital³⁵, sendo, portanto, uma discricionariedade do legislador-intérprete.

Por outro lado, no que se refere a *compensação financeira*, por mais que se entenda que não ocorra a alienação do petróleo ou gás natural, a CFEM deve ser tida como receita de capital sob pena de inconstitucionalidade, tendo em vista que esta parcela é devida, como determinado pela Constituição Federal, para efetivamente reparar os danos sofridos, o que ocorre por meio de investimentos — despesa de capital³⁶.

Dessa forma, vislumbra-se duas possibilidades: a primeira delas é que os *royalties* — *participação no resultado* e *compensação financeira* — sejam integralmente classificados como receitas de capital; a segunda é a classificação da *participação no*

³⁵ Explica-se: (i) caso se entenda que a *participação no resultado* é uma receita patrimonial, considerada a exploração do patrimônio da União, possível a classificação da receita como corrente; e (ii) caso se compreenda que a *participação no resultado* é decorrente da conversão, em espécie, de bens e direitos (alienação do petróleo e gás), poderá ser classificada como receita de capital.

³⁶ BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Brasília: Presidência da República, arts. 11 e 12.

resultado como receita corrente e a da *compensação financeira* como, necessariamente, receita de capital.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez trazida em que medida a legislação brasileira contempla cada beneficiário dos *royalties* do petróleo e gás, afere-se que a *participação no resultado*, como uma associação aos benefícios, dispensa a exploração de petróleo ou de gás natural no território do respectivo beneficiário. Assim, tendo em vista a igualdade entre os entes federados, pode-se aduzir que, considerando a forma federalista adotada pelo Brasil, todos deveriam receber, *a priori*, parcela idêntica, desde que à título de *participação no resultado*.

Cumprе ressaltar que, com o princípio-fim da função social da propriedade e da redução das desigualdades sociais e regionais explícitos na Carta Magna brasileira, vislumbra-se a possibilidade da parcela de *participação no resultado* (da exploração de recursos minerais) ser repartida segundo os critérios do Fundo de Participação dos Estados e dos Municípios (FPE E FPM), haja vista que o legislador visa contemplar os entes federados de acordo com cada coeficiente individual — ou seja, com o fito de buscar maior igualdade social no país ao levar em consideração, pelo menos em tese, as peculiaridades de cada ente federado, como a população e a renda per capita.

No que tange à parcela de *compensação financeira*, pressupõe-se a exploração de petróleo ou gás natural no território do respectivo beneficiário. Em outras termos, não se visa aqui distribuir os *royalties*, igualitária ou equitativamente, entre todos os entes da federação, afinal, o repasse desta participação governamental é para precisamente compensar os danos e os gastos extraordinários suportados pelo ente federado diretamente afetado pela referida atividade.

Nesse raciocínio, somente aqueles entes da federação cujo território ocorre a exploração de petróleo ou gás natural ou por ela é realmente afetado devem configurar como beneficiários da parcela de *compensação financeira*. Isso não quer dizer, entretanto, que tais entes também não devem fazer jus ao recebimento da parcela de *participação no resultado*, haja vista que esta última é devida a todos os entes da federação, exatamente, por ser uma associação dos benefícios de um bem que, até a sua alienação, a titularidade era da União.

Portanto, resta clara e fundamental a distinção entre *participação no resultado* e *compensação financeira* no âmbito dos *royalties* do petróleo e gás. Ora, a vontade do constituinte originário não é por acaso: (i) beneficia-se quem participa do pacto federativo e (ii) compensa-se quem sofre os danos de tal exploração.

Para dar início ao cumprimento desse anseio constitucional, é preciso encontrar um método adequado para calcular o *quantum* devido a cada um dos beneficiários para que seja guardada relação com o porquê daqueles entes receberem determinado valor a título de *royalties*. Em outras palavras, não se parece nada apurado que o custo da reparação de prejuízo seja determinado de acordo com o preço internacional do petróleo e gás e, respectivamente, com a quantidade extraída.

Esse tipo de descuido por maiorias parlamentares é que fazem surgir leis que tendem a ser questionadas e, até mesmo, suspensas pelo controle judicial. Resultado: os entes federados ficam sem receber o que deveriam, subsistindo o imbróglio na distribuição dos *royalties* até que a questão seja resolvida – e não será no julgamento da ADI n.º 4917 pelo pleno do STF que a controvérsia será definitivamente solucionada.

Em relação à questão financeira, cumpre frisar a necessidade da escorreita classificação da receita advinda dos *royalties*, tendo em vista que, uma vez classificada como corrente ou de capital, o beneficiário deverá efetuar uma determinada despesa – cite-se o gasto com pessoal ou com investimentos. Desse modo, considerando que o petróleo e gás não são renováveis, bem como a atenção dada às gerações futuras pelo art. 225 da Carta Constitucional, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não podem deixar de garantir a realização das promessas constitucionais que, além de viáveis, não precisam de muitos esforços neste caso.

Quanto à distribuição dos *royalties* do petróleo e gás propriamente dita, deve-se considerar, tanto para a parcela de *participação no resultado* e como de *compensação financeira*, cada um dos critérios para o enquadramento e, respectivamente, para pagamento aos entes federados. Ou seja, tendo em vista que cada critério possui um fato gerador distinto³⁷, o cálculo do valor devido de *royalties* deve ser feito de forma cumulada, sob pena de repasses arbitrários e de descumprimento do previsto no § 1º do art. 20 da Constituição Federal de 1988.

Diante disso, ao contrário do disposto na Lei n.º 12.734/2012, não se pode consentir que o instituto da *compensação financeira* seja desfigurado na medida em que

³⁷ Com exceção dos municípios com *city gates*, visto que não se apresentam como entes efetivamente afetados.

a legislação impugnada permite que o ente produtor opte exclusivamente pela *participação no resultado*. Neste caso, haveria admissão de que um ente não produtor possa receber, proporcionalmente, mais do que um ente que é prejudicado por tal exploração – deve-se pagar, portanto, as duas parcelas ao ente produtor.

O mais importante na questão de distribuição de *royalties* do petróleo e gás é ter a certeza de que entes federados não sejam privilegiados ou prejudicados em detrimento dos demais.

No entanto, o que se observa é que tanto a legislação regente, como a Lei de 2012 impugnada na Suprema Corte brasileira, carecem de um alinhamento com a nossa Constituição. Explica-se: se por um lado há o tratamento de *compensação financeira* como verdadeira *participação no resultado*, por outro também está presente o desequilíbrio entre os entes federados que sofrem e os que não sofrem com os prejuízos causados pela exploração de petróleo e gás. E a culpa não pode ser simplesmente atribuída aos entes produtores que clamam pelo recebimento da parcela de *participação no resultado* por justamente fazerem parte do pacto federativo.

Pois bem. De qualquer modo, diante do que foi aqui apresentado, é possível aferir que o atual regime de distribuição dos *royalties* é entendido sem considerar (i) a distinção dos institutos de *participação no resultado* e de *compensação financeira* e (ii) a própria classificação financeira dos recursos repassados aos entes federados. Esse descompromisso, além de promover o descumprimento dos princípios-fins constitucionais, motiva que a legislação de regência vigente seja apontada como *ainda constitucional*, bem como que a Lei 12.734/2012 seja reputada *inconstitucional* por violar a igualdade material entre os entes da federação.

Alfim, a resposta para a questão dos *royalties* aparenta ser simples: basta que haja uma interpretação séria do § 1º do art. 20 da Constituição Federal pelos Poderes Públicos para ensejar o início do escoamento repasse da receita oriunda da exploração de petróleo e gás natural e, respectivamente, da devida aplicação desses recursos financeiros – somente assim haverá, na ótica dos *royalties* do petróleo e gás natural, a garantia dos compromissos constitucionais assumidos.

3. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2020.

BRASIL. *Guia dos Royalties do Petróleo e do Gás Natural*. Rio de Janeiro: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, 2001.

BRASIL. *Decreto n.º 1, de 11 de janeiro de 1991*. Brasília: Presidência da República.

BRASIL. *Decreto n.º 2.705, de 3 de agosto de 1998*. Brasília: Presidência da República.

BRASIL. *Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964*. Brasília: Presidência da República.

BRASIL. *Lei n.º 7.990, de 28 de dezembro de 1989*. Brasília: Presidência da República.

BRASIL. *Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Brasília: Presidência da República.

BRASIL. *Lei n.º 12.734, de 30 de novembro de 2012*. Brasília: Presidência da República.

BRASIL. *Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público*. 8. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional (STN), 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3.273*. Relator Min. Eros Grau. Julgado 16.03.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4.917*. Relatora Min. Cármen Lúcia. Decisão liminar em 18.03.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança: MS 24.312*. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 19.02.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário: RE 228.800*. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 25.09.2001.

FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. *Royalties do petróleo e orçamento público: uma nova teoria* [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. *Mini Houaiss – Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

JENNINGS, Anthony. *Oil and gas exploration contracts*. London: Sweet & Maxwell, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

A INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL SOBRE CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS: ENTRE A NATUREZA DA SUBVENÇÃO ESTATAL E A PRESERVAÇÃO DO PACTO FEDERATIVO

Lucas de Carvalho Mangia

Resumo

O presente trabalho analisa a possível incidência de IRPJ e CSLL sobre os créditos presumidos de ICMS, perpassando pelos conceitos de subvenção para investimento e subvenção para custeio, trazidos pela legislação. Neste cenário, busca-se examinar o entendimento jurisprudencial do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, antes e após a edição da Lei Complementar nº 160/2017, quanto aos requisitos necessários para a caracterização como uma subvenção para investimento e, consequentemente, afastar a tributação por parte da União, e o entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, que explora o argumento de que tal tributação violaria o pacto federativo, não sendo possível a União tributar onde o Estado isenta. Sendo assim, o eixo metodológico utilizado no trabalho é o dogmático instrumental, tendo em vista a legislação tributária, a doutrina e a jurisprudência atinente aos créditos presumidos de ICMS, desde os conceitos, legislação regente, até sua classificação para fins de incidência de IRPJ e CSLL.

Palavras-chave: IRPJ. Crédito Presumido de ICMS. Subvenção para Investimento. Federalismo Fiscal.

THE INCIDENCE OF IRPJ AND CSLL ON PRESUMED ICMS CREDITS: BETWEEN THE NATURE OF THE STATE SUBSIDY AND THE PRESERVATION OF THE FEDERATIVE PACT

Abstract

This work analyzes the possible incidence of IRPJ and CSLL on the presumed ICMS credits, going through the concepts of investment subsidy and subsidy for costing, brought by the legislation. In this scenario, we seek to examine the jurisprudential understanding of the Administrative Council for Tax Appeals, before and after the enactment of Complementary Law No. 160/2017, regarding the necessary requirements for the characterization as an investment subsidy and, consequently, to avoid taxation by part of the Union, and the recent understanding of the Superior Court of Justice, which explores the argument that such taxation would violate the federal pact, the Union being unable to tax where the State exempts. Therefore, the methodological axis used in the work is the instrumental dogmatic, in view of the tax legislation, the doctrine and the jurisprudence concerning the presumed ICMS credits, from the concepts, governing legislation, to their classification for the purposes of IRPJ and CSLL.

Keywords: IRPJ. ICMS presumed credit. Investment Grant. Fiscal Federalism.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao versar sobre a repartição de competências tributárias, atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal a instituição do Imposto sobre Mercadorias e Serviços (ICMS), o qual abrange operações relativas à circulação de mercadorias, fornecimento de alimentação e bebidas, prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, prestações onerosas de serviços de comunicação, entrada de mercadoria importada do exterior, entrada no estado e petróleo e derivados, além da energia elétrica.¹

O tributo em tela é atualmente estruturado nos parágrafos 2º ao 6º do art. 155 da Constituição Brasileira de 1988 e regrado pela Lei Complementar nº 87 de 1996. Tributo este que, historicamente, tem se mostrado a principal fonte de receita para os Estados-membros, tendo arrecadado, em 2018, o valor de R\$ 465 bilhões de reais conforme dados da Comissão Técnica Permanente do ICMS (COTEPE), ligada ao Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ)².

Tendo em vista a grandeza do ICMS e os recorrentes problemas brasileiros em trazer desenvolvimento para suas regiões, onde se percebem extremas desigualdades sociais, os Estados da Federação, com o objetivo de atrair e incentivar investimentos, concederam incentivos fiscais, muitas vezes sob forma de benefícios referentes ao Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços, fato que caracteriza a chamada Guerra Fiscal.

O presente trabalho tratará a respeito de um dos principais benefícios concedidos na Guerra Fiscal, o Crédito Presumido de ICMS, analisando a possibilidade de ser tributado por parte da União em decorrência de sua classificação como uma subvenção, assim se sujeitando à incidência de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

No início, a discussão quanto à incidência ou não de IRPJ/CSLL sobre Créditos Presumidos de ICMS girava em torno da interpretação da legislação tributária federal, baseando-se na distinção entre subvenção para investimento e para custeio, de maneira que a jurisprudência inicialmente se concentrou na identificação dos elementos necessários para a

¹ Constituição Federal de 1988:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

² R\$ 465.024.181 reais, conforme está presente em https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/boletim-do-icms/@@consulta_arrecadacao

caracterização de uma e outra, culminando com a edição da Lei Complementar nº 160, de 2017, por meio da qual se pretendia sepultar a discussão, sem consegui-lo.

A divergência a respeito dos critérios para a classificação da subvenção, como destinada a custeio ou investimento, será demonstrada por meio da análise do entendimento jurisprudencial do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), antes e depois do advento da Lei Complementar 160, de 2017.

A discussão, contudo, ganhou um novo rumo com recentes decisões do STJ que levaram à superação da necessidade de apreciar tal qualificação, impedindo a tributação pela União da subvenção concedida pelos Estados por meio de crédito presumido de ICMS, sob o fundamento de que a incidência de IRPJ e CSLL viola o pacto federativo, reconhecendo assim, imunidade recíproca sobre o caso.

Por fim, será apresentada a conclusão, com a síntese da divergência marcada pelo entendimento jurisprudencial administrativo e judicial a respeito da incidência ou não de IRPJ/CSLL sobre as subvenções concedidas pelos Estados aos contribuintes sob a forma de Créditos Presumidos de ICMS.

2. SUBVENÇÕES

A definição do termo trazida por De Plácido e Silva³, dicionarizada, se trata de “a subvenção se pode definir como ‘auxílio ou ajuda pecuniária que se dá a alguém ou a alguma instituição, no sentido de os proteger, ou para que realizem ou cumpram seus objetivos”.

E ainda aduz que:

Juridicamente, a subvenção não tem o caráter nem de paga nem de compensação. É mera contribuição pecuniária destinada a auxílio em favor de uma pessoa, ou de uma instituição, para que se mantenha, ou para que execute os serviços ou obras pertinentes a seu objeto.

Ao Estado, em regra, cabe o dever de subvencionar instituições que realizem serviços, ou obras de interesse público, o qual, para isso, dispõe em leis especiais as normas que devem ser atendidas para a concessão, ou obtenção, de semelhantes auxílios, geralmente anuais.

Sob a ótica da Administração Pública, segundo Modesto Carvalhosa⁴, as subvenções são “ajudas ou auxílios pecuniários, concedidos pelo Estado, em favor de instituições que prestam serviços ou realizam obras de interesse público”.

³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 779.

⁴ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 603.

A Lei Geral de Orçamentos (Lei nº 4.320/1964), em seu artigo 12, § 3º, qualifica as subvenções como transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, se tratando de Despesas Correntes⁵, e assim, sendo dividida a sua classificação entre (a) subvenções sociais, as que se destinam a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa, e (b) subvenções econômicas, que se destinam a pessoas jurídicas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

O Estado concede subvenções econômicas, que consistem, ordinariamente, auxílio ou ajuda pecuniária com a intenção de incentivar o contribuinte a realizar serviços ou obras de interesse público.⁶

Em outras palavras, seria o auxílio econômico destinado a subsidiar parcialmente uma atividade de interesse público, exercida pelo contribuinte, mitigando os custos que este tem no exercício dos interesses do ente subvencionador, constituindo relevante instrumento da Administração Pública, para que esta possa estimular determinadas atividades, operações e empreendimentos que satisfaçam interesses públicos⁷.

Fábio Calcini, sob o escopo de vários ramos do Direito, sintetiza seu conceito sobre subvenções da seguinte forma:

Em atenção aos aspectos de Direito Financeiro, Administrativo e Societário, é possível afirmar que a subvenção: (i) é uma forma de atuação estatal por meio de um fomento a fim de atender o interesse público (ideologia desenvolvimentalista) e estimular condutas prestigiadas pelo sistema jurídico; (ii) é uma transferência patrimonial realizada pelo Estado, que a reconhece como uma despesa de transferência corrente; (iii) se dá pelo Poder Público em favor do Administrado (pessoa de direito privado); (iv) atualmente, do ponto de vista societário, sendo de investimento, passará pelo resultado e poderá ser destinada à conta de reserva de incentivos fiscais, conforme deliberação da assembleia geral.⁸

Para o Autor, como visto, subvenções para o custeio ou para investimento são idênticas em quase todos os aspectos, apenas se diferenciando esta última pela única e exclusiva razão de que deve ser levada à conta de reserva de incentivos fiscais.

Portanto, no seu sentido mais abrangente, subvenções se tratam de um instrumento de fomento estatal, com o objetivo de atingir o interesse público. Além disso, se tratam de

⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro; COELHO, Eduardo Junqueira; LOBATO, Valter de Souza. **Subvenções para investimentos à luz das leis 11.638/2007 e 11.941/2009**. Disponível em: < <https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Subvencao-para-investimentos-a-luz-das-leis-11638-e-11941.pdf>>. p. 06. Acesso em 18/07/19.

⁶ Ibid, pp., 07 e 08.

⁷ Ibid, pp., 07 e 08.

⁸ CALCINI, Fábio Pallaretti. IRPJ. CSLL. Subvenções para investimento. A jurisprudência do CARF. **Revista Dialética de Direito Tributário n. 242**. São Paulo, 2015, pp. 34-54 (p. 37).

transferência de patrimônio Estatal, a qual é conhecida como transferência corrente. Quanto às subvenções para investimento, este é um conceito que será tratado mais adiante.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), exercendo sua função de normatização do mercado, conceitua subvenção neste mesmo sentido, conforme se verifica na Deliberação CVM nº 555, de 12 de novembro de 2008⁹, traz o seguinte conceito:

Subvenção governamental é uma assistência governamental geralmente na forma de contribuição de natureza pecuniária, mas não só restrita a ela, concedida a uma entidade normalmente em troca do cumprimento passado ou futuro de certas condições relacionadas às atividades operacionais da entidade. Não são subvenções governamentais aquelas que não podem ser razoavelmente quantificadas em dinheiro e as transações com o governo que não podem ser distinguidas das transações comerciais normais da entidade.

Nesse contexto, é importante frisar que, embora a subvenção se trate mais comumente de um desembolso de despesa pública, em sentido amplo, ela também pode ser feita por meio de benefícios tributários, assim caracterizando uma renúncia de receita.

A propósito da distinção entre subvenção no seu conceito estrito e o benefício tributário, Ivan Allegretti¹⁰ explica que:

a subvenção consiste na entrega, amparada por previsão orçamentária, de recursos dos cofres públicos aos particulares, enquanto a renúncia de receita consiste em deixar de arrecadar tributos que o ente poderia exigir, o que se deixa de fazer igualmente amparado por lei.

De maneira que se trata de:

institutos distintos, situados em diferentes coordenadas geográficas do mapa do Direito Financeiro: a subvenção é tema afeto à despesa pública, tema típico de Direito Financeiro, enquanto a renúncia é tema afeto à receita pública, exigindo uma abordagem conjunta entre o Direito Financeiro e o Tributário.

Portanto, percebe-se que, na renúncia fiscal, os recursos que iriam para os cofres públicos apenas permanecem na propriedade do particular, ao passo que, na subvenção em sentido estrito, há a transferência de recursos públicos para a iniciativa privada, ou seja, a real transferência de recursos.

Em ambos os casos, no entanto, se estará diante de uma subvenção em sentido amplo, pois ambas operam como instrumento de alocação de recursos públicos na iniciativa privada,

⁹ CVM. Deliberação CVM nº 555, de 12 de novembro de 2008. Disponível em <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/deliberacaoocvm555_2008.htm>. Acesso em: 17/09/2019

¹⁰ ALLEGRETTI, Ivan. A renúncia fiscal como instrumento de política pública: o caso do Programa. Nacional de Apoio à Cultura (Pronac). **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDFE**, v. 7, p. 225, 2018.

de modo que o emprego de tais auxílios resulte na realização de políticas que satisfaçam o interesse público.

Já sob a ótica do contribuinte, tomando como ponto de partida o Direito Tributário (que disciplina a relação do contribuinte para com o Estado), a subvenção por meio de incentivos tributários, na qualidade de instrumento viabilizador de interesses públicos, se submete a regime jurídico próprio e pode se submeter a variados critérios de eleição para sua efetivação, sem que tal benefício seja desvirtuado.¹¹

O art. 150, § 6º da Constituição Federal¹² trata os benefícios fiscais da seguinte forma:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993](#))

Em sentido amplo, estes benefícios podem ser utilizados para o efeito econômico de subvenções. Nesta acepção, a subvenção por meio de benefícios tributários corresponde ao mesmo conceito empregado por Celso de Barros¹³ como “incentivos fiscais”, onde ele reconhece que, em sentido amplo, qualquer forma de derrogação na lei tributária posta em favor do contribuinte, com base na extrafiscalidade, se trata de um benefício fiscal.

Diante dessa grande variedade de institutos, percebe-se que tais benefícios somente poderão ser concedidos mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule a matéria especificamente.

Neste artigo, será tratado brevemente sobre as isenções, sobre a alíquota zero e sobre os créditos presumidos, foco principal do nosso estudo. As isenções se mostram como normas que restringem a regra matriz tributária, impedindo a formação da obrigação tributária. Já a alíquota zero se trata de fenômeno idêntico, ostentando equivalência funcional, no entanto, sem a necessidade de lei instituidora. A concessão de créditos presumidos se trata de operação

¹¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro; COELHO, Eduardo Junqueira; LOBATO, Valter de Souza. **Subvenções para investimentos à luz das leis 11.638/2007 e 11.941/2009**. Disponível em: < <https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Subvencao-para-investimentos-a-luz-das-leis-11638-e-11941.pdf> >. p. 06. Acesso em 18/07/19. p.09

¹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹³ CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 132.

distinta, onde, em caso de tributos não cumulativos, há a possibilidade do ente federativo conceder créditos, de forma com que o contribuinte tenha uma grande desoneração tributária.

Hugo de Brito¹⁴ explica que as isenções são sempre decorrentes de lei, devendo ser incluída na reserva legal, sendo a lei, em sentido estrito, o único meio hábil para sua instituição, com base no art. 97, VI do CTN. Esta lei deve especificar as condições e os requisitos necessários para a sua concessão, além dos tributos em que se aplica e também, se for o caso, o prazo de sua duração, como está disposto no art. 176 do Código Tributário Nacional.

Além disso, aduz:

A isenção, em princípio, não se aplica às taxas e contribuições de melhoria, nem aos tributos criados depois de sua concessão. Mas a lei pode determinar o contrário (CTN, art. 177). Recorde-se que as regras de isenção devem ser interpretadas literalmente (CTN, art. 111), ou melhor dizendo, as regras de isenção não comportam interpretações ampliativas nem integração, embora devam ser interpretadas com o emprego de todos os métodos, processos ou elementos da Hermenêutica.¹⁵

Portanto, as isenções não se estendem às taxas e às contribuições de melhoria, no entanto, lei pode determinar o contrário. Além disso, verifica-se que é obedecido o princípio da legalidade estrita, não cabendo interpretação ampliativa de seus benefícios.

Já a chamada alíquota zero, se mostra como uma forma encontrada pela Administração Tributária para burlar o princípio da legalidade, visto que as isenções apenas acontecem por meio de lei¹⁶. Nesse sentir, entende-se que, principalmente nos impostos que possuem função extrafiscal, onde as alíquotas podem ser alteradas por atos do Poder Executivo, nos limites estabelecidos em lei, criou-se a chamada alíquota zero como forma de conceder isenções, fugindo da norma estabelecida pelo art. 97, VI, do Código Tributário Nacional.

E finalmente, o crédito presumido de ICMS, objeto de estudo do trabalho, que será devidamente conceituado mais pra frente. Este benefício fiscal, atuando como um mecanismo equivalente à transferência de recursos públicos aos particulares, se caracteriza como uma subvenção, a qual recebe tratamento tributário especial, dependendo da sua destinação.

O ICMS, imposto não cumulativo, pode ser pago em pecúnia ou por meio de créditos. Dessa forma, o contribuinte, basicamente, toma crédito do imposto pago, com base nas notas de entrada, e subtrai do imposto devido nas notas de saída. Assim é verificado o valor real a pagar.

¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 233.

¹⁵ Ibid. 2019, p. 233.

¹⁶ Ibid. 2019, p. 238.

Nesse sentido, os Estados concedem os créditos presumidos de ICMS, um crédito ficto, que é somado com o crédito das notas de entrada, diminuindo o montante a pagar, ou acumulando créditos para outra operação.

3. SUBVENÇÕES ECONÔMICAS PARA CUSTEIO E PARA INVESTIMENTO

Já quanto à finalidade para qual podem servir tais incentivos aos agentes econômicos, pode-se dizer que tais subvenções se subdividem em subvenções para investimento e subvenções para custeio (ou subvenções correntes), as quais possuem tratamentos tributários bem distintos.

Reinaldo Pizolio¹⁷ analisa tais subvenções sob o prisma da legislação tributária e propõe a seguinte distinção

As subvenções correntes, que a lei tributária trata como direcionadas para o custeio ou para a operação, são aquelas concedidas à pessoa jurídica para que esta possa fazer frente aos seus custos, por assim dizer, comuns ordinários, como, por exemplo, necessidades de caixa ou determinados déficits operacionais.

As subvenções para investimentos, por sua vez, caracterizam-se pela destinação dos recursos à empresa para que sejam aplicados em sua expansão, em alocação de valores para implementação de seu parque industrial, ou ainda, por exemplo, para que desenvolva novas atividades econômicas.

Destes conceitos, podemos consignar que se trata de uma espécie de auxílio econômico, onde os entes federativos criam benefícios fiscais contraprestacionais, visto que, para fazer jus ao benefício, o contribuinte deve atender uma série de requisitos e interesses do ente subvencionador.

As subvenções para investimento estão disciplinadas pelo art. 30 da Lei nº 12.973/2014 (art. 523 do Regulamento do Imposto de Renda de 2018) da seguinte forma:

Art. 30. As subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos, concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos e as doações feitas pelo poder público não serão computadas na determinação do lucro real, desde que seja registrada em reserva de lucros a que se refere o art. 195-A da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que somente poderá ser utilizada para: (Vigência)

I - absorção de prejuízos, desde que anteriormente já tenham sido totalmente absorvidas as demais Reservas de Lucros, com exceção da Reserva Legal; ou

II - aumento do capital social.

§ 1º Na hipótese do inciso I do caput, a pessoa jurídica deverá recompor a reserva à medida que forem apurados lucros nos períodos subsequentes.

¹⁷ PIZOLIO, Reinaldo. Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Subvenções para Investimento. Artigo in **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 52. São Paulo: Dialética, 2002, p. 149.

§ 2º As doações e subvenções de que trata o caput serão tributadas caso não seja observado o disposto no § 1º ou seja dada destinação diversa da que está prevista no caput, inclusive nas hipóteses de:

I - capitalização do valor e posterior restituição de capital aos sócios ou ao titular, mediante redução do capital social, hipótese em que a base para a incidência será o valor restituído, limitado ao valor total das exclusões decorrentes de doações ou subvenções governamentais para investimentos;

II - restituição de capital aos sócios ou ao titular, mediante redução do capital social, nos 5 (cinco) anos anteriores à data da doação ou da subvenção, com posterior capitalização do valor da doação ou da subvenção, hipótese em que a base para a incidência será o valor restituído, limitada ao valor total das exclusões decorrentes de doações ou de subvenções governamentais para investimentos; ou

III - integração à base de cálculo dos dividendos obrigatórios.

§ 3º Se, no período de apuração, a pessoa jurídica apurar prejuízo contábil ou lucro líquido contábil inferior à parcela decorrente de doações e de subvenções governamentais e, nesse caso, não puder ser constituída como parcela de lucros nos termos do caput, esta deverá ocorrer à medida que forem apurados lucros nos períodos subsequentes.

Tendo o texto legal como ponto de partida, pode-se dizer que está assegurada a exclusão do lucro real os valores recebidos à título de subvenção para investimento, ainda que por meio de isenção ou de redução de impostos, concedidas como estímulo à implantação ou à expansão de empreendimentos econômico, desde que preenchidos os seguintes requisitos:

- 1) deve haver investimento;
- 2) dos valores decorrentes de estímulo governamental;
- 3) para implantação ou expansão;
- 4) de um empreendimento econômico;
- 5) em conformidade com os requisitos contábeis.¹⁸

Dessa forma, as subvenções para investimento se mostram diferentes das subvenções para custeio, à medida em que as primeiras não são tributáveis, tendo como objetivo a expansão de atividades econômicas relevantes ao Estado, enquanto as subvenções correntes (ou para

¹⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. Conceito de investimento para fins do art. 433 do RIR. **Revista de Direito Tributário Atual**, v. 40, São Paulo: Dialética, 2018. Disponível em: <<http://ibdt.org.br/RDTA/40-2018/conceito-de-investimento-para-fins-do-art-443-do-rir/>>. Acesso em: 30 de agosto de 2018

custeio) fazem contrapartida às despesas operacionais da empresa, sendo alcançadas pela tributação.¹⁹

Já com base na Nota Explicativa da Instrução CVM nº 59/86²⁰, as subvenções para custeio se tratam de auxílio financeiro comumente recebido de forma periódica pela companhia para fazer face às suas despesas correntes, insuficientemente cobertas pelas receitas de suas operações (tarifas).

Portanto, percebe-se que, diferentemente das subvenções para investimento, as subvenções para custeio não necessitam de contrapartida direta do particular que a recebe, sendo assim, atraindo a incidência de IRPJ e CSLL, por se tratar de receita para fins operacionais, ou melhor, uma recuperação de custos.

O Parecer Normativo CST 2/78²¹ corrobora com tal entendimento, deixando claro que a subvenção para investimento seria destinada para a aplicação em bens ou direitos, já as subvenções para custeio se caracterizam pela não vinculação do benefício em aplicações específicas.

Enquanto isso, o Parecer Normativo CST nº 143/73²² se refere a investimento em conjunto com a expressão “ativo fixo”, dando a entender que tal investimento apenas poderia se dar por meio de implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, fato que será analisado mais adiante.

Outra característica muito presente nos julgamentos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, quanto à caracterização da subvenção para investimento está presente no Parecer Normativo CST nº 112/1978²³, que prevê a exigência de perfeita sincronia entre a intenção do subvencionador e a ação do subvencionado, não bastando apenas o intuito de subvencionar para investimento, mas devendo haver também o efetivo e específico

¹⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro; COELHO, Eduardo Junqueira; LOBATO, Valter de Souza. **“Subvenções para investimentos à luz das leis 11.638/2007 e 11.941/2009”**. Disponível em: <<https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Subvencao-para-investimentos-a-luz-das-leis-11638-e-11941.pdf>>. p. 06. Acesso em 18/07/19.

²⁰ _____. Instrução CVM nº 56, DE 01 de dezembro de 1986. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst056.html>>. Acesso em: 1 de outubro de 2019.

²¹ _____. Parecer Normativo CST nº 2 de 02 de janeiro de 1978. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=93173>>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

²² _____. Parecer Normativo CST nº 143, de 27 de novembro de 1973. Disponível em <https://www.normasbrasil.com.br/norma/parecer-normativo-143-1973_92101.html>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

²³ _____. Parecer Normativo nº 112, de 29 de dezembro de 1978. Disponível em <http://www.lex.com.br/doc_3979631_PARECER_NORMATIVO_N_112_DE_29_DE_DEZEMBRO_DE_1978.aspx>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

cumprimento, por parte do beneficiário, dos investimentos previstos para implantação ou ampliação do empreendimento econômico projetado, como a criação ou expansão do parque industrial, por exemplo, necessitando ainda do estabelecimento de mecanismos de controle para verificar o atendimento das condições.

Dessa forma, percebe-se que a simples aplicação dos recursos em investimentos não torna o benefício fiscal uma subvenção para investimento automaticamente.

Portanto, segundo interpretação dos referidos pareceres, a subvenção para investimento caracterizado quando, cumulativamente, (1) os recursos transferidos teriam como objetivo o auxílio da pessoa jurídica, não em suas despesas, mas na implantação ou expansão de empreendimentos econômicos; (2) haveria a exigência de uma perfeita sincronia entre a intenção do ente subvencionador e a ação do ente subvencionado; (3) não basta o “animus”, mas também a efetiva e específica aplicação dos aportes recebidos nos investimentos previstos, e (4) a insuficiência de mero registro contábil em conta própria de reserva de capital, por si só, para a caracterização da transferência como subvenção para investimento (exigência que será tratada mais adiante).

Mas um investimento deve se limitar à aquisição de ativo imobilizado? Com base no art. 179, III da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6404/1976), investimentos são “as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa.”

Ainda no mesmo art. 179 da Lei das S.A., no ativo imobilizado registram-se:

Os direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram à companhia os benefícios, riscos e controle desses bens.

Dessa forma, percebe-se que “investimento” possui um sentido amplo, ligado à geração de renda futura, não se limitando à aquisição de ativo imobilizado, podendo se tratar de qualificação de profissionais, melhora da tecnologia de informação, melhora das técnicas de gestão operacional, logística, comunicação, segurança, marketing, entre outros, visto que todos estes serviços se mostram diretamente ligados ao desenvolvimento da atividade da empresa, que visam incrementar negócios, fortalecer visão de mercado, aprimorar competitividade, etc²⁴.

²⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. Conceito de investimento para fins do art. 433 do RIR. **Revista de Direito Tributário Atual**, v. 40, São Paulo: Dialética, 2018. Disponível em: <<http://ibdt.org.br/RDTA/40-2018/conceito-de-investimento-para-fins-do-art-443-do-rir/>>. Acesso em: 30 de agosto de 2018

Nesses termos, se mostra inequívoco que o emprego de capital nos serviços acima descritos levaria à expansão de uma empresa, razão esta do emprego do referido benefício fiscal. Assim, tomar o conceito de “subvenção para investimento” de forma a abranger somente ativos imobilizados, levaria à ilegítima atração de IRPJ e CSLL a empresas que realmente realizam investimentos produtivos com os valores ou reduções de impostos recebidos²⁵

Além disso, outro ponto equivocado seria a necessidade de vinculação específica na legislação instituidora do benefício, visto que tal exigência não se encontra presente no art. 30 da Lei nº 12.973/2014, onde se capitula o benefício das subvenções para investimento, contrariando assim, o princípio da tipicidade fechada e o princípio do in dubio pro contribuinte. Portanto, se mostra conveniente que não se estabeleça vinculação de investimento na lei instituidora, devendo ser apenas necessário que os investimentos sejam realizados e comprovados²⁶.

Quanto à contabilidade das subvenções para investimento, a Lei nº 6.404/76, antes das suas alterações, em seu art. 182, § 1º, d, exigia que seus ingressos deveriam ser contabilizados diretamente em conta de patrimônio líquido, como reserva de capital, não sendo submetidos à tributação desde que não houvesse distribuição para os sócios e a reserva fosse utilizada para absorção de prejuízos ou incorporação ao capital.²⁷

Após a Lei nº 11.638/07, tais subvenções continuaram não tributáveis, no entanto, visto que a referida lei não dispôs sobre tributação de doações e subvenções governamentais, as subvenções para investimento passaram a transitar pelo resultado. Ao passo que a Lei 11.638 revogou o dispositivo que permitia a contabilização desses recursos em conta de reserva de capital, ela também criou, dentre as reservas de lucros, a Reserva de Incentivos Fiscais, evidenciando que doações e subvenções governamentais para investimento não podem ser objeto de distribuição aos acionistas.²⁸

Assim, o Contribuinte deveria contabilizar como receita, porém, no fechamento do balanço, apurando o resultado, o lucro passou a ser segregado e as receitas de subvenções foram

²⁵ Ibid, 2018. Acesso em: 30 de agosto de 2018

²⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. Conceito de investimento para fins do art. 433 do RIR. **Revista de Direito Tributário Atual**, v. 40, São Paulo: Dialética, 2018. Disponível em: <<http://ibdt.org.br/RDTA/40-2018/conceito-de-investimento-para-fins-do-art-443-do-rir/>>. Acesso em: 30 de agosto de 2018.

²⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro; COELHO, Eduardo Junqueira; LOBATO, Valter de Souza. “**Subvenções para investimentos à luz das leis 11.638/2007 e 11.941/2009**”, p. 10. Disponível em: <<https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Subvencao-para-investimentos-a-luz-das-leis-11638-e-11941.pdf>>. Acesso em 18/07/19

²⁸ Ibid, p. 10. Acesso em 18/07/19

imputadas nas contas de reservas, não sendo distribuídas entre os sócios, e assim, não tendo reflexos tributários.

4. O CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS ANTES DA LEI COMPLEMENTAR 160/2017

Os benefícios fiscais de ICMS, historicamente, sempre se mostraram como grande artifício dos Estados para fomentar o desenvolvimento regional e a diminuição das desigualdades. Isso porque o sistema de competências tributárias e de repartição de receitas não resolveram o grave problema de desigualdades regionais verificada no território nacional. Assim, há a criação de incentivos para que desvantagens como distância e falta de infraestrutura possam ser compensados com as vantagens decorrentes de incentivos fiscais e financeiros, visando assim, atrair investimentos, gerar empregos e aumentar a receita do ente federativo. No entanto, a concessão destes benefícios deu início à famigerada Guerra Fiscal.

Nesse contexto, Luiz Rogério Sawaya explica que:

A desoneração de ICMS tem instrumentalizado-se de inúmeras maneiras, seja como isenção parcial ou total, seja como redução de base de cálculo (com a indicação ou não de uma carga tributária efetiva), seja como redução de alíquota em determinada operação ou prestação; seja mediante a concessão de crédito presumido em determinada operação ou prestação; ou como a concessão de diferimento em determinada operação ou prestação; ou com o alargamento do prazo de pagamento do ICMS; ou ainda como financiamento do ICMS devido etc.²⁹

Como é sabido, o ICMS é pagável parte em moeda, parte em créditos. Estes créditos geralmente se mostram disponíveis de acordo com o montante cobrado (ou cobrável) em operações anteriores.

No entanto, desde que respeitado o princípio da não cumulatividade, é possível, com base em lei, que o contribuinte recolha ICMS utilizando-se, ao invés da forma acima narrada, dos chamados créditos presumidos. Se trata então de um crédito fictício, que ocasiona a diminuição do imposto a ser pago pelo contribuinte. Nesse sentido, Roque Antônio Carrazza expõe que:

Este sistema consiste em outorgar ao contribuinte um *crédito fiscal* que não corresponde ao resultante das efetivas entradas, em seu estabelecimento, de mercadorias, matérias-primas e outros insumos. Tal *crédito fiscal*, por força da legislação de regência, passa a ser utilizado como moeda de pagamento do ICMS.³⁰

Este método de estimulação fiscal se mostra eficaz quando traduz incentivo para certos setores de atividades produtivas, onde o método normal de apuração do ICMS se mostra

²⁹ BATISTA, Luiz Rogério Sawaya. **Créditos do ICMS na Guerra Fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 133.

³⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2015, p. 459.

insatisfatório ou demasiadamente oneroso para o contribuinte, visto que a utilização de tais créditos não podem decorrer nem a restrição do alcance do princípio da não cumulatividade do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, nem consequências detrimntosas para o contribuinte³¹.

Assim, a seguir serão analisados dois benefícios de créditos presumidos de ICMS e seus respectivos processos administrativos, o Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica (BAHIAPLAST), regulamentado pelo Decreto Estadual nº 7.351/1998, e o Programa de Incentivo ao Comércio Exterior (PROCOMEX), regulamentado pela Lei Estadual nº 7.204, de 1997, ambos concedidos pelo Estado da Bahia.

No caso do Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica (BAHIAPLAST)³², benefício este que consistia na utilização de crédito presumido de 41,1765% do ICMS destacado nas saídas interestaduais, lançados em sua escrita contábil/fiscal, foi julgado pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF – no dia 13 de setembro de 2017, no processo administrativo fiscal nº 13502.000772/2009-89, de relatoria da Conselheira Cristiane Silva Costa.

A relatora aduziu que o reconhecimento da subvenção para investimento, que não é computada no lucro real, depende de (i) intenção do Poder Público em estimular a implantação ou expansão de empreendimentos econômicos; (ii) registro como reserva de capital da subvenção para investimentos; (iii) efetiva implantação e expansão de empreendimentos econômicos.

Assim, a Turma, por unanimidade, entendeu que o incentivo fiscal concedido pelo Estado da Bahia às empresas interessadas em instalar ou ampliar projetos industriais em território baiano, a partir da utilização de crédito presumido de ICMS, caracteriza subvenção para investimento e, assim, não pode ser incluído nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos termos do art. 443 do RIR/1999 (art. 523 do RIR/2018).

Isso porque, segundo os Conselheiros, o Decreto Estadual nº 7.351/1998, que regulamentou o Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica (BAHIAPLAST), não dispensou a efetiva contrapartida pelo beneficiário nos objetivos de implantação do empreendimento econômico projetado, havendo, no caso concreto,

³¹ Ibid, 2015, p. 459.

³² BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101-003.084. Relatora: Conselheira Cristiane da Silva Costa. Data da Sessão: 13/09/2017. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em 30/09/2019.

evidências da efetiva expansão da planta industrial em razão do aumento do ativo imobilizado do contribuinte.

Ademais, ressaltaram que, conforme reconhecido pela autoridade fazendária, a empresa atendeu à exigência da contabilização dos valores das subvenções em reserva de capital, não sendo possível alegar, *in casu*, redução indevida do lucro sujeito à tributação.

Por fim, destacaram a impossibilidade de “carimbar” dinheiro, notadamente se considerado que é possível a existência de despesas pré-operacionais quando se implanta empreendimento, não desconfigurando o benefício.

Já no caso do Programa de Incentivo ao Comércio Exterior (PROCOMEX)³³, regulamentado pela Lei Estadual nº 7.204, de 1997 que, originariamente, se tratava de um financiamento no valor de 11% do valor FOB de cada exportação e que posteriormente foi convertido em crédito presumido de ICMS, conforme o art. 4º da Lei Estadual nº 9.430, de 2005 e arts. 10 e 15 do Decreto Estadual nº 9.426, de 2005, foi julgado pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF – no dia 13 de março de 2017, no processo administrativo fiscal nº 11065.000731/2007-00, de relatoria do Conselheiro André Mendes de Moura.

O relator estabeleceu a premissa de que, segundo a interpretação do Parecer Normativo CST nº 112, de 1978:

A subvenção para investimento estaria caracterizada quando cumulativamente, (1) os recursos a serem transferidos seriam com o objetivo de auxiliar a pessoa jurídica não sem suas despesas, as na aplicação específica em bens ou direitos para implantar ou expandir empreendimentos econômicos; (2) seria exigida uma perfeita sincronia da intenção do subvencionador com a ação do subvencionado; (3) não basta o “animus”, mas também é efetiva e específica aplicação da subvenção nos investimentos previstos, e (4) mero registro contábil em conta própria de reserva de capital não é suficiente, por si só, para caracterizar a transferência como subvenção para investimento.

Quanto ao item (1), foi destacado que as transferências devem ser aplicadas em bens ou direitos que visem a consecução da finalidade da subvenção para investimentos, ou seja, que visem implantar ou expandir empreendimentos econômicos, podendo estar refletida em diferentes ativos da empresa, como nos estoques, no ativo permanente, em proporções que dependem do ramo do contribuinte, mas que devem estar refletidos na contabilidade.

Já quanto ao item (2), o Conselheiro afirmou que a necessidade de “perfeita sincronia” entre a intenção do ente subvencionador e a ação do ente subvencionado deve ser interpretada

³³ BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101-002.566. Relator: Conselheiro André Mendes de Moura. Data da Sessão: 13/03/2017. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em 30/09/2019. (EspaçoReservado1)

numa acepção mais ampla, visto que, na implantação de novo investimento, o contribuinte terá que aplicar recursos próprios para a construção do empreendimento. Apenas em momento futuro, após o investimento gerar frutos, serão originadas as receitas, parte objeto de transferência para a empresa a título de subvenção.

Por fim, quanto aos itens (3 e 4), destacou que as subvenções para investimento que podem ser excluídas da determinação do lucro real são aquelas concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, não bastando a mera intenção do ente subvencionador, ou seja, não bastando mera disposição legislativa. O Conselheiro aduziu que há de restar demonstrada, no mínimo, que a aplicação dos recursos será submetida a um acompanhamento, ou melhor, um controle de sua efetiva utilização.

Nesse sentido, a Turma, por voto de qualidade, entendeu que o incentivo fiscal concedido pelo Estado da Bahia se caracteriza como subvenção para custeio, atraindo assim, a incidência de IRPJ e CSLL.

Isso porque, no caso concreto, foi constatado que a Lei Estadual nº 7.204, de 1997 deixa grande margem de discricionariedade e incerteza, ao não discorrer sobre metas objetivas de incremento de produção, tanto quantitativas, quanto temporais.

Além disso, os Conselheiros afirmaram que o art. 4º da Lei Estadual nº 9.430, de 2005, que converte o incentivo em crédito presumido e faz alusão ao Decreto Estadual nº 9.426, de 2005, por sua vez, dispõe sobre condições operacionais a serem cumpridas para a fruição dos créditos presumidos de ICMS, no entanto, sem adentrar sobre metas relativas a incremento de produção ou realização de investimentos.

Portanto, pelo fato de não haver condição objetiva a ser cumprida, não se falando sobre valores e nem sobre tempo em que deveriam ser aplicados na implantação ou expansão do empreendimento econômico, além de não haver menção a controle na aplicação de recursos, decidiram que os valores transferidos a título do PROCOMEX se tratam de subvenções para custeio.

O primeiro julgado analisado deixa claro que não se trata de atendimento meramente formal, exigindo uma demonstração substancial se que houve o investimento em ativo imobilizado (ativo não circulante), ao mesmo tempo em que afasta a necessidade formal de sincronia temporal entre a concessão do benefício e a realização do investimento.

Já no segundo julgado analisado, o relator parece exagerar no que se refere à previsão legal do crédito presumido, sugerindo a necessidade de haver previsão, na lei que concede o

crédito, de dispositivo que preveja metas específicas para implantação ou expansão do empreendimento econômico.

Além disso, em ambos os julgados, mostra-se que há a necessidade do cumprimento dos requisitos legais quanto à forma de contabilização, devendo ser alocados na reserva de capital, não podendo ser distribuída a título de lucros.

5. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL APÓS A LC Nº 160/2017

No dia 7 de agosto de 2017 foi publicada a Lei Complementar nº 160, a qual objetivava a regularização de incentivos ou benefícios fiscais que estivessem em desacordo com a Constituição Federal.

A edição da referida Lei reduziu o quórum mínimo para aprovação do Confaz, que antes devia ser por decisão unânime dos estados, que deverá ser aprovado e ratificado com o voto favorável de, no mínimo, dois terços de todos os estados e um terço dos estados integrantes de cada região do país, com o objetivo de acabar com a chamada Guerra Fiscal.

Além disso, a Lei prevê a possibilidade dos estados e do Distrito Federal poderem deliberar sobre a remissão dos créditos tributários constituídos ou não, oriundos de isenções, incentivos ou benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, mediante convênio, que foram instituídos sem a autorização do Confaz. Mas para isso, os Estados e o Distrito Federal deverão publicar em seus diários oficiais as isenções, incentivos ou benefícios presentes no convênio, assim como efetuar registro e depósito na Secretaria Executiva do Confaz dos atos concessivos, para publicação no Portal Nacional da Transparência Tributária.

Em 08/11/2017, o Congresso Nacional derrubou o veto Presidencial aos artigos 9º e 10º da LC nº 160/2017. O § 4º do artigo 30 da Lei nº 12.973/14, incluído pelo artigo 9º da LC 160/2017, dispõe que os incentivos fiscais ou financeiros fiscais de ICMS devem ser considerados como subvenções para investimento, sendo vedada a exigência de quaisquer outros requisitos ou condições previstas no referido artigo, presente da seguinte forma:

Seção XI

Subvenções Para Investimento

Art. 30. As subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos, concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos e as doações feitas pelo poder público não serão computadas na determinação do lucro real, desde que seja registrada em reserva de lucros a que se refere o [art. 195-A da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#), que somente poderá ser utilizada para: [\(Vigência\)](#)

[...]

§ 4º Os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relativos ao imposto previsto no inciso II do caput do art. 155 da Constituição Federal, concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal, são considerados subvenções para investimento, vedada a exigência de outros requisitos ou condições não previstos neste artigo. (Incluído pela Lei Complementar nº 160, de 2017)

§ 5º O disposto no § 4º deste artigo aplica-se inclusive aos processos administrativos e judiciais ainda não definitivamente julgados. (Incluído pela Lei Complementar nº 160, de 2017)

O propósito dos dispositivos aprovados foi fim da discussão entre fisco e contribuinte sobre a classificação jurídica do crédito presumido de ICMS, em se tratando de subvenção para investimentos ou subvenção para custeio, para fins de incidência de IRPJ e CSLL.

Assim, percebemos que a nova lei faz cair por terra a exigência de vinculação entre o benefício concedido e a aplicação dos recursos em ativos imobilizados, como se mostrava em jurisprudência recente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, como será demonstrado mais adiante, bem como qualquer outra exigência que não esteja presente no referido artigo.³⁴

Além disso, tal mudança se tornou eficaz não só para processos novos, como também para processos administrativos ainda pendentes, fato que ocasionou na Resolução nº 9101-000.039, deliberada na sessão de 18 de janeiro de 2018, e nas Resoluções nº 9101-000.042 e 9101-000.043, ambas de 7 de fevereiro de 2018, sobrestando o julgamento dos processos, com o objetivo de aguardar o prazo de regularização junto ao Confaz dos respectivos benefícios.³⁵

Diante do quadro posto, analisando a jurisprudência administrativa pós edição da LC nº160/2017, serão destacados dois julgados recentes que resumem os atuais posicionamentos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Serão analisados benefícios fiscais concedidos pelo Distrito Federal, no Processo Administrativo Fiscal nº 10675.000665/2007-19, e o benefício concedido pelo Estado de Santa Catarina, no PAF nº 13971.721985/2016-41.

O caso do benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal³⁶ foi julgado no dia 03 de outubro de 2018, pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, processo de relatoria

³⁴ MATARAZZO, Giancarlo; DE PAULA, José Arnaldo. **Um novo capítulo na história da “subvenção para investimento”**. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/um-novo-capitulo-na-historia-da-subvencao-para-investimento-06032018>>. Acesso em: 15/09/2018.

³⁵ LUI, Ana Paula; Maluf, Luana; **Subvenção para investimento: Entendimento da CSRF com a LC 160**. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/subvencao-para-investimento-15032018>>. Acesso em: 15/09/2019

³⁶ BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101-003.841. Relatora: Conselheira Cristiane da Silva Costa. Data da Sessão: 03/10/2018. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em 30/09/2019.

da Conselheira Cristiane Silva Costa. A Turma, por unanimidade, entendeu que, na concessão de subvenção para investimento, somente devem ser observados os requisitos presentes no art. 30 da Lei nº 12.973/2014, com atendimento das exigências de registro e depósito de novo convênio entre os Estados, nos termos dos arts. 3º e 10 da LC nº 160/2017.

Segundo os Conselheiros, com a publicação da LC nº 160/2017, que inseriu os §§ 4º e 5º ao referido art. 30 da Lei nº 12.973/2014, os requisitos para o gozo da subvenção relativa ao ICMS passaram a ser apenas aqueles presentes no próprio artigo, sendo que, de acordo com o § 5º, tal disposição é aplicável inclusive aos processos administrativos e judiciais não definitivamente julgados.

No caso concreto, o Contribuinte, beneficiário de benefício fiscal concedido pelo Governo do Distrito Federal, havia sido autuado por ter sido beneficiado com subvenção para investimento sem ter realizado investimento em ativo permanente.

Assim, este requisito foi afastado pelos Conselheiros visto que não está presente no art. 30 da Lei nº 12.973/2014, sendo a LC nº 160/2017 bem clara ao afirmar que não poderá ser exigido nenhum requisito além dos que estão expressos nesse artigo.

Já o benefício fiscal concedido pelo Estado de Santa Catarina³⁷, julgado no dia 26 de março de 2019, pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção do CARF, processo de relatoria do Conselheiro Pedro Sousa Bispo. A Turma, por unanimidade, entendeu que, quando caracterizados como subvenção de custeio, os incentivos fiscais de ICMS concedidos pelo Estado devem ser incluídos na base de cálculo do PIS e da COFINS, do IRPJ e da CSLL.

No caso concreto, os Conselheiros citaram o art. 30 da Lei nº 12.973/2014, conforme disposição contida na LC nº 160/2017, o qual estabelece que, para que um incentivo fiscal de ICMS nas saídas de artigos têxteis, de vestuário e de artefatos de couro e seus acessórios, concedido pelo Estado Santa Catarina seja considerado como subvenção para investimento, faz-se necessário seu registro como reserva de lucros, sendo que tal reserva só poderá ser utilizada para absorção de prejuízos e aumento de capital social, afastando a necessidade de existência de sincronismo entre a intenção do subvencionador com a ação do subvencionado na aplicação dos recursos governamentais.

Nesse sentido, os Conselheiros destacaram que o contribuinte não teria atendido cumulativamente a esses requisitos, já que não adotou os procedimentos contábeis

³⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 3402-006.315. Relator: Conselheiro Pedro Sousa Bispo. Data da Sessão: 16/03/2019. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 30/09/2019

determinados pelo art. 18 da Lei nº 11.941/09, condição esta necessária para que as subvenções não fossem tributadas pelo IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Tais procedimentos consistiam no reconhecimento das subvenções em conta de resultado e na manutenção do valor da subvenção em reserva de lucros e, portanto, não seria possível a caracterização da subvenção se investimento, restando, por consequência, a classificação como subvenção para custeio.

Dessa forma, os Conselheiros destacaram que inexistia previsão legal prescrevendo a exclusão da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, concluindo, então, que o crédito presumido de ICMS concedido ao contribuinte deve sujeitar-se à tributação.

Portanto, após a edição da LC nº 160/2017, o CARF afastou a necessidade de utilização dos aportes recebidos para implantação ou expansão de ativo imobilizado, conforme recomendava o Parecer Normativo CST nº 112/1978.

Além disso, o Conselho continuou afastando a necessidade de perfeita sincronia entre a intenção do ente subvencionador e a ação do ente subvencionado, entendimento este que já se mostrava pacificado antes do advento da referida Lei Complementar.

Por fim, deve ser destacado que os Conselheiros se mostraram rigorosos quanto à contabilização de tais benefícios, devendo estar de acordo com o art. 18 da Lei nº 11.941/09, como a alocação das subvenções em conta de resultado e da manutenção do seu valor em reserva de lucros, de forma que não seja possível a distribuição para os acionistas em forma de lucro.

6. FEDERALISMO FISCAL

Nada obstante a intensa discussão a respeito dos requisitos para configuração do crédito presumido de ICMS como subvenção para investimento, justamente para o fim de excluí-lo da incidência de IRPJ e CSLL, recentemente a Primeira Seção do STJ enfrentou o tema sob um enfoque completamente novo, segundo a perspectiva do federalismo fiscal.

No julgamento dos Embargos de Divergência no REsp nº 1.517.492³⁸, prevaleceu o entendimento da Ministra Regina Helena Costa, onde ela entende que a outorga de crédito presumido de ICMS insere-se em contexto de envergadura constitucional, instituída por legislação local específica do ente federativo tributante, na medida que, a sua inclusão na base

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos De Divergência Em Recurso Especial: EREsp 1517492 PR 2015/0041673-7. Relator: Ministro Og Fernandes. DJ: 08/11/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846697/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1517492-pr-2015-0041673-7/inteiro-teor-549846704?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08/10/2019.

de cálculo do IRPJ e da CSLL leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em atos infralegais, visto que o fundamento utilizado pelo Fisco se baseava em novos requisitos presentes nas Soluções de Consulta da Superintendência Regional da Receita Federal da 6ª Região Fiscal ns. 144/2008 e 10/2007, e no Parecer Normativo CST nº 112/1978.

Deve ser lembrado também que a própria Constituição Federal traz diversos dispositivos que autorizam certos níveis de ingerência estatal na atividade produtiva que visem promover o equilíbrio sócio-econômico entre as diferentes regiões do país e também alavancar o crescimento do país, incluindo a possibilidade de haver desoneração ou diminuição da carga tributária, como podemos ver, por exemplo, no art. 3º, "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" e no art. 151, I:

É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País.

Além disso, aduz que o princípio republicano constitui decorrência do princípio da segurança jurídica, que se apoia nas ideias de certeza e igualdade. No modelo federativo fiscal, a Carta Magna demarca o que é permitido para cada ente realizar em matéria tributária, detalhando respectivos âmbitos de atuação, justamente para que não haja conflitos entre União, Estados, DF e Municípios, sendo concepção a qual a distribuição de competências decorre de tal forma de organização e a ela se condiciona.

Nesse mesmo sentido, o voto da Ministra Regina Helena Costa argumenta da seguinte forma:

A rigor, em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

Como corolário desse fracionamento de competências, o art. 155, XII, g, da Constituição da República, atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS – e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar.

Anote-se tratar-se de tributo que, por constituir uma das principais fontes de receita para custeio do aparato estatal, assegura condições para o exercício desembaraçado da autonomia constitucionalmente conferida às unidades da Federação.

A concessão de incentivo por Estado-membro, observados os requisitos legais, configura, portanto, instrumento legítimo de política fiscal para materialização dessa autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.³⁹

Assim, consignou que a incidência de tais tributos viola o pacto federativo, reconhecendo assim, imunidade constitucional recíproca sobre a quantia, ressaltando que não está em xeque a competência da União para tributar renda ou lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício autônomo da atividade tributante do ente diverso, que se mostra em desarmonia com os valores trazidos na Carta Magna, e em atrito com a subsidiariedade.

Por fim, ressaltou ainda que a inclusão do referido benefício fiscal na base de cálculo do IRPJ e da CSLL configura alargamento indireto da base de cálculo desses tributos, com base no julgado do STF sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Entendimento este que foi corroborado em julgamento da 2ª Turma do STJ, no REsp 1.605.245⁴⁰, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, onde foi destacado o precedente da 1ª Seção, devendo ser aplicado ao caso, visto que os créditos presumidos de ICMS foram renunciados pelo estado em favor do contribuinte como instrumento que visa desenvolvimento econômico da região e do próprio contribuinte, sendo reconhecida a imunidade recíproca constitucional, prevista no art. 150, VI, da Constituição Federal.

O Fisco, em sede de Recurso Especial, ainda alegou fato superveniente ao precedente da 1ª Seção, argumentando que o advento da LC nº 160/2017 teria reflexo sobre o julgamento que acabou acarretando na não tributação dos créditos presumidos, requerendo a reconsideração do acórdão.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou o entendimento de que as considerar na base de cálculo do IRPJ e da CSLL os benefícios fiscais e financeiros concedidos para o ICMS acarretaria a violação do pacto federativo estabelecido na Carta Magna:

Desse modo, para o precedente aqui firmado e agora aplicado, restou irrelevante a discussão a respeito da classificação contábil do referido benefício/incentivo fiscal, se subvenção para custeio, investimento ou recomposição de custos, já que o referido

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos De Divergência Em Recurso Especial: EREsp 1517492 PR 2015/0041673-7. Relator: Ministro Og Fernandes. DJ: 08/11/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846697/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1517492-pr-2015-0041673-7/inteiro-teor-549846704?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08/10/2019.

⁴⁰ RACANICCI, Jamille. **STJ: irrelevante dizer se crédito presumido de ICMS é subvenção a investimento**. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/stj-irrelevante-credito-presumido-de-icms-26062019>> Acesso em: 09/10/2019.

benefício/incentivo fiscal foi excluído do próprio conceito de receita bruta operacional previsto no artigo 44 da Lei 4.506/1964⁴¹.

Reafirmou, assim, o STJ que é irrelevante a classificação contábil do crédito presumido de ICMS posteriormente dada ex lege pelos parágrafos 4º e 5º do artigo 30 da Lei 12.973/2014, em relação ao precedente deste Superior Tribunal de Justiça julgado nos EREsp 1.517.492, já foi analisada por diversas vezes na 1ª Seção, tendo concluído pela ausência de reflexos⁴².

Nesse sentido, se mostram irrelevantes as alterações trazidas pelo art. 9º e 10 da Lei Complementar 160/2017 sobre o art. 30 da Lei 12.973/2014, visto que a discussão se mostrou de natureza Constitucional, não sofrendo efeitos pela referida Lei Complementar, sendo desimportante a classificação contábil do referido benefício fiscal como subvenção para investimento ou subvenção para custeio.

7. CONCLUSÃO

Subvenção é um termo utilizado pelo direito positivo para denominar uma modalidade de despesa pública, no entanto, também é comumente utilizado para denominar os benefícios fiscais concedidos em favor dos agentes econômicos com a mesma finalidade de proporcionar uma subvenção econômica.

Créditos presumidos de ICMS se mostram como importante benefício fiscal que pode fazer as vezes de subvenção econômica para o fim de promoção do desenvolvimento regional, atraindo novos meios para diminuir as desigualdades entre os Estados da Federação, podendo aumentar o número de empregos e aquecer a economia da região.

Os créditos presumidos, a depender da destinação, podem ser classificados como subvenções para investimento ou subvenções para custeio, o que acarretará tratamento tributário distinto, pois segundo a legislação federal apenas as últimas se sujeitam à incidência do IRPJ e da CSLL.

A edição do Parecer Normativo CST nº 112/1978 trouxe duas novas exigências para a classificação dos créditos presumidos de ICMS como subvenções para investimentos, sendo elas a aplicação dos valores na aquisição ou expansão de bens que integrem o ativo imobilizado, além da perfeita sincronia entre a intenção do ente subvencionador e a ação do ente subvencionado.

⁴¹ Ibid, 2019. Acesso em: 09/10/2019.

⁴² RACANICCI, Jamille. **STJ: irrelevante dizer se crédito presumido de ICMS é subvenção a investimento**. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/stj-irrelevante-credito-presumido-de-icms-26062019>> Acesso em: 09/10/2019.

Neste contexto, a jurisprudência administrativa se mostrava consolidada no sentido de que a caracterização de subvenção para investimento dependia do atendimento cumulativo dos requisitos presentes no art. 30 da Lei nº 12.973/2014 segundo a interpretação contida no Parecer Normativo CST nº 112/1978, sob pena de se caracterizar subvenção para custeio automaticamente.

Após a análise da jurisprudência do CARF, foi evidenciado que, no entendimento dos conselheiros, houve a reafirmação da aplicação dos aportes em ativo imobilizado, no entanto, foi afastada a exigência de sincronia, deixando claro que não é possível “carimbar dinheiro”.

A Lei Complementar 160/2017 foi posteriormente editada com a expressa intenção de qualificar todos os benefícios de ICMS como subvenções para investimento, vedada a exigência de quaisquer outros requisitos que não estivessem presentes no art. 30 da referida Lei, inclusive com efeito retroativo. Esta previsão legal deixava subentendido o afastamento da interpretação do Parecer Normativo CST nº 112/1978 na parte em que exigia o investimento na aquisição ou expansão de ativo imobilizado.

Em razão de tal alteração legislativa, a jurisprudência administrativa realinhou-se no sentido de não exigir a utilização dos recursos na implantação ou expansão de ativo imobilizado, como previsto no referido Parecer, para a caracterização do benefício como subvenção para investimento.

Ocorreu que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça abordou o tema sob um ângulo completamente distinto do ângulo abordado no âmbito administrativo, entendendo que a tributação de tais benefícios Estaduais por parte da União violaria o pacto federativo, reconhecendo a imunidade recíproca sobre as subvenções concedidas pelos Estados, independentemente de serem subvenções para custeio ou subvenções para investimento.

Assim, no que se refere ao crédito presumido de ICMS concedido pelos Estados Federados, o entendimento do STJ supera a necessidade de qualquer discussão quanto à classificação da subvenção entre investimento ou custeio, assim tornando igualmente desimportante a própria intervenção da LC nº 160/2017, sendo tal superação expressamente reconhecida pelo próprio STJ no julgamento do REsp 1.605.245.

Embora a questão ainda não tenha sido analisada pelo Supremo Tribunal Federal, a interpretação dada pelo STJ parece ser a que melhor se adequa para a conformação do Federalismo Fiscal. Isso porque estes créditos presumidos foram renunciados pelo Estado em favor do contribuinte como instrumento que visa o desenvolvimento econômico da região, e a sua tributação por parte da União viola a imunidade recíproca constitucional, além de acarretar

em um esvaziamento ou redução do incentivo fiscal, se tornando menos vantajoso para o contribuinte.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLEGRETTI, Ivan. *A renúncia fiscal como instrumento de política pública: o caso do Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac)*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDfE, v. 7, p. 225, 2018.

BATISTA, Luiz Rogério Sawaya. *Créditos do ICMS na Guerra Fiscal*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BRASIL. *Constituição Federal*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 02/09/2019.

BRASIL. *Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp160.htm>

BRASIL. *Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm>. Acesso em: 17 de setembro de 2019

BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2019

BRASIL. *Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11638.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos De Divergência Em Recurso Especial: EREsp 1517492 PR 2015/0041673-7*. Relator: Ministro Og Fernandes. DJ: 08/11/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846697/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1517492-pr-2015-0041673-7/inteiro-teor-549846704?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08/10/2019

BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais. *Acórdão nº 9101-003.084*. Relatora: Conselheira Cristiane da Silva Costa. Data da Sessão: 13/09/2017. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em 30/09/2019.

BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais. *Acórdão nº 9101-002.566*. Relator: Conselheiro André Mendes de Moura. Data da Sessão: 13/03/2017. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em 30/09/2019.

BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais. *Acórdão nº 9101-003.841*. Relatora: Conselheira Cristiane da Silva Costa. Data da Sessão: 03/10/2018. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em 30/09/2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. *Acórdão nº 3402-006.315*. Relator: Conselheiro Pedro Sousa Bispo. Data da Sessão: 16/03/2019. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 30/09/2019

CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2015.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 603.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; COELHO, Eduardo Junqueira; LOBATO, Valter de Souza. “*Subvenções para investimentos à luz das leis 11.638/2007 e 11.941/2009*”. Disponível em: <<https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Subvencao-para-investimentos-a-luz-das-leis-11638-e-11941.pdf>>. Acesso em 18/07/19.

CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

_____. Deliberação CVM nº 555, de 12 de novembro de 2008. *Aprova o Pronunciamento Técnico CPC 07 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que trata de Subvenções e Assistências Governamentais*. Disponível em:

http://www.normaslegais.com.br/legislacao/deliberacaocvm555_2008_.htm . Acesso em: 17/09/2019

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MATARAZZO, Giancarlo; DE PAULA, José Arnaldo. *Um novo capítulo na história da “subvenção para investimento”*. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/um-novo-capitulo-na-historia-da-subvencao-para-investimento-06032018>>.

Acesso em: 15/09/2018.

LUI, Ana Paula; Maluf, Luana; *Subvenção para investimento: Entendimento da CSRF com a LC 160*. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/subvencao-para-investimento-15032018>>. Acesso em: 15/09/2019

PIZOLIO, Reinaldo. *Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Subvenções para Investimento*. Artigo in *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 52. São Paulo: Dialética, 2002, p. 149.

RACANICCI, Jamille. *STJ: irrelevante dizer se crédito presumido de ICMS é subvenção a investimento*. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/stj-irrelevante-credito-presumido-de-icms-26062019>> Acesso em: 09/10/2019

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Conceito de investimento para fins do art. 433 do RIR*. *Revista de Direito Tributário Atual*, v. 40, São Paulo: Dialética, 2018. Disponível em: <<http://ibdt.org.br/RDTA/40-2018/conceito-de-investimento-para-fins-do-art-443-do-rir/>>. Acesso em: 30 de agosto de 2018

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 779.

O PREQUESTIONAMENTO *FICTO* NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO: DESAFIOS PARA A PADRONIZAÇÃO DO INSTITUTO NAS CORTES SUPERIORES

Renato Bastos Abreu

1. INTRODUÇÃO

O requisito do prequestionamento no contexto recursal dos Tribunais Superiores é tema de importantes discussões jurisprudenciais e doutrinárias no Brasil, uma vez que o instituto exerce influência direta na admissibilidade dos recursos extraordinários e especiais. O debate acerca de seus limites e seu inegável impacto no trânsito recursal em instâncias superiores transcende a mera tecnicidade e sua correta aplicação, porquanto os efeitos práticos do mencionado requisito acabam por interferir em questões como o acesso à justiça e a formação da chamada jurisprudência defensiva.

O presente artigo tem como objetivo investigar a forma como o instituto jurídico está sendo tratado pela doutrina e, principalmente, pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, a partir de uma perspectiva que reflita a grande dificuldade que tais instâncias possuíram, e ainda possuem, para padronizar tal requisito.

Inicialmente, é necessário entender como o prequestionamento evoluiu ao longo dos anos no ordenamento jurídico, uma vez que o instituto foi exigido de diversas formas ao longo da história pelos Tribunais Superiores. Desse modo, é possível organizar uma reflexão histórica que ilustre como as modalidades existentes de prequestionamento foram abordadas pelo judiciário brasileiro, bem como determinar se tais modelos jurisprudenciais ainda estão sendo aceitos ou não pelos Tribunais Superiores.

Nesse aspecto, também importa discutir os impactos da legislação processual para o reconhecimento do instituto do prequestionamento ao longo dos anos, análise que ganha destaque a partir da análise do Código de Processo Civil de 1973 e da subsequente promulgação do Código de Processo Civil de 2015. Sob essa perspectiva, ressalta-se como as decisões das instâncias superiores se adaptaram às leis em comento, muitas vezes produzindo conteúdos decisórios conflitantes entre os julgados da Suprema Corte e da Corte Superior, fator que certamente perdura até os dias atuais no contexto jurisprudencial em questão.

Tais considerações culminam no grande desafio imposto pela redação do artigo 1.025 do Código de Processo Civil de 2015. A polêmica inaugurada pelo dispositivo ocorre a partir do momento em que doutrina e jurisprudência frequentemente associam a redação da norma acima descrita com a adoção de um modelo puramente *ficto* de prequestionamento no ordenamento jurídico nacional. É possível extrair essa assertiva a partir da leitura de diversos julgamentos nas instâncias superiores, bem como de trechos de obras doutrinárias consagradas no cenário jurídico brasileiro. Dessa forma, o contexto proposto necessita ser observado a partir de uma reflexão que discuta como o referido dispositivo é regularmente aplicado em um contexto que não privilegia a modalidade essencialmente *ficta* do requisito de admissibilidade em questão, de forma distante de suas premissas conceituais.

Por fim, a partir destas considerações, o presente artigo suscita a possibilidade de rediscussão dos posicionamentos acerca do prequestionamento *ficto* nas instâncias superiores. A assertiva se verifica a partir do momento em que se reconhece que os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça não oferecem padronização para o tratamento do requisito de admissibilidade em discussão. Corrobora com a análise o fato de que os enunciados sumulares nº 282 e 356 do STF e 211 do STJ possuem elementos contraditórios entre si, bem como acabam por ser conflitantes em relação à admissão da modalidade *ficta* do instituto nas Cortes Superiores.

2. A EVOLUÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A concepção original sobre o prequestionamento no ordenamento jurídico brasileiro foi definida já na Constituição Federal de 1891, oportunidade em que se exigia o questionamento prévio, a ser realizado *pelas partes* perante o juízo *a quo*, da lei federal ou tratado tidos como violados¹. O requisito, verificado no manejo dos recursos perante o Supremo Tribunal Federal à época, tinha como função a constatação de que a legislação invocada havia sido minimamente discutida pelos Tribunais Estaduais.

Exemplo dessa dinâmica pode ser clarificado nas disposições normativas da própria Constituição de 1891, que exigia em seu artigo 59, inciso III, § 1º, alínea “a”, a

¹ MEDINA, José Miguel Garcia Medina. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativa ao CPC/1973 – 4ª Edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.526.

manifestação *anterior* das partes a respeito dos tratados e leis federais supostamente violados por decisão do Tribunal do Estado.²

Essa construção acerca do instituto foi conservada ao longo dos anos pela jurisprudência pátria, uma vez que também encontrava correspondência em dispositivos constitucionais.³ Verifica-se tal assertiva no próprio conteúdo normativo da Constituição de 1946 que, em seu artigo 101, inciso III, alínea “a”⁴, manteve a exigência de menção prévia à letra do tratado ou lei federal alegadamente violados, requisito mantido por ocasião da Carta Magna de 1988, que ainda estenderia tais regras aos recursos especiais a serem julgados no Superior Tribunal de Justiça.

Importa destacar, ainda, que a forma de exigência do prequestionamento também foi alterada ao longo dos anos, ao passo que a jurisprudência também se consolidava em torno de novas normas processuais, assim como ocorreu por ocasião da promulgação do Código de Processo Civil de 1973. Nota-se, conforme ensina José Miguel Garcia Medina, que o prequestionamento “*passou a significar a exigência de que da decisão conste a discussão constitucional ou federal*” a ser revisitada, o que abriu margem para a discussão acerca dos embargos declaratórios e seus efeitos para o juízo de admissibilidade, temática a ser abordada mais adiante.

Logo, resta clara a noção de que a jurisprudência evoluiu ao longo dos anos de modo a acolher ainda mais o instituto jurídico do prequestionamento no âmbito dos tribunais superiores. Destaca-se, ainda, o fato de que a discussão do requisito em voga cada vez mais se integra com a natureza jurídica dos embargos declaratórios, como evidenciado pela edição das súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, amplamente aplicadas pela Suprema Corte em sede de juízo de admissibilidade recursal, cujos conteúdos são transcritos a seguir:

Súmula 282/STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 14 de maio de 2019.

³ “Como se sabe, o prequestionamento, como pré-requisito do extraordinário, é exigência antiga, já constante da CF de 1891 (art. 59, §1º, a: ‘quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela’); nas Cartas de 1934 (art. 76,2, III, a e b, 1937 (art. 101, III, a e b); 1946 (art. 101,III, b).” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial, 14ª Edição - Revisada e atualizada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 312)

⁴ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14 de maio de 2019.

Súmula 356/STF: O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.⁵

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 1998, também publicou enunciado sumular referente ao tema, determinando a inadmissibilidade do recurso especial “quanto à questão que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*” (Súmula nº 211/STJ). Passou a prevalecer na Corte Superior o entendimento de que, uma vez omissivo, obscuro ou contraditório o acórdão vergastado, haveria a necessidade de oposição e provimento dos embargos aclaratórios para que houvesse a devida configuração do requisito do prequestionamento⁶.

É válido ressaltar, quanto à sumula nº 211/STJ, que grande parte da doutrina brasileira assume a posição de que seus ditames normativos não vieram a prevalecer com o advento do Código de Processo Civil de 2015. Essa concepção é definida a partir do teor do artigo 1.025 da referida legislação⁷, considerado pelo entendimento doutrinário majoritário como responsável pela suposta implementação da modalidade *ficta* de prequestionamento no ordenamento brasileiro⁸, o que traz consigo nova alteração na forma de tratamento do instituto jurídico, temática a ser examinada nas seções subsequentes do presente artigo.

Ainda nessa perspectiva, considerando as possíveis consequências do referido dispositivo também para os enunciados sumulares nº 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, torna-se necessário apurar em que medida a mais recente jurisprudência dos Tribunais Superiores implementa seus preceitos, bem como abalizar se tais julgamentos realmente consagram a efetivação do modelo ficto de prequestionamento. A depender da forma com que tais repostas serão alcançadas, é possível afirmar até mesmo a necessidade de cancelamento dos enunciados sumulares citados.

⁵ A edição das súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal ocorreu em 16/12/1963.

⁶ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores – 5ª Edição, revisada, atualizada e ampliada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 354.

⁷ **CPC. Art. 1.025.** Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

⁸ Nesse sentido, verifica-se a seguinte contribuição de Alexandre Freitas Câmara, em que é possível identificar como a doutrina afirma tal posição: “(...) opostos os embargos de declaração com fins de prequestionamento, considera preenchido o requisito do prequestionamento ainda que o órgão jurisdicional não supra a omissão, não admitindo ou rejeitando os embargos. É o que se chama *prequestionamento ficto*.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro – 5ª Edição, revisada e atualizada**. São Paulo: Editora Atlas, 2019, p.546)

Outra premissa importante decorre do fato de que as súmulas editadas pelo STF e STJ tratam a matéria de forma certamente diferente, o que enseja discussões sobre os limites e a verdadeira natureza a ser aceita a partir do termo “prequestionamento”. É possível observar, historicamente, que os julgamentos proferidos pelas instâncias superiores passaram a se adaptar à novel legislação processual civil, restando clara a necessidade de análise desse conteúdo decisório para definir se existe qualquer forma de conformação dos julgados em relação ao comando normativo inserto no art. 1.025 do CPC, debate que também será objeto de discussão nas próximas seções do presente trabalho.

Dessa forma, apresentado o histórico do instituto no ordenamento jurídico brasileiro e a forma como o requisito passou a ser examinado pela jurisprudência ao longo dos anos, resta necessário debater o conceito de prequestionamento e identificar suas modalidades, da forma como são definidas pela doutrina e pelos Tribunais Superiores. Destarte, tornar-se-á possível debater a polêmica em torno da admissão do prequestionamento em caráter *ficto* no ordenamento jurídico brasileiro, bem como determinar se a inteligência adotada pelas instâncias superiores frente à novel legislação processual justificaria eventual rediscussão das súmulas 282 e 356 do STF e 211 do STJ.

3. O CONCEITO DE PREQUESTIONAMENTO E AS SUAS MODALIDADES RECONHECIDAS NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

Para que o conceito acerca do instituto jurídico do prequestionamento seja bem delineado, importa realçar as premissas clássicas adotadas pela doutrina, com especial destaque aos conceitos elaborados por Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e José Miguel Garcia Medina. Tais compreensões, por sua vez, estão estreitamente relacionadas com a sistemática dos embargos declaratórios, uma vez que sua oposição e provimento em casos de acórdãos omissos podem influenciar no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário manejados nas instâncias superiores.

Ao conceituar o referido requisito, José Miguel Garcia Medina assevera o seguinte raciocínio:

Diante de tais argumentos, pode-se dizer, preliminarmente, que o prequestionamento tem por objeto a questão federal ou constitucional, sendo, assim, meio através do qual se leva ao conhecimento do órgão *a quo* a referida questão, fim de que seja decidida. A questão federal ou constitucional deverá

estar presente na decisão recorrida, e poderá surgir mesmo que ausente provocação das partes. Sob esse prisma, o prequestionamento não é essencial para a interposição do recurso extraordinário ou do recurso especial, desde que a questão federal ou constitucional surja no acórdão recorrido.⁹

De forma complementar, o entendimento adotado por Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini estabelece a seguinte inteligência:

Prequestionar significa questionar antes, isso é, haver colocado, anteriormente, um ponto em discussão. Assim, é ônus das partes ventilar, oportunamente, todas as questões determinantes para a lide, e dever do juízo enfrentá-las de forma adequada. Mas “prequestionamento” não é termo usado nesse seu sentido exato, *de se colocar uma questão para debate*. Por uma figura de linguagem (uma antonomásia), passou-se a usar “prequestionamento” para se referir à situação que se tem quando, além de ter sido posta a questão no processo, ela foi *enfrentada pela decisão que se pretende recorrer*.¹⁰

Ao conjugar os dois entendimentos doutrinários supracitados e considerando a realidade recursal nos Tribunais Superiores, observa-se que a exigência de prequestionamento impõe às partes que litigam o dever de questionar previamente as questões constitucionais e federais a serem suscitadas nos recursos especial e extraordinário, assim como demanda que tais matérias tenham sido enfrentadas pelo acórdão recorrido.

Surge, neste âmbito, grande controvérsia: e se o Tribunal *a quo* simplesmente não se manifestar sobre as questões constitucionais ou federais levantadas pelas partes, mesmo após a oposição dos embargos aclaratórios? Mais ainda, consideram-se prequestionados os dispositivos mencionados pela parte recorrente?

A fim de entender algumas das soluções oferecidas pela doutrina e jurisprudência para essa problemática, é necessário realizar um exame primordial das modalidades do instituto jurídico em questão. São elas: o prequestionamento em caráter explícito, implícito e *ficto*.

O prequestionamento em seu caráter explícito é aquele em que as questões federais ou constitucionais constam, efetivamente, das razões ou contrarrazões recursais, bem como foram enfrentadas expressamente pelo acórdão prolatado pelo juízo *a quo*. Nas palavras sucintas de Ricardo Carneiro Neves Júnior, “denomina-se prequestionamento

⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento** – 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 208-209.

¹⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)** – 16ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.609-610.

explícito quando a decisão recorrida expressamente julga a *questão* previamente suscitada pela parte”.¹¹

Nos casos em que o Tribunal *a quo* enfrentar as questões constitucionais ou provenientes de lei federal elencadas pelas partes, porém sem exercer qualquer tipo de referência direta aos dispositivos mencionados, há a possibilidade do reconhecimento do chamado prequestionamento em sua modalidade implícita¹². O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, entende ser possível a adoção deste tipo de categoria nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. REEMBOLSO DE CUSTAS JUDICIAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS RELATIVOS A EMBARGOS DE TERCEIRO AJUIZADOS PELA AUTORA. JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS. ADMISSIBILIDADE.

1. Cabe examinar, no presente agravo interno, tão somente a parte impugnada da decisão hostilizada, permanecendo incólumes os fundamentos não refutados pela parte agravante.
2. É possível o reconhecimento de prequestionamento implícito, para fins de conhecimento do recurso especial, quando a questão debatida tenha sido decidida no acórdão recorrido, ainda que sem a explícita indicação dos dispositivos de lei que o fundamentaram.
3. No caso, mostra-se cabível a juntada de documentos, de caráter acessório ou secundário, com a apelação, uma vez que ausente má-fé e respeitado o contraditório. Precedentes.
4. Agravo interno provido para, afastada a ausência de prequestionamento, conhecer do agravo a fim de negar provimento ao recurso especial no ponto impugnado. (AgInt no AREsp 1272508/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 08/05/2019)

Rememora-se que a possibilidade de caracterização do prequestionamento em sua modalidade implícita não isenta as partes que litigam de seu dever de construção adequada das razões de recurso a ser interposto. Nesse sentido, assevera José Miguel Garcia Medina:

Embora não se exija a indicação do tópico expresso, a fim de se indicar o artigo de lei ou da Constituição Federal que se repute violado, é de todo conveniente

¹¹ NEVES JÚNIOR, Ricardo Carneiro. **Pquestionamento (?) e o Novo Código de Processo Civil**. Revista Juris Plenum, Ano XII, Número 71, 2016. p.130

¹² Nas palavras de Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha: “Esse enfrentamento pode ter sido feito com menção expressa ao dispositivo normativo cuja interpretação é objeto do recurso; é o chamado *prequestionamento explícito*. Mas também é possível que o enfrentamento ocorra sem menção expressa a um dispositivo normativo; nesse caso, há o *prequestionamento implícito*, como ocorre, por exemplo, quando a decisão recorrida tenha entendido que se considera motivada, violando o inciso I do §1º do art. 489 do CPC, embora sem fazer menção a ele.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**, Volume III, 15ª Edição revisada e ampliada. Salvador: Editora Juspodivm, p. 367)

que se faça notar, com o máximo de exatidão possível, os lindes da questão constitucional ou federal. A indicação, em termos genéricos, de uma regra que teria sido violada, sem que se demonstre, com exatidão, em que consiste a violação, normalmente é malsucedida¹³.

Por fim, importa destacar o conceito do prequestionamento em sua modalidade *ficta*, requisito que motiva diversas divergências doutrinárias e jurisprudenciais no âmbito do juízo de admissibilidade recursal nas instâncias superiores. Tal conceituação ganha maior destaque no presente artigo, uma vez que a utilização da referida modalidade pelas Cortes Superiores inaugura a possibilidade de rediscussão das Súmulas 282 e 356 do STF e 211 do STJ, hipótese a ser enfrentada em momento posterior neste trabalho.

O modelo *ficto* de prequestionamento também possui relação direta com a oposição de embargos de declaração por parte do recorrente que julga ter sido prejudicado por omissão do acórdão. A acepção adotada, assim como delineado anteriormente, é a de que a mera oposição dos aclaratórios já teria o condão de caracterizar o requisito de admissibilidade em voga. Ou seja, pouco importaria o provimento ou denegação dos embargos, bastando que houvesse a alegação de omissão, perante o Tribunal *a quo*, quanto à matéria constitucional ou federal ventilada para que o requisito do prequestionamento estivesse satisfeito.

Sobre o instituto e sua modalidade *ficta*, José Miguel Garcia Medina assim o conceitua:

O STF, diferentemente desta Corte Superior, adota o chamado ‘prequestionamento ficto’, ou seja, considera prequestionada a matéria pela simples oposição de embargos declaratórios, ainda que eles sejam rejeitados, sem nenhum exame da tese constitucional, bastando que essa tenha sido devolvida por ocasião do julgamento (...) ¹⁴:

Nesse mesmo sentido, destaca-se o seguinte trecho do *Manual de Processo Civil* brilhantemente capitaneado por Daniel Assumpção Amorim Neves¹⁵:

Em interpretação à Súmula 356 do STF, entendia o Supremo Tribunal Federal que a mera interposição de embargos de declaração contra a decisão omissa, independentemente do resultado desse julgamento, criava no caso concreto o

¹³ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento – 3ª Edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 330.

¹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativa ao CPC/1973 – 4ª Edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.527.

¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Civil, Volume Único - 9ª Edição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 1.730.

prequestionamento necessário para a admissão do recurso extraordinário

É possível deduzir dos trechos descritos, portanto, que a polêmica utilização desta modalidade de prequestionamento gerou uma série de divergências jurisprudenciais ao longo dos anos, principalmente entre os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Essa assertiva é ainda mais verdadeira quando se analisa a evolução dos julgados nas instâncias superiores sobre a temática, especialmente quando tal modalidade é questionada sob o enfoque dos comandos insertos nas súmulas 282 e 356 do STF e 211 do STJ e, principalmente, quando o Novo Código de Processo Civil passa a vigorar com o teor normativo delimitado por seu artigo 1.025.

Dessa forma, para entender como o conceito foi debatido pelas Cortes Superiores, bem como quais são os limites atuais para sua aplicação frente à novel legislação processual, impõe-se a necessidade de investigar o tratamento jurisprudencial dissemelhante oferecido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Além desse esforço, convém assinalar o impacto do Código de Processo Civil de 2015 no tratamento jurídico adotado pelas duas Cortes, bem como a relação direta entre o instituto do prequestionamento *ficto* e a eventual rediscussão dos enunciados sumulares supracitados.

4. O PREQUESTIONAMENTO *FICTO* NAS INSTÂNCIAS SUPERIORES: UMA AVALIAÇÃO HISTÓRICA E OS IMPACTOS DO ARTIGO 1.025 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O prequestionamento em sua modalidade *ficta* é um dos temas mais controversos dos últimos anos no cenário recursal das instâncias superiores, uma vez que não há consenso, até os dias de hoje, sobre os limites de sua exigência, ou mesmo sobre sua aplicabilidade no contexto recursal dos Tribunais Superiores, seja em relação à admissibilidade de recursos especiais ou extraordinários.

Prova maior desta assertiva é o próprio fato de que a jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça vem mudando ao longo dos anos, seja em uma racionalidade que autorize o emprego da modalidade em discussão, seja porque o prequestionamento *ficto* restou esvaziado pelos julgadores no momento em que prolatavam suas decisões. Nessa seara, o já mencionado artigo 1.025 do Novo Código de Processo Civil, considerado por muitos a verdadeira possibilidade de solução do impasse gerado, terminou por instaurar novas incertezas no contexto jurisprudencial das Cortes Superiores.

O Supremo Tribunal Federal, conforme anteriormente descrito, editou em 1963 as Súmulas 282 e 356 (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”), o que balizou por anos o entendimento de que a modalidade *ficta* de prequestionamento era perfeitamente aplicável nos julgamentos da Suprema Corte. É exemplo dessa dinâmica o acórdão a seguir, de relatoria do ilustre Ministro Sepúlveda Pertence:

1. Recurso extraordinário: inépcia: inocorrência. Histórico da causa e demonstração do cabimento do recurso - que, na hipótese da alínea “a”, se confunde com “as razões do pedido de reforma da decisão recorrida” - suficientemente delineados nas razões da recorrente, possibilitando a perfeita compreensão da controvérsia. 2. Recurso extraordinário: prequestionamento e embargos de declaração. O Supremo Tribunal tem reafirmado a sua jurisprudência - já assentada na Súm. 356 -, no sentido de que, reagitada a questão constitucional não enfrentada pelo acórdão, mediante embargos de declaração, se tem por prequestionada a matéria, para viabilizar o recurso extraordinário, ainda que se recuse o Tribunal a quo a manifestar-se a respeito (v.g., RE 210638, 1ª T, 14.04.98, Pertence, DJ 19.6.98; RE 219934, Pl, 14.06.00, Gallotti, DJ 16.2.01). É o que ocorreu, no caso, quanto à matéria relativa ao cerceamento de defesa: suscitada nos embargos de declaração opostos à sentença de primeiro grau, a questão foi objeto da apelação e dos embargos declaratórios ao acórdão recorrido. Com relação, contudo, à contrariedade ao artigo 5º, LXVII, da CF, não suprido o requisito do prequestionamento, porque não suscitada antes dos embargos de declaração à decisão de segundo grau. 3. Contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Cerceamento inequívoco do direito de defesa da ré pela omissão persistente das instâncias ordinárias em examinar, não mera alegação de direito - cuja ausência de exame explícito, na imensa maioria dos casos, pode e deve ser interpretada como rejeição tácita -, mas a existência incontroversa de fato modificativo do direito dos autores - cessão de seus créditos a terceiro de quem receberam parte do valor correspondente à soja reclamada na presente ação. (RE 231.452/PR, Relatoria Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 31/08/2004, DJe 24/09/2004)

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça não adotava essa inteligência, uma vez considerada a aplicação do teor da Súmula 211/STJ (“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”) e a inadmissão da tese de prequestionamento *ficto*¹⁶. A despeito

¹⁶ Nesse sentido, ressalta-se o entendimento da Primeira Corte do Superior Tribunal de Justiça, emitido por ocasião do julgamento do AgRg no AREsp 234.030/PR: “Não é possível o conhecimento do recurso especial na hipótese em que a questão suscitada não tenha sido analisada pelo Tribunal de origem, ainda que se alegue que houve o prequestionamento com a oposição dos embargos de declaração. Isso porque esta Corte não admite o prequestionamento ficto por meio de simples oposição de embargos declaratórios, sem que a matéria tenha sido efetivamente debatida pelo Tribunal a quo, consoante preconiza a

dessa lógica, a Corte Superior costumeiramente ressaltava a aplicação de entendimento diverso por parte do Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DE RESERVA DE PLENÁRIO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Nos termos do artigo 535 do Código de Processo Civil-CPC, os embargos de declaração são cabíveis para sanar obscuridade ou contradição ou, ainda, para suprir omissão verificada no julgado, acerca de tema sobre o qual o tribunal deveria ter-se manifestado. São admitidos, também, para a correção de eventual erro material do julgado, o que não ocorreu na espécie. 2. O acórdão dirimiu a controvérsia de forma clara e embasado no julgamento desta Corte submetido à sistemática dos recursos representativos de controvérsia. A pretexto de omissão, busca-se na verdade rever decisão desfavorável. Os embargos de declaração não se prestam para tal propósito. 3. A suposta violação da reserva de plenário não foi abordada pelo Tribunal de origem e nem sequer suscitada nas razões do recurso especial. Além de não ser permitida a inovação recursal em embargos declaratórios, o exame desses pontos esbarra nos óbices contidos nas Súmulas 282 e 356 ambas do STF. 4. Não cabe ao STJ, no recurso especial, analisar ofensa a dispositivo da Constituição Federal, nem a título de prequestionamento, tendo em vista a necessidade de interpretação de matéria de competência exclusiva da Suprema Corte, nos termos do art. 102 da CF. 5. O STF aceita o chamado prequestionamento ficto da matéria, de forma que a simples oposição dos aclaratórios é suficiente para preencher o requisito do prequestionamento. 6. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.410.081 – MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/03/2013, DJe 25/03/2013)

Contudo, o próprio Supremo Tribunal Federal começou a dar sinais de que abandonaria a possibilidade de reconhecimento do prequestionamento em sua modalidade *ficta*, o que se concretiza a partir de uma série de julgados do ano de 2013¹⁷. Essa inteligência foi estimulada a partir de um novo entendimento jurisprudencial, capitaneado principalmente a partir de julgamentos proferidos pela ilustre Ministra Rosa Weber. Transcreve-se, a seguir, uma das decisões prolatadas nesse sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. LICENÇA MATERNIDADE. PRORROGAÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE

Súmula 211 do STJ. (Aggr no AREsp 234.030/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 16/12/2013).

¹⁷ A título de exemplo, verifica-se os seguintes julgados: AI 763.195, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 12/03/2013, DJe 07/05/2013; AgRg no RE 591.961, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 05/02/2013, DJe 26/02/2013; AgRg no RE 629.943, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 05/02/2013, DJe 26/02/2013.

PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA STF 282. INAPTIDÃO DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO OU FICTO PARA ENSEJAR O CONHECIMENTO DO APELO EXTREMO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA STF 356. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 30.11.2010.

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a discussão referente à prorrogação de licença maternidade de servidora pública estadual é de natureza infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Precedentes. O requisito do prequestionamento obsta o conhecimento de questões constitucionais inéditas. Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresso, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo. Aplicação da Súmula STF 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 707221/BA AgR, Relatoria Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 03/09/2013)

Não obstante o inédito posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, o Código de Processo Civil de 2015 inaugurou nova controvérsia em relação ao prequestionamento, uma vez considerada a redação do artigo 1.025¹⁸ e o posterior posicionamento estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça em torno da ideia de que estaria finalmente positivada a noção do instituto em sua modalidade *ficta*, conforme é possível extrair da leitura do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido em contexto recente:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO DE SEGURO EMPRESARIAL. NEGATIVA PARCIAL DE COBERTURA. SUPOSTA ALEGADA PRECLUSÃO. AFRONTA AO ARTIGO 278 DO CPC DE 2015. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282/STF. PREQUESTIONAMENTO FICTO PREVISTO NO ART. 1.025 DO CPC/2015. NECESSIDADE DE SE APONTAR VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A matéria referente ao art. 278 do CPC de 2015 não foi objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial (Súmula n. 282/STF).
2. Ressalto que o STJ não reconhece o prequestionamento pela simples interposição de embargos de declaração. Persistindo a omissão, é necessária a interposição de recurso especial por afronta ao art. 1.022 do CPC de 2015 (antigo art. 535 do Código de Processo Civil de 1973), sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento.

¹⁸ **CPC. Art. 1.025.** Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

3. "A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei". (REsp 1639314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017).

4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1486502/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 20/08/2019)

Percebe-se, por outro lado, que o Supremo Tribunal Federal ainda mantém firme posição no sentido de que a mera oposição de embargos de declaração pelo recorrente não é fator suficiente para a configuração do prequestionamento, posicionamento contrário aos ditames da modalidade *ficta* do instituto, conforme os conceitos explicitados na seção anterior. Veja-se:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DISSOCIAÇÃO DE FUNDAMENTOS. SÚMULA 284/STF.

1. O Juízo de origem não analisou a questão constitucional veiculada, não tendo sido esgotados todos os mecanismos ordinários de discussão, INEXISTINDO, portanto, o NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO, que pressupõe o debate e a decisão prévios sobre o tema jurígeno constitucional versado no recurso. Incidência da Súmula 282 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. A pura e simples oposição de embargos de declaração não basta para a configuração do prequestionamento. Tal somente se verificará caso o Tribunal recorrido tenha se omitido sobre ponto a respeito do qual estava obrigado a se manifestar. Inteligência do art. 1.025 do Código de Processo Civil. 3. A indicação, no recurso extraordinário, de norma completamente estranha ao que se decidiu no acórdão recorrido atrai o óbice da Súmula 284/STF, aplicável por analogia (É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia). 4. Agravo Interno a que se nega provimento. (RE 1118678/DF AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/2018, DJe 21/06/2019)

É importante notar, a partir da leitura dos recentes precedentes colacionados nos dois últimos parágrafos, que os Tribunais Superiores ainda não tratam a matéria da mesma forma. Apesar de ambas as Cortes convergirem quanto à noção de que o prequestionamento pressupõe a existência de anterior indicação do vício a ser sanado pelo Tribunal, o Superior Tribunal de Justiça claramente qualifica o artigo 1.025 do CPC como diploma normativo que consagra a modalidade *ficta* do instituto em discussão, enquanto o Supremo Tribunal Federal limita-se a afirmar que a mera oposição de embargos não basta para a configuração do requisito.

Verifica-se, ainda, que a Corte Superior brasileira somente admitirá a ocorrência do prequestionamento *ficto* caso a parte recorrente respeite um trâmite específico. Nessa oportunidade, será necessário que, no mesmo recurso, também seja indicada violação ao artigo 1.022 do CPC, a fim de que o órgão julgador possa verificar a existência do vício inquinado que, caso constatada, poderá resultar na supressão de grau privilegiada pelo dispositivo. Em relação à essa exigência, no entanto, o Supremo Tribunal Federal não se posiciona da mesma forma, inexistindo qualquer menção ao artigo 1.022 em suas decisões, conforme verificado no julgamento do RE 1.118.678/DF, previamente destacado.

Dessa forma, realizada a análise histórica do prequestionamento ao longo dos anos no contexto das Corte Superiores, é possível reconhecer um contexto que demonstra bastante dificuldade em relação à padronização do instituto ao longo dos anos, cenário já verificado por ocasião do Código de Processo Civil de 1973 e que ainda se mantém inalterado sob a égide do Novo Código de Processo Civil.

A novel legislação processual, ao estabelecer novo regramento para o requisito de admissibilidade, por meio da redação de seu artigo 1.025, também acabou por inaugurar novas controvérsias e dificuldades para o tratamento do tema, identificados principalmente no descompasso entre as posições do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, verificadas a partir da leitura dos acórdãos apresentados ao fim desta seção.

Surge, porém, outro aspecto relevante a ser levantado a partir da análise histórica orquestrada, principalmente em relação ao entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça. A imprecisão conceitual a partir da qual a Corte Superior trata o requisito do prequestionamento *ficto* resulta frequentemente em decisões que entram em confronto com os enunciados sumulares dos Tribunais Superiores que versam sobre o instituto, gerando inquestionável insegurança jurídica no contexto recursal ora em análise.

5. A INAPLICABILIDADE DO CONCEITO DE PREQUESTIONAMENTO *FICTO* EM RELAÇÃO AO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consoante explicitado na seção anterior, o Superior Tribunal de Justiça aplica o entendimento de que o artigo 1.025 do Código de Processo Civil de 2015 consagra a adoção de um modelo *ficto* de prequestionamento, desde que constatada a adequada interposição do recurso especial e a satisfação do requisito de indicação de violação ao

artigo 1.022 do mesmo diploma, com o subsequente saneamento do vício por parte do órgão julgador do recurso em questão.

Porém, importa ressaltar que esse entendimento carrega consigo uma imprecisão conceitual relevante, bem como uma clara contradição em sua lógica de aplicabilidade, fatores que também contribuem para a dificuldade de padronização do instituto e obscurecem a iniciativa dos advogados quando da interposição dos recursos em instâncias superiores.

O conceito do instituto processual do prequestionamento em sua modalidade *ficta*, conforme anteriormente mencionado e segundo determina a doutrina e a própria jurisprudência brasileira, é baseado em torno da noção de que a mera oposição dos embargos de declaração já resta suficiente para privilegiar tal requisito de admissibilidade. Novamente, nas palavras de José Miguel Garcia Medina, bastaria que a tese levantada pelo recorrente fosse devolvida por ocasião do julgamento, sem que houvesse necessariamente qualquer enfrentamento da tese levantada (seja esta constitucional ou infraconstitucional)¹⁹.

Ou seja, a partir do momento em que o Superior Tribunal de Justiça determina a possibilidade de instituição do prequestionamento *ficto* em seu âmbito recursal, a interpretação do artigo 1.025 do Novo Código do Processo Civil não poderia impor qualquer pressuposto adicional ao requisito de admissibilidade em voga, seja a indicação de violação ao artigo 1.022 da referida lei, ou o próprio reconhecimento de omissão, contradição ou obscuridade relevante. É preciso entender, afinal, que o conceito aventado pela própria jurisprudência da Corte Superior determina a mera oposição de aclaratórios como procedimento suficiente para conferir procedibilidade aos recursos especiais interpostos.

Rememora-se, ainda nesse mesmo sentido, que a exegese da súmula nº 211 do STJ (“*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo*”) igualmente reforça este conflito. O enunciado sumular supracitado também institui em seus ditames a necessidade de que tenha havido apreciação pelo Tribunal *a quo* da questão suscitada pelo recorrente, condição tida como necessária para a ocorrência do prequestionamento.

Percebe-se, desse modo, que o Superior Tribunal de Justiça mantém plenamente válida Súmula que não se coaduna com o reconhecimento da modalidade *ficta* do instituto

¹⁹ MEDINA, José Miguel Garcia Medina. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativa ao CPC/1973 – 4ª Edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.527.

jurídico ora em análise, o que contraria o próprio entendimento de que o artigo 1.025 do Novo Código de Processo Civil consagraria o mecanismo de admissibilidade nessa categoria²⁰²¹.

Para aumentar a polêmica em torno do tema, o Supremo Tribunal Federal, desde a oportunidade em que passou a adotar o entendimento contrário à admissão do prequestionamento *ficto* em âmbito recursal, esposado inicialmente pela ilustre Ministra Rosa Weber (acórdão transcrito na terceira seção do presente artigo), não se pronunciou sobre os requisitos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos descritos nos parágrafos anteriores, ou sobre a inovação contida no Novo Código de Processo Civil, mantendo incólume a posição contrária à admissão do instituto na modalidade em voga.

Dessa forma, além de proferir decisões conflitantes com aquelas previstas pela Corte Superior, a Suprema Corte também não se posicionou em relação à possibilidade de implementação de um modelo de prequestionamento *ficto* a ser instituído por meio do artigo 1.025 do Novo Código de Processo Civil. Importa salientar, nesse aspecto, que o Supremo Tribunal Federal, ao não abandonar o entendimento contrário à admissão da modalidade em questão, acaba por produzir julgados claramente destoantes do conteúdo expresso por seus enunciados sumulares nº 282 e 356, que até meados de 2013 não desautorizavam o reconhecimento do prequestionamento *ficto*.

6. CONCLUSÃO

A partir de todas as considerações até aqui feitas, bem como do desenvolvimento histórico acerca do requisito de prequestionamento ao longo dos anos nas instâncias

²⁰ Nesse sentido, faz-se oportuno a transcrição de trecho de Rodrigo Frantz Becker: “Desse modo, entende-se que não há mais espaço para a exegese da Súmula 211/STJ, porque editada na vigência do Código de 1973, quando não existente o art. 1.025 do CPC, com ela incompatível. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça insiste em aplicá-la, fazendo uma interpretação demasiadamente extensiva na tentativa de harmonizá-la com o CPC/2015”. (BECKER, Rodrigo F. **Embargos de declaração e prequestionamento**. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Código de Processo Civil no STF e no STJ: Estudos sobre os impactos e interpretações, 1ª Edição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p.366).

²¹ “Diante do disposto no art. 1.025 do CPC, está superado o enunciado 211 da Súmula do STJ, que está assim redigido: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”. O art. 1.025 do CPC considera existente o pré-questionamento com a simples oposição dos embargos de declaração, mesmo que a questão não seja apreciada pelo Tribunal de origem. O texto normativo dispõe em sentido contrário ao do enunciado 211 da Súmula do STJ, que fica, portanto, superado.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais, Volume III, 15ª Edição revisada e ampliada**. Salvador: Editora Juspodivm, p. 335)

superiores, não é difícil entender como a modalidade *ficta* do instituto vem sendo objeto de crescente preocupação da doutrina, jurisprudência e, principalmente, da advocacia.

Um dos maiores exemplos dessa dinâmica reside no fato de que os julgamentos proferidos, bem como os próprios enunciados sumulares nº 282 e 356 do STF e 211 do STJ foram utilizados de maneira conflitante ao longo dos anos, dinâmica que certamente persiste até os dias de hoje, conforme foi possível verificar ao longo do presente artigo e de todos os arestos até aqui citados.

A histórica dificuldade de padronização do prequestionamento nos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários representa verdadeiro desafio àqueles que necessitam interpor recursos no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, uma vez que tais Cortes modificaram seus entendimentos acerca da temática por diversas vezes, assim como restou verificado por ocasião da promulgação do Novo Código de Processo Civil, que instaurou novos debates acerca do tema.

Para além da instabilidade jurisprudencial e das mudanças legislativas ocorridas ao longo dos anos, a imprecisão conceitual sobre a modalidade *ficta* de prequestionamento adotada nos julgamentos, conforme descrito na seção anterior do presente artigo, também corrobora para uma sensação geral de insegurança em relação ao adequado manejo dos embargos de declaração, recursos especiais e extraordinários.

Dessa forma, é inequívoco que o atual descompasso entre a Suprema Corte e o STJ no tratamento do tema necessita ser resolvido, uma vez que a primeira não admite a existência do prequestionamento *ficto*, enquanto o segundo confirma a sua existência a partir do artigo 1.025 do Novo Código de Processo Civil e da adoção de um procedimento específico para sua caracterização (panorama, inclusive, que já foi invertido ao longo da história dos julgamentos nas instâncias superiores).

Conforme visto, o Superior Tribunal de Justiça atualmente continua a proferir julgamentos que admitem a existência do modelo *ficto* do instituto jurídico ora em análise, tudo isso ao mesmo tempo em que mantém válida sua Súmula nº 211. O que não se coaduna com a referida modalidade de prequestionamento, porém, é o fato de que a Corte Superior vem requisitando que seja satisfeita uma série de exigências, entre as quais se destaca a indicação de violação simultânea do artigo 1.022 do Novo Código de Processo Civil por parte do Recorrente.

Ou seja, se houver realmente a adoção de um posicionamento por parte do Superior Tribunal de Justiça que consagre o instituto na categoria em voga, o que se verifica ao longo da análise dos julgamentos até aqui discutidos, torna-se necessário até

mesmo o cancelamento da Súmula em questão, uma vez que seu teor é totalmente contrário ao conceito de prequestionamento *ficto* e seus ditames.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, a despeito do conteúdo normativo instituído pelo artigo 1.025 do Novo Código de Processo Civil, ainda vem tratando a temática em seus julgamentos a partir do entendimento de que a mera oposição de embargos de declaração é insuficiente para a configuração do requisito de admissibilidade em apreço, inteligência inicialmente capitaneada pela ilustre Ministra Rosa Weber em 2013. Essa interpretação, conforme demonstrada ao longo deste trabalho, é contrária à implementação do instituto processual em categoria notadamente *ficta*, modalidade outrora admitida pela Suprema Corte, inclusive à luz de seus enunciados sumulares.

A partir do momento em que o entendimento citado já não resta mais aceito pelos Ministros da Suprema Corte, resta imperioso que o Supremo Tribunal Federal se manifeste a respeito do prequestionamento e sua variável *ficta*, uma vez que restam esvaziados os conteúdos normativos de suas Súmulas nº 282 e 356, que se outrora autorizavam sua implementação, atualmente não atuam mais no mesmo sentido.

Portanto, além da possibilidade de uniformização da jurisprudência das instâncias superiores, faz-se necessário uma ampla rediscussão dos três enunciados sumulares sobre o tema (súmulas nº 282 e 356 do STF e 211 do STJ), a fim de que seus ditames possam se conformar com o conteúdo normativo estabelecido pela novel legislação processual em seu artigo 1.025 e uma eventual adoção do modelo de prequestionamento em modalidade *ficta*.

Primeiramente, o debate deve ser fomentado a partir do momento em que a súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça (“*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo*”) é contrária à admissão do prequestionamento *ficto* que, como visto, já é aceito pela Corte Superior. A discussão se inaugura uma vez que o enunciado sumular ainda considera a obrigatoriedade de apreciação da questão levantada pela parte recorrente pelo Tribunal *a quo*, requisito contrário ao próprio conceito da modalidade *ficta* em questão, conforme parâmetro já citado neste trabalho.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, que não vem mais adotando a tese de possibilidade de configuração do prequestionamento em sua modalidade *ficta*, possui em seus enunciados sumulares nº 282 (“*É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*”) e 356 (“*O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de*

recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”) orientações claramente conflitantes. Tal assertiva se explica com base na noção de que a primeira súmula em questão também insere requisito condicionante para a configuração do prequestionamento, assim como no exemplo da súmula nº 211 do STJ, enquanto a segunda posição não se configura como um empecilho à admissão do instituto em sua modalidade *ficta*, uma vez considerada a satisfação do requisito a despeito de qualquer tipo de análise organizada pelo Tribunal *a quo*.

Fica clara, portanto, a dificuldade que o tema propõe no cenário recursal das instâncias superiores, assim como a necessidade de rápida solução por parte do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, é de extrema urgência a discussão acerca da correta aplicação do termo “prequestionamento *ficto*” nos julgamentos proferidos pelas Cortes Superiores, ou ainda eventual debate sobre a possibilidade de revisão ou cancelamento dos enunciados sumulares aqui apresentados, porquanto a aplicação de seus termos tem sido objeto de grande controvérsia e gera, diariamente, imensa dificuldade para a lógica de interposição de recursos nas instâncias superiores brasileiras, dada a sensação de insegurança jurídica que emana do tema.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores – 5ª Edição, revisada, atualizada e ampliada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BECKER, Rodrigo Frantz. *Embargos de declaração e prequestionamento*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (org.). *Código de Processo Civil no STF e no STJ: Estudos sobre os impactos e interpretações*, 1ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2018

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 14 de maio de 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14 de maio de 2019.

BRASIL. *Código de Processo Civil: Lei nº 13.105 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro – 5ª Edição, revisada e atualizada*. São Paulo: Editora Atlas, 2019, p.546

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais, Volume III, 15ª Edição revisada e ampliada*. Salvador: Editora Juspodivm.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial, 14ª Edição - Revisada e atualizada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativa ao CPC/1973 – 4ª Edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento – 3ª Edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Civil, Volume Único - 9ª Edição*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017,

NEVES JÚNIOR, Ricardo Carneiro. *Pquestionamento (?) e o Novo Código de Processo Civil*. Revista Juris Plenum, Ano XII, Número 71, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória) – 16ª Edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.