

# CONSTITUIÇÃO E GOVERNANÇA

V SEMINÁRIO

LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO

## ORGANIZADORES

GILMAR FERREIRA MENDES

CARLOS BLANCO DE MORAIS

CESAR CUNHA CAMPOS

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI  
SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR  
OSMAR TERRA  
BENJAMIN ZYMLER  
DOMINGOS FARINHO  
BRUNO ARAÚJO  
FERNANDO MEDINA  
ROBERTO CLÁUDIO  
LEITÃO AMARO  
JOÃO PEDRO GEBRAN NETO  
MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO  
RUI PEREIRA  
RICARDO BARROS  
LUIS FELIPE SALOMÃO  
JOÃO DORIA  
PEDRO PITA BARROS  
FERNANDO LEAL DA COSTA  
PAULO DE TARSO SANSEVERINO  
MURILO PORTUGAL  
MANUEL CABUGUEIRA  
ANTÔNIO ANASTASIA  
ARLINDO CHINAGLIA  
JORGE REIS NOVAIS  
MARCELO REBELO DE SOUZA  
FERNANDO HENRIQUE CARDOSO  
GILMAR FERREIRA MENDES  
CARLOS BLANCO DE MORAIS  
JAQUES FERNANDO REOLON  
RUTH M. P. SANTOS  
MATHEUS PASSOS SILVA  
JULES MICHELET PEREIRA QUEIROZ E SILVA



# CONSTITUIÇÃO E GOVERNANÇA

V SEMINÁRIO

LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO

## ORGANIZADORES

GILMAR FERREIRA MENDES

CARLOS BLANCO DE MORAIS

CESAR CUNHA CAMPOS

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI  
SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR  
OSMAR TERRA  
BENJAMIN ZYMLER  
DOMINGOS FARINHO  
BRUNO ARAÚJO  
FERNANDO MEDINA  
ROBERTO CLÁUDIO  
LEITÃO AMARO  
JOÃO PEDRO GEBRAN NETO  
MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO  
RUI PEREIRA  
RICARDO BARROS  
LUIS FELIPE SALOMÃO  
JOÃO DORIA  
PEDRO PITA BARROS  
FERNANDO LEAL DA COSTA  
PAULO DE TARSO SANSEVERINO  
MURILO PORTUGAL  
MANUEL CABUGUEIRA  
ANTÔNIO ANASTASIA  
ARLINDO CHINAGLIA  
JORGE REIS NOVAIS  
MARCELO REBELO DE SOUZA  
FERNANDO HENRIQUE CARDOSO  
GILMAR FERREIRA MENDES  
CARLOS BLANCO DE MORAIS  
JAQUES FERNANDO REOLON  
RUTH M. P. SANTOS  
MATHEUS PASSOS SILVA  
JULES MICHELET PEREIRA QUEIROZ E SILVA





#### Fundadores

**Gilmar Ferreira Mendes | Paulo Gustavo Gonet Branco**

#### Direção

**Francisco Schertel Mendes**

#### Coordenação Científica

**Gilmar Ferreira Mendes | Paulo Gustavo Gonet Branco**

**Francisco Schertel Mendes**

#### Coordenação Acadêmica

**Alexandre Zavaglia P. Coelho | Jairo Gilberto Schafer**

**Sérgio Antônio Ferreira Victor | Atalá Correia**

#### Coordenação Executiva

**Gabriela Jardim | Cintia Lima**



#### Presidente ICJP e Coordenador Científico do CIDP

**Carlos Blanco de Moraes**

#### Vice-Presidente ICJP

**João Tiago Silveira**

Secretária-Geral Adjunta do CIDP e membro da Coordenação Geral do V Seminário Luso-Brasileiro de Direito

**Mariana Hemprich**

## FGV PROJETOS

#### Diretor

**Cesar Cunha Campos**

#### Diretor Técnico

**Ricardo Simonsen**

#### Diretor de Controle

**Antônio Carlos Kfourri Aidar**

#### Diretor de Qualidade

**Francisco Eduardo Torres de Sá**

#### Diretor de Mercado

**Sidnei Gonzalez**

### FICHA TÉCNICA

#### Organizadores

**Gilmar Ferreira Mendes | Carlos Blanco de Moraes | Cesar Cunha Campos**

#### Editor Responsável

**Sidnei Gonzalez**

#### Coordenação Executiva

**Patrícia Werner**

**Manuela Fantinato**

**Alexandre Moretti**

#### Produção editorial

**Marina Bichara | Talita Marçal**

#### Projeto gráfico e diagramação

**Julia Travassos | Bruna Spolidoro**

#### Edição e revisão

**Isabel Ferreira | Cristina Romanelli**

O conteúdo desta publicação é de responsabilidade dos autores e não reflete, necessariamente, a opinião da FGV.

A divulgação desta edição é gratuita, estando disponível para download no site: [www.fgv.br/fgvprojetos](http://www.fgv.br/fgvprojetos).

ISBN 978-85-64878-48-8

# SUMÁRIO

<b>Prefácio</b> .....	11
<b>Apresentação</b> .....	15
Fernando Henrique Cardoso .....	15
<b>Capítulo 1. Crise da Democracia Representativa e Governance do Sistema Político</b> .....	35
Gilmar Ferreira Mendes .....	37
Carlos Blanco de Moraes .....	43
António Vitorino .....	53
<b>Capítulo 2. Sistema Eleitoral e Governabilidade</b> .....	59
José Antonio Dias Toffoli .....	61
Sérgio Antônio Ferreira Victor .....	67
<b>Capítulo 3. Governance dos Serviços Públicos e da Administração Central</b> .....	73
Benjamin Zymler .....	75
Domingos Farinho .....	81
<b>Capítulo 4. Governance das Zonas Metropolitanas e Mobilidade Urbana</b> .....	99
Bruno Araújo .....	101
Fernando Medina .....	107
Roberto Cláudio Rodrigues Bezerra .....	115

<b>Capítulo 5. Governance do Sistema de Prevenção e Investigação de Crimes Financeiros</b> .....	123
João Pedro Gebran Neto .....	125
Marcus Vinicius Furtado Coêlho .....	141
Rui Pereira .....	157
<b>Capítulo 6. Governance do Sistema de Saúde Pública</b> .....	175
Luis Felipe Salomão .....	177
João Doria .....	185
Pedro Pita Barros .....	189
Fernando Leal da Costa .....	195
<b>Capítulo 7. Governance das Autoridades Reguladoras da Economia e Desenvolvimento</b> .....	201
Paulo de Tarso Sanseverino .....	203
Murilo Portugal .....	211
Manuel Cabugueira .....	231
<b>Capítulo 8. O Presidencialismo de Coalização é Reformável?</b> .....	247
Antonio Anastasia .....	249
Arlindo Chinaglia .....	255
Jorge Reis Novais .....	269
<b>Considerações finais</b> .....	277
Marcelo Rebelo de Sousa .....	277
<b>Anexos. Artigos Apresentados no Grupo de Trabalho</b> .....	281
Jaques Fernando Reolon .....	283
Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva .....	311
Matheus Passos Silva .....	341
Ruth M. P. Santos .....	369

## **NOTA DOS EDITORES**

Esta publicação é resultado do V Seminário Luso-Brasileiro de Direito, realizado nos dias 18, 19 e 20 de abril de 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal. Os textos reunidos nesta compilação foram formulados baseados no conteúdo das palestras proferidas durante o seminário ou a partir de suas gravações, adotando-se as devidas adaptações para a forma escrita. Os textos foram adequados ao novo acordo ortográfico da língua portuguesa, salvo quando solicitada, pelos próprios autores, a preservação das características ortográficas de Portugal e do Brasil. Assim, os artigos que compõem essa publicação expressam as opiniões dos autores, não representando necessariamente a opinião institucional da Fundação Getúlio Vargas. Ademais, gostaríamos de lembrar que a venda deste livro é proibida.

## PREFÁCIO

Esta publicação apresenta os anais do V Seminário Luso-Brasileiro de Direito, realizado em 2017, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público e pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa e com o apoio da FGV Projetos. Os textos aqui reunidos reproduzem o conteúdo das palestras proferidas durante o evento e exprimem debates e reflexões que suscitaram.

Promovido anualmente na cidade de Lisboa, o V Seminário Luso-Brasileiro de Direito é uma importante conferência internacional que reúne juristas, autoridades e especialistas do Brasil, de Portugal e de outros países com o objetivo de tratar das principais questões políticas, econômicas e sociais da atualidade. O evento estimula o diálogo e a cooperação entre Brasil e Portugal para que, a partir desse intercâmbio, seja possível encontrar caminhos e alternativas para lidar com os desafios vivenciados por ambos os países.

O tema da quinta edição foi “Constituição e Governança”, colocando em pauta tópicos sobre a melhoria de serviços públicos, a preservação de direitos fundamentais e o aperfeiçoamento de estruturas políticas, eleitorais e burocráticas, examinando-se, inclusive, os sistemas de governo existentes, com destaque para o presidencialismo de coalizão. Essas questões refletem demandas políticas, econômicas e sociais que desafiam os Estados nacionais, ao mesmo tempo em que inquietam suas populações.

Ao publicar os anais do V Seminário Luso-Brasileiro de Direito, esperamos contribuir para o registro das reflexões e discussões que auxiliam para o aprimoramento dos sistemas políticos, dos modelos de governança e do bem-estar dos cidadãos de ambos os países.

Boa leitura!

Ministro Gilmar Mendes  
Ministro do Supremo  
Tribunal Federal

Carlos Blanco de Moraes  
Presidente ICJP e  
Coordenador Científico  
do CIDP

Cesar Cunha Campos  
Diretor da FGV Projetos



## **FERNANDO HENRIQUE CARDOSO**

Licenciado em ciências sociais com especialização em sociologia, doutor e professor titular pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo e pós-graduado pelo Laboratoire de Sociologie Industrielle, Universidade de Paris. Foi professor em diversas universidades estrangeiras e presidente do Brasil. Atualmente, preside a Comissão Global sobre Política de Drogas, é um dos 12 membros dos Elders, da Academia Brasileira de Letras e do Inter-American Dialogue, além de ser membro consultivo da Clinton Global Initiative, do World Resources Institute e do Thomas. J. Watson Jr. Institute for International Studies da Universidade de Brown.

## APRESENTAÇÃO

FERNANDO  
HENRIQUE  
CARDOSO

### DEMOCRACIA EM CRISE?

Agradeço a honra do convite para abrir este importante encontro luso-brasileiro e felicito os organizadores por terem selecionado temas tão relevantes para as discussões. Acadêmico que fui e político que a vida me levou a ser, tratarei deles mais como alguém que se recorda do que viveu do que como alguém que teoriza. Peço desculpas, portanto, pelo pouco rigor acadêmico das palavras que proferirei.

Começo por recordar os longínquos tempos de 1968. Eu era professor de sociologia, na Universidade de Paris Nanterre, quando chegaram os ventos renovadores daquele maio histórico. Não preciso repetir o que muitos sabem sobre o episódio; mencionarei apenas um fato de pouca importância no contexto geral. Um belo dia – os estudantes em greve e Paris revoltada (antes da reação gaullista) –, chama-me pelo telefone Lucien Goldmann, na época também professor em Nanterre, e pergunta: *“Cardosô, voulez vous venir avec moi a une reencontre des jeunes professeurs de philosophie avec Marcuse?”*. Marcuse estava em Paris para participar de uma homenagem que a Unesco organizara para celebrar o centenário da publicação de *“O Capital”*, a que eu também assisti. Respondi prontamente que sim e, na hora aprazada, encontrei-me com Goldmann.

No encontro, assistimos a algo inédito: a decepção dos jovens professores (eu próprio ainda era jovem...) ativistas culturais da *“revolução de maio”* diante da sólida defesa que Marcuse fez da

importância da leitura dos clássicos. O filósofo não era considerado ainda pela mídia – o que logo depois veio a ser – como o “arauto dos estudantes de maio”, os quais, aliás, o desconheciam; mas já era tido, com razão, como o mentor da onda que levou os universitários americanos a se aliarem ao protesto dos guetos negros, sinal dos novos tempos libertários.

Por que digo isso?

Porque, naquela época, como hoje, tudo o que era sólido parecia se dissolver no ar. Não tínhamos plena consciência, mas sentia-se que havia “novos tempos”; já se pressentia que a revolução tecnológica lançaria os meios de comunicação à frente dos acontecimentos políticos, econômicos e mesmo cotidianos. Não foi apenas a junção da luta dos trabalhadores com o grito libertário estudantil que produziu a comoção político social que se desencadeou sobre Paris. Foi também, senão fundamentalmente, a adesão dos “meios de comunicação” o que transformou um mero episódio universitário em uma comoção nacional. Quando a televisão francesa aderiu à greve, quando os comunicadores tomaram a sério o protesto, os parisienses, as parisienses e a multidão de “forasteiros” que sempre rondam Paris transformaram tudo em uma discussão existencial. Passou-se a debater os efeitos e o sentido da produção econômica e da dominação na vida das pessoas. Então, generalizou-se a pergunta: o que eu quero fazer com a minha vida?

Paradoxalmente, tais questões, típicas dos filósofos existencialistas, sempre atormentados e achando que todos os seres humanos também o são com a finitude da vida e com o sem-sentido do que vem depois dela, embora vigentes no dia a dia daquela Paris debatedora, preocupavam menos as pessoas do que reafirmar que “é proibido proibir”. Certo anarquismo deslegitimava todo tipo de poder, inclusive o intelectual: o próprio Sartre, apesar de seu maoísmo e de sua adesão emocional ao ativismo, foi vaiado publicamente pelos que o ouviram.

Inconformados com o que noutra época se chamou de *malaise* da vida cotidiana e que atormentava muitos parisienses, os manifestantes estavam “contra tudo o que aí está”, desde a modorra

da vida matrimonial, passando pelo formalismo burocrático das instituições e, sobretudo, pelas formas de dominação. Em protestos, passeatas e comícios, guiados frequentemente por símbolos de outra época, como a bandeira negra, os manifestantes cantavam o hino internacional, sublinhando o “de pé, oh, famintos da terra”. Isso numa França que, ao ver dos doutos, recendia prosperidade e orgulho nacional, sob a batuta de De Gaulle, de que se dizia ser o novo Luís XIV, com a diferença de que, enquanto este era mal-amado pelo povo, aquele era herói feito símbolo nacional.

De fato, após a reação radiofônica do general contra “*le chie-em-lit*” que perturbava as ruas, assisti às maiores manifestações até então havidas, com as cores da bandeira francesa projetadas nos céus, para reafirmar “a ordem” detestada por muitos, mas ainda baseadas nos outros tantos que dela se beneficiavam; e, francamente, apelar aos famintos da terra em Paris, em momento de prosperidade nacional, era contar mais com a solidariedade planetária do que com a nacional.

Os novos tempos estavam começando: os tempos de a vontade tentar se impor às instituições e o de as pessoas reagirem como tais: como pessoas. Os participantes dos movimentos libertários sentiam-se menos como massa de manobra de partidos políticos ou como aderentes de um credo do que como indivíduos que desejam opinar e participar. Ultrapassado o momento de catarses, as normas, as instituições voltaram a dominar, mas não como antes, concedendo, aqui e ali, ao que fora desejo de muitos no auge dos protestos. Mais: na dinâmica social, a disposição das gentes contava mais do que a força organizativa dos sindicatos ou dos partidos, que, na França, era imensa. Anos depois de De Gaulle, veio Mitterand, que tentou reviver, à sua moda, o “nacionalismo responsável” do general, com o coração pulsando do outro lado, o do nacionalismo, mais aberto a um futuro diferente, melhor para a maioria.

Digo essas palavras na abertura deste simpósio para recordar que os problemas com os quais nos defrontamos talvez tenham raiz anterior. A revolução tecnológica das comunicações, bem como suas consequências no modo de produzir e, mais ainda, do aumento da produtividade e de tecnificação da produção,

que significa substituir a força humana pela máquina, ao mudar a economia, muda também as formas de sociabilidade e muda a vida política. Não obstante, como aconselhava Marcuse, convém não perder de vista o que os grandes autores sintetizam da história.

Na história, nada se repete, dizem, tampouco se transforma completamente: há no ar outra onda de mal-estar. A que levou os americanos, respeitosos de suas regras eleitorais pouco sensíveis à votação majoritária, a eleger Trump. Votaram nele graças, especialmente, à irritação do *Rust Belt* com os cidadãos que estavam felizes com a internacionalização. Ou que levou os ingleses a preferirem a *Old Great Britain* – a orgulhosa Albion – à burocracia de Bruxelas. E sabe Deus onde mais a saudade de um passado onírico derrotará os mais “modernos” e procurará voltar ao que não mais pode ser. No fundo, a mesma imposição da vontade, “o que eu quero, eu posso fazer”, como se houvesse um espírito nietzschiano a pairar sobre nós, mas com sinal invertido: em Nanterre, eram os jovens, a “nova esquerda”; nos Estados Unidos ou na Inglaterra, são os mais velhos, a velha direita, os inconformados com os malfeitos da globalização, as vítimas da *mondialization malhereuse*.

É com essa perspectiva que quero abordar a crise da democracia política contemporânea. As sociedades ocidentais formaram-se na convicção de que a democracia é um valor e é a melhor forma de organizar a relação entre quem manda e quem obedece, dando-lhe legitimidade. Sendo a melhor, por que não universalizá-la? Ao mesmo tempo, a cultura democrática reconhece que as formas políticas sozinhas não são suficientes para atender ao outro valor que o Século das Luzes propôs e o dezenove nos legou: o da igualdade entre as pessoas, com a preservação da liberdade individual.

O velho diálogo entre “direito natural” – inerente aos indivíduos – e “direito positivo” perpassa os séculos. Há impulsos que talvez provenham da natureza humana; assim como há regras, feitas pelo homem, para evitar o *homo homini lupus*. É assim que a democracia e suas regras, asseguradas por uma Constituição, devem dar espaço à liberdade individual, limitando-a para dar

cabida à liberdade dos demais. A democracia moderna, ao mesmo tempo, reconhece que, sendo necessária, não é suficiente: é preciso que se construam condições objetivas para lograr maior igualdade social.

Os impulsos difusos e dispersos das pessoas, ainda mais em tempos de Internet, levam-nas a agir sem necessariamente respeitar regras estabelecidas. Reconhecer esses impulsos é conveniente e dar-lhes cabida é necessário, sob pena de fossilização das instituições da democracia. Por outro lado, descreer das construções do espírito das quais resultam as instituições e acreditar na pura vontade de cada um que se agrega a um movimento social traz risco de anarquia e do ressurgimento do *homo homini lupus*.

Em vez de perguntar como tornar universalmente compulsória a democracia – como se esta fosse uma entidade fixa a que um imperativo da razão obriga –, talvez seja melhor tentar ajustar nossas ideias sobre suas instituições à emergência das novas formas de comunicação e sociabilidade criadas pelo mundo contemporâneo, que mudaram as formas de produção e os modos de associação entre as pessoas. Os ajustes políticos requeridos não supõem a recusa das formas representativas, muito menos a eliminação dos valores democráticos fundamentais de primazia da decisão popular, de liberdade e de igualdade.

Há que se englobar na democracia representativa aspectos de democracia direta, como já se registra há longa data, especialmente por Bobbio, e de manter a liberdade das pessoas existirem em sua individualidade e, ao mesmo tempo, de pertencerem a um coletivo e de sentirem-se responsáveis por ele.

Nos tempos atuais (que podemos qualificar de “tempos contemporâneos”, para distingui-lo dos “tempos modernos”), o problema é como recriar a relação entre quem manda e quem obedece de forma que inspire confiança nestes últimos e deles derive a legitimação da ordem, em sociedades cujas formas de sociabilidade se redefiniram, graças às inovações tecnológicas, com as “conexões a distância”, que formam “sociedades em rede”.

Nestas, as formas de sociabilidade se redefinem como as “conexões à distância” e colocam em dúvida o que a razão e a *práxis* política construíram como expressão da melhor maneira de ajustar a vontade das pessoas: a democracia representativa. Está em marcha um processo complexo de descrédito das instituições tradicionais da democracia, o que requer a reinvenção das formas de se fazer política, posto que se descrê dos partidos e da representação da vontade da maioria que eles expressariam. É uma crise dos partidos e das instituições que garantiam a legitimidade da vontade popular por meio do voto e da representação política.

Tal crise ocorre principalmente no mundo ocidental porque atinge o cerne de sua cultura política. Nesta, a liberdade dos indivíduos, assegurada por leis autonomamente estatuídas, deu lugar a uma ordem institucional que define como se alcança o poder, por quanto tempo e sob que condições, para evitar que a vontade dos poderosos domine a cena sem contrastes.

O mal-estar contemporâneo se verifica também nos países de “economia emergente”, tanto nos de raiz ocidental (América Latina) quanto nos que se ocidentalizaram, como em alguns países asiáticos. Dada a unificação tecnológica dos modos de produzir, de consumir e de comunicação, ele pode afetar também, mas de outra maneira, sociedades e culturas distintas das ocidentais.

Tal pode a vir a ser o caso da China ou da Rússia, e já houve consequências no mundo árabe.

Saltemos os séculos. O importante é que, com essas e outras ideias democráticas o que o mundo ocidental decantou como formação política, foi um sistema eleitoral, em geral representativo, que expressaria, pouco a pouco, as realidades sociais e econômicas. Os clubes mais ou menos elitistas dos que chegavam à representação política nacional até meados do século XIX acabaram por se transformar em partidos, e estes, a expressar as diferenças de posição social de seus integrantes e daqueles a quem se propunham a representar.

Com percursos diversos, a democratização das sociedades ocidentais e os avanços do capitalismo competitivo sedimentaram interesses sociais e econômicos que, por meio de partidos - e

não mais de clubes políticos aristocráticos –, lutavam pelo poder. Com nomenclatura variável, a pugna se dava entre “liberais” e “conservadores”; mais tarde entre social-democratas, ou que nome tivessem os partidos “dos trabalhadores”, e os mais próximos das classes médias ou dos proprietários, “radicais” e “conservadores”.

Foi esse o mundo político-institucional que o século XX herdou do século XIX, com variantes de país para país. Nos albores do século passado, as instituições políticas incorporaram o que, no século XIX, eram mais ideias do que práticas partidárias. Mais tarde, houve uma fragmentação vigorosa entre comunistas e democratas, de gama variável, propondo mais do que a alternância no poder, mas mudanças estruturais nas formas de organização social e econômica. Ao mesmo tempo, renasceu a ideia de um partido condutor, seja o comunista, que representaria os anseios da “única classe” portadora do futuro – a operária –, sejam os partidos nazifacistas, com a visão mais voluntarista do “grande homem” como condutor da história. De toda maneira, a estrutura social expressava-se nos objetivos propostos pelos partidos, que refletiam, mesmo que palidamente e de forma simplificada, os embates que ocorriam na sociedade.

Esse modelo extremou as diferenças entre uma esquerda mais revolucionária (comunista com variantes) e uma direita conservadora e pró-capitalismo, ficando espremidas no centro tendências democráticas com variáveis graus de sensibilidade popular. Deu lugar também a uma luta feroz entre regimes democráticos e formas de totalitarismo, custou guerras e revoluções, quer não se justificavam apenas pela relação ou pelas diferenças entre sistemas econômicos e políticos: o nazismo e o fascismo sustentaram economias capitalistas e produziram cisões mais políticas do que econômicas. Com esses embates e com as lutas pela preservação dos ideais de liberdade, individualidade e controle dos sistemas do poder pelas maiorias, o mundo ocidental moldou sua cultura política e encontrou racionalização para defender suas instituições de governo no século XX.

Na segunda metade do século XX, especialmente dos anos 1960 em diante, os temas da igualdade cresceram muito. Na primeira metade do século, impôs-se a extensão aos trabalhadores das garantias sociais e econômicas que setores das classes médias já haviam alcançado, tendo como porta-vozes partidos socialistas e social-democratas de variadas gamas. Já nos países menos desenvolvidos, as lutas em prol das classes médias e dos trabalhadores acentuavam a necessidade de inclusão das massas rurais e dos pobres à sociedade. Pregava-se o fim do trabalho incerto, a existência de cobertura social para a saúde, a universalização da educação, que se garantissem as aposentadorias, que se fizesse a reforma agrária, e assim por diante (conquistas em marcha nas sociedades mais desenvolvidas).

Frequentemente, nos países menos desenvolvidos, o jogo de poder era movido, mais do que por partidos, por movimentos chefiados por caudilhos populistas que questionavam a ordem vigente em nome dos referidos ideais. Mais para o fim do século, ultrapassando os temas da igualdade econômica, tanto nos países desenvolvidos como em alguns dos menos, a luta primou pela aceitação das diversidades culturais, a partir do princípio da igualdade básica entre os seres humanos. Nesse âmbito, avançou o feminismo, plataforma libertadora importantíssima, a luta pelos "direitos civis" nos EEUU, ou seja, o fim das discriminações legais contra os negros e a incorporação crescente dos indivíduos à cidadania, até chegar-se, mais recentemente, à luta por um lugar ao sol para os gays e para a "comunidade LGBT". Ao mesmo tempo, com a internacionalização da economia, as questões ambientais globais se incorporaram ao novo ideário.

No plano das relações internacionais, as antigas aspirações do Estado-nação e a primazia do interesse de cada um deles, que, a miúdo, levou a guerras, foram sendo atenuadas pela criação das Nações Unidas pela colaboração crescente entre blocos de países, cujo melhor exemplo foi a União Europeia de 1993, e pelo fortalecimento de variantes do espírito internacionalista.

Enquanto isso, coincidiu com a expansão das empresas multinacionais, sedimentando na percepção dos povos que a globalização econômica, a solidariedade internacional e tolerância à diversidade formavam um bloco único e seriam características dos “tempos contemporâneos”.

Durante o tempo em que durou a polarização entre Comunismo e Capitalismo ou entre Totalitarismo e Democracia, até ao final da Guerra Fria, esse embate jogou nuvens na compreensão das transformações profundas que estavam ocorrendo: o maio de 1968 ainda pertencia, nesse sentido, aos “tempos modernos”.

À medida que a “ameaça comunista” esmaecia e que a China se envolvia na busca por um “desenvolvimento harmonioso”, da possibilidade de convergência de interesses entre os países hegemônicos e em evitar a armadilha de Tucídides (ou seja, novas guerras para cimentar sua ascensão ao mundo dos grandes) – e especialmente com o fim da União Soviética –, o mundo em geral (e o Ocidental em particular) bateu de frente com as tensões próprias do novo momento da História: o que parecia suficiente para sustentar as crenças democráticas vigentes de reorganização do Estado e da Sociedade, a fé em que haveria legitimidade no mando, a despeito das diferenças de posição de uns e outros na estrutura social e econômica, começou a ser abalada. Daí por diante, tudo voltou a ser em causa: as pessoas passaram a conhecer melhor o metabolismo do poder e da economia (graças aos avanços da comunicação e ao gozo das liberdades) e a descreer na capacidade dos que mandam de ouvir seus interesses, tal como expresso pelas instituições democrático-representativas e pelas organizações da sociedade civil. Começou a busca tateante pela “expressão direta” da vontade das gentes.

Deixem-me voltar às reminiscências para falar sobre os efeitos desta crise no Brasil antes de voltar às questões mais gerais e de concluir.

Sem entrar em pormenores, concentro-me na área política: apesar dos inequívocos avanços no processo de democratização (qualquer que seja a dimensão que se tome dele), o fato é que, desde a primeira eleição pelo voto direto, em 1989, dos quatro

presidentes popularmente eleitos, dois sofreram processos de *impeachment*, o que, em si, já é preocupante; mais ainda levando em conta que se atribuía a um dos presidentes a condição de pertencer ao “campo da direita” (Fernando Collor) e ao outro (Dilma Roussef), ao “da esquerda”, e ambos não caíram por pressões de movimentos ideológicos com repercussão no Congresso. Este, nos dois casos, era composto por deputados mais atentos a reivindicações corporativas, negociando com o Executivo por meio de “frentes pluripartidárias”, como a dos ruralistas, a da saúde etc., do que por meio de partidos portadores de uma visão do mundo. Em ambos os casos de *impeachment*, houve alegações de corrupção, mas o certo é que os presidentes caíram porque perderam as condições políticas para governar.

Por quê?

No Brasil, os partidos, mesmo os que se alinham à esquerda, funcionam mais “à la americana”, como máquinas eleitorais, apoiadas em organizações intermediárias (igrejas, prefeituras, clubes de futebol, sindicatos, empresas etc.) que coletam votos, como marcos orientadores de escolhas ideológicas a serem feitas por eleitores informados e independentes. A conexão entre os partidos - ou melhor, entre os convidados e a população - se dá nas campanhas eleitorais. Nestas, os ouvidos do povo se abrem e as correntes partidárias têm acesso aos meios de comunicação, pois a lei eleitoral lhes dá acesso gratuito, o tempo disponível nos rádios e nas TVs variando conforme o tamanho das bancadas. Como a Constituição assegura livre organização dos partidos, esse acesso privilegiado tornou-se motivo adicional para a proliferação de agremiações partidárias e de alianças espúrias entre elas. Alianças eleitorais se formam amiúde, com transações pecuniárias entre candidatos e partidos, sem outro cuidado que o de aumentar o tempo de propaganda disponível.

Se, no início da redemocratização, havia menos de dez partidos, hoje há cerca de 40, dos quais mais de 30 funcionando na Câmara dos Deputados.

Dessa forma, à fragmentação da sociedade, produzida pela intensa divisão social do trabalho e pela mobilidade social, acrescenta-se a fragmentação partidária, mas sem a conexão entre uma e outra. Só para exemplificar: desde a redemocratização, embora, por lei, os presidentes devessem obter maioria absoluta do eleitorado, seja no primeiro turno (meu caso), seja no segundo (casos de Collor, Lula e Roussef), os partidos dos presidentes eleitos obtiveram na Câmara de Deputados apenas os 20% do total de cadeiras, o que leva à necessidade de alianças parlamentares para que o governo forme uma maioria: eis o leito de Procusto dos regimes presidencialistas em sociedades de massas com partidos relativamente débeis.

O Presidente se vê forçado a entabular negociações com os parlamentares de vários partidos para repartir funções no Executivo, negociações pouco apreciadas pela população e que são desvendadas no dia a dia pelos meios de comunicação, processo que, ainda por cima, induz a criação de mais partidos para que agregados de deputados negociem com o governo postos no Executivo.

A diferença entre os anos 1990 e os atuais é que essa comunicação hoje não é apenas a tradicional, mas a do Twitter, Facebook, Instagram e o que mais se invente para permitir a comunicação direta. Se, no passado, o governo havia que cuidar das editorias de mídia escrita, da TV e dos grandes comentaristas políticos, atualmente cada cidadão é um ator, e o que ele expressa, certo ou falso – não há curadoria que nos diga –, pesa na formação da opinião pública.

Como manter a confiança e a legitimidade do mando em tais circunstâncias? Esta é a esfinge da democracia contemporânea. Não basta o voto, que, não obstante, continua a ser indispensável para aferir maiorias; não se pode minimizar a representação, posto que, se o fizermos, estaremos entre o “poder pessoal” e o vaivém da massa. É necessário, portanto, valorizar formas de comunicação e de participação direta que permitam às pessoas, pelo menos nas questões centrais, manifestarem-se e se comprometerem com as decisões. Ao mesmo tempo e paradoxalmente, cresce o

papel (ou o vácuo) das lideranças: se estas não são capazes de se conectar no dia a dia não apenas com as forças organizadas, mas com as pessoas, sua capacidade de resistir aos movimentos de opinião diminui e sua ação pode ser engolfada rapidamente pela voracidade e velocidade das mudanças de circunstância ou do clima político.

Quem manda precisa estar atento o tempo todo aos sinais que a sociedade emite. Às vezes, em plena expansão do consumo e do bem-estar social, brotam irritações de ordem moral: a corrupção e o desmazelo com a coisa pública podem ser tão letais quanto o desemprego. Mais ainda: mesmo fatores de insegurança real ou psicológica contam para minar o poder. Reações como “Olha a massa de imigrantes a tomar meu emprego!” ou “As fábricas estão criando emprego em outros países”, ou, generalizando, “A globalização é a causadora de todos os males” se propagam. Logo, seria melhor, dirão os saudosos de um passado do qual as pessoas guardam uma memória menos dramática, a volta ao bom e sadio nacionalismo, e concluirão que o excesso de conquistas populares ou identitárias destrói as tradições do país.

Desde minha experiência com o maio de 1968, andei às voltas com entender as mudanças sociais sem limitar as explicações às contradições na infraestrutura ou ao choque entre capital e trabalho. Os curtos-circuitos podem ocorrer em distintos setores da sociedade, inclusive nos que, em linguagem marxista, seriam considerados superestruturais: no plano da cultura e da moral, por exemplo. Claro, existe uma conexão entre as partes, mas, nas sociedades regidas pela comunicação em massa, qualquer simplismo nessa matéria leva a tropeços.

No começo desta já longa exposição, falei na irritação do “*Rust Belt*”, não só com o eventual desemprego, mas com o descaso dos vitoriosos da globalização. No que diz respeito ao último episódio de *impeachment* no Brasil, as primeiras manifestações que terminariam por levar ao desgaste e à posterior destituição da presidente Rousef surgiram em 2013, muito antes que a opinião pública tomasse conhecimento dos desastres econômico-

financeiros que afligiam o país.<sup>1</sup> Elas começaram a partir de reivindicações estudantis (o passe-livre nos transportes) e, em seguida, por causa da irritação da classe média com a corrupção.

Isso não impediu a reeleição em 2014 (as máquinas e o dinheiro funcionam...), mas levou à perda subsequente do poder. A perda de confiança levou à paralisia de decisões, e esta, ao desenlace. Quando as insatisfações com a política econômica e com o desemprego entraram em cena, a conexão entre a irritação popular, o desgaste político e o *impeachment* se tornaram fáceis.

Como recriar a confiança na democracia (inclusive a formal, representativa) abrindo espaço à manifestação das pessoas para obter sua adesão às políticas públicas é a questão. Só a confiança assegura que a legitimidade do voto se mantenha e, com ela, as condições para o poder ser exercido com a estabilidade necessária para cuidar das pessoas que contam para o povo. A popularidade é indispensável para ganhar as eleições; a credibilidade, para o exercício do poder; as duas juntas, melhor.

Mais recentemente, com a vitória de Trump ou a do Brexit, o ressentimento surdo de quem sentia perder espaço na sociedade com as formas atuais de integração econômica e de internacionalização das decisões, e mesmo o medo do futuro, reviveu o que os comentaristas deram por chamar de “populismo de direita”, fenômeno bem diferente do populismo norte-americano. Este, mesmo sendo um movimento acima de partidos e personalizado, procurava mover-se no âmbito do progressismo político. O novo populismo, antes de ser “de direita” (sendo-o), é um movimento defensivo - de medo do futuro - que, talvez sem querê-lo, está destruindo a fé na democracia.

Pesquisas mostram (e a tendência se repete em diferentes países) o imenso descrédito das instituições democráticas e a reapreciação das forças repressivas. Por exemplo, nos EEUU, os dados do Gallup, segundo Bell Bishop no site do The New York Times de 3 de março último, o Governo como instituição, de um pico de aprovação de 72% em 1995, caiu a 36% em 2016.

---

1 Ver o artigo de Winter, Brian, *Revisiting Brazil's 2013 protests: what did they really mean*, *Americas Quarterly*, 2 mar. 2017.

A Suprema Corte perdeu quase 10 pontos percentuais de aprovação em 40 anos, passando dos 45% a 36%. Os militares, entretanto, mantêm-se acima de 70%! E mesmo a polícia vai de 52% em 1995 para 56% em 2016. O Congresso é o campeão de salto no abismo: atingiu, em 2016, apenas 9% de sustentação. Mesmo instituições como as escolas públicas, que, nos anos 1970, alcançavam 58% de aprovação, hoje obtêm magros 30%, para não falar dos bancos, que, se obtiveram 60% na década de 1980, hoje mal chegam a 27%.

Não são diferentes as tendências no Brasil, e tal descrédito se joga contra quem quer que esteja no poder. Mal foi deposta Dilma Rousseff, é sobre o novo presidente, Michel Temer, que fora vice da presidente deposta, que se concentram as forças críticas da sociedade. E não é assim na França, onde o antigo prestígio dos partidos de referência, os socialistas e os republicanos conservadores, se derrete com a subida de Le Pen e de um "político emergente", Macron? E acaso Wilders não põe em cheque o *establishment* democrático-liberal e o conservador da Holanda? E a Áustria não oscilou entre o autoritarismo de um candidato e os amores verdejantes de outro? Isso para não falar da Polônia ou da Hungria, onde a "direita" vence. Onde está a força dos velhos partidos?

No Brasil, na Câmara atual, somando-se os três principais partidos, a saber, Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), não são ocupadas 200 das 513 cadeiras, e, pior, não se somam nas votações. O eleitorado flutua ao sabor dos fatos do dia, e a antiga polarização PT/PSDB se baseia em partidos que, segundo a última pesquisa de opinião, têm a preferência de 15 e 8% dos eleitores, respectivamente, e são os que maior número de adeptos possuem... Não é em instituições que o povo confia. Eventualmente, confia, ou vota, em pessoas, até que elas cheguem ao mando.

Dá para enfrentar os desafios? Começo pelo mais geral. Reconhecendo que a gangorra do poder global está sofrendo modificações e que a ordem econômica liberal e suas instituições políticas estão sob a mira, Joseph Nye insiste que não há razões para acreditar que os Estados Unidos se retraiam de seus compromissos de sustentar a ordem global:

*“Os Estados Unidos continuarão a ter a liderança do poder militar nas décadas futuras. (...) As garantias de segurança dadas pelos EEUU na Ásia e na Europa continuarão a assegurar as condições básicas para a estabilidade que assegura a prosperidade da ordem liberal. (...) Mesmo que a globalização econômica venha a ser mais lenta, a tecnologia está criando uma globalização ecológica, política e social que requer respostas cooperativas.”<sup>2</sup>*

Com otimismo e reconhecendo a *driving force* das novas tecnologias, por que não perguntar: acaso elas não podem ser instrumento para revitalizar as práticas democráticas no mundo ocidental? Esta parece ser a aposta otimista, algo ingênua, do grande cientista político americano, criador da noção de *soft power*.

Diante de uma observação de Francis Fukuyama sobre a conjuntura (o populismo – diz ele – existe porque as instituições são conduzidas pelas elites, e agora, com a Internet, as elites estão perdendo o controle necessário para que a democracia funcione), é melhor concordar com Nathan Gardels, quando diz no mesmo *World Post* que recolhe as opiniões de Fukuyama: “Eu gostaria de acrescentar que o grande perigo hoje é a confusão de populistas ardorosos, uma elite irresponsável e fora de controle – que corretamente deve ser derrubada –, com uma elite educada e experiente de que toda a sociedade numerosa necessita para governar”.<sup>3</sup> Era nesta, acrescento, que se mostravam esperançosos os *Founding Fathers* quando propunham a democracia representativa.

Melhor, penso, deixar à margem o fatalismo implícito no triunfo da Vontade nacional pouco ilustrada e reafirmar certo otimismo esperançoso de que as instituições democráticas contemporâneas possam ajustar-se a princípios baseados na razão, mas que aceitem a vontade das pessoas. Eu acredito que o desafio para os cientistas sociais, pensadores e políticos não é o de se conformarem com a

---

<sup>2</sup> “The United States will remain the world’s leading military power for decades to come (...) US security guarantees in Asia and Europe provide critical reassurance for the stability that underlies the prosperity of the liberal order (...). Even if economic globalization were to slow, technology is creating ecological, political, and social globalization that will all require cooperative responses.”, Joseph Nye, in *Will the liberal order survive?*, *Foreign Affairs*, fev. 2017.2

<sup>3</sup> “I would add that the great danger today is conflation by fervent populist corrupt, out-of-touch and unresponsive elites – that rightly should be overthrown – with a learned and experienced elite that any larger society needs to govern”. Gardels, Nathan, *U.S. Founders Entrusted Elites to Save Democracy From Itself*, in *The Global Post*, weekend round-up, fev. 2017.

“ruína da democracia”, mas o oposto. A despeito de ser necessário reconhecer que há escolhas irracionais, ainda é possível crer, como Pascal, na interpretação de Michel Lebrun,<sup>4</sup> que a razão pode nos guiar nas apostas. Dois exemplos, apenas.

No plano político, Tony Blair deu um sinal de alerta no *The New York Times*.<sup>5</sup> Compartilhando a visão de que boa parte do eleitorado está assustada com a globalização e com a escala, o escopo e a velocidade das mudanças, que deslocam empregos e fraturam as comunidades, que dissolvem as antigas diferenças de raça, nação e identidade cultural, reconhece que há uma reviravolta favorável ao “populismo de direita”.

Este se forma apoiado por uma coalizão composta tanto por antigos “esquerdistas” das classes operárias que se sentem deixados à margem pela História quanto por “direitistas tradicionais” que sempre odiaram o liberalismo. Ambos coincidem em um nacionalismo que se opõe às alianças internacionais e procuram uma figura autoritária forte, que atue em favor dos descontentes, sem se preocupar com o que o establishment pensa a respeito. Para Blair, estaríamos presenciando uma transformação, que, menos do que econômica, é cultural, na qual se para alguns setores de trabalhadores o *big business* é o demônio, para certos segmentos conservadores da população é a imigração que cumpre esse papel.

Não há novidade no diagnóstico, mas há na reação a ele: há diferenças na motivação do novo populismo entre os eleitores da antiga esquerda progressista e os que permanecem na direita conservadora, embora as consequências políticas coincidam: o novo populismo paralisa o “centro” (tanto o centro-esquerda quando o centro-direita), que é percebido como administrador do *status quo*, numa era em que o povo quer mudanças. É preciso mudar essa dinâmica. Como?

Os novos centristas, acredita Blair, devem ter políticas para a imigração, reconhecer os perigos do islamismo radical e não ser

---

4 Ver Lebrun, Gérard, Pascal, *tours, detours et retournements*, Beauchesne, Paris, 2016.

5 Blair, Tony, *Against Populism, the Center Must Hold*, *The New York Times*, op. ed., 3 mar. 2017.

obsessivos nas causas de identidade de gênero; sobretudo, devem mostrar-se como arautos da mudança, fortalecendo uma aliança simbólica entre as forças condutoras da revolução tecnológica (o *Silicon Valley*) e os responsáveis pelas políticas públicas no governo.

Com essa agenda, as políticas do centro progressista deveriam ser populares, não populistas, e abrir um espaço de esperança. Não haveria por que cruzar os braços, portanto, diante da vaga reacionária.

A partir de outras perspectivas, alguns cientistas políticos contemporâneos, sem negar o progresso tecnológico, vêm propondo utilizá-lo para aproximar os eleitores do processo decisório e dar, assim, maior confiabilidade às políticas públicas. Não é o caso, nesta palestra, de fazer um balanço desses esforços. A título de exemplo: desde os trabalhos de Robert Putnam e dos muitos que se ocuparam com as novas formas de sociabilidade e com o foco nas práticas democráticas comunitárias, como o livro de J Fishkin chamado *When People Speak*, uma enorme quantidade de estudos sobre decisões consensuais no nível local vem sendo proposta, com o reconhecimento de que as novas tecnologias permitem a aproximação entre as pessoas e os tomadores de decisão. Mesmo práticas de resultados incertos, como as experiências de orçamento participativo no Brasil, despertam a atenção e indicam um caminho de revitalização democrática.

Entretanto, o desafio atual é maior. Não se trata apenas de focar na comunidade, mas de reagir ao pessimismo derivado do medo da globalização e da desconfiança nos *establishments* do poder, criando alternativas políticas que abram espaço para melhorar a vida das pessoas e dar-lhes voz em algumas decisões. Não creio que se possa substituir por um vago “internacionalismo” a força agregadora do estado-nação que existe nos países que têm o sentimento de soberania e de partilhar um “destino comum”, mas é descabido imaginar que o projeto do futuro seja a volta ao passado dos nacionalismos e autoritarismos.

É preciso ousar: diminuir, por exemplo, a duração do trabalho nos países de economia madura e oferecer um salário básico

aos que estão fora do mercado, dar-lhes novas oportunidades de treinamento, melhorar a qualidade das políticas públicas e da avaliação de seus resultados (especialmente nas áreas de segurança, saúde, educação e transportes) e, sobretudo, não desistir de políticas que levem maior igualdade econômica à sociedade. Se isso for feito com uma visão tecnocrática, tampouco satisfará o desejo de inclusão e de participação. Rejeição similar ocorre quando os proponentes das novas abordagens carecem de base moral para falar em nome de uma ordem política renovada. As maiorias populares precisam sentir que “os que governam estão do meu lado”. Sem isso, as boas intenções tecnocráticas morrerão no ceticismo e no niilismo das pessoas.

Disse no início que é preciso voltar a crer na razão, mas numa razão modesta, que se incline diante das manifestações da vontade das pessoas para melhor compreendê-las e que não tema os imprevistos, mas trate de entendê-los. Tecnologias para gerir as coisas de Estado existem, assim como também existem modos de focar na participação local e mesmo no eleitorado mais amplo, e dar-lhes escuta. Não é preciso entregar as decisões de governo aos sabores do momento ou aos *mobs* eletrônicos.

A democracia contemporânea terá que se basear num individualismo de novo tipo, que não se resume à busca da satisfação pessoal (o “individualismo possessivo”), mas se abra a dimensões participativas; que reconheça o coletivo, dê espaço à vontade individual na feitura das regras da polis, mas que reconheça que, sem o senso da responsabilidade social e o respeito ao sentimento das maiorias, o entrechoque das vontades pessoais leva apenas a ditaduras.

Há alternativas contemporâneas para garantir a liberdade, a individualidade e os propósitos coletivos. Trabalhemos nessa direção.





# CAPÍTULO 1

## **CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E GOVERNANCE DO SISTEMA POLÍTICO**

GILMAR FERREIRA MENDES

CARLOS BLANCO DE MORAIS

ANTÓNIO VITORINO



## **GILMAR FERREIRA MENDES**

Possui graduação e mestrado pela Universidade de Brasília e mestrado e doutorado pela Universidade de Münster. É ministro do Supremo Tribunal Federal, professor do Instituto Brasiliense de Direito Público e da Universidade de Brasília, professor visitante da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, colaborador do Centro de Investigação de Direito Público e membro permanente da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito.

## CRISES E REFORMAS ELEITORAIS

Há muitas coincidências nas análises críticas do sistema eleitoral brasileiro e do deficit de democracia representativa no modelo europeu, um dos temas centrais do debate sobre a reforma da União Europeia. Por outro lado, também é inegável que o Brasil possui suas peculiaridades.

No Brasil, existe um falseamento da democracia partidária. A relação com o estigma inicial do bipartidarismo forçado, imposto pela ditadura em 1965, é evidente. Isso levou a um casamento quase indestrutível com a ideia de um multipartidarismo,<sup>1</sup> o que contaminou, inclusive, decisões do Supremo Tribunal Federal.

Por mais que não denunciem todos os aspectos da distorção, os números são reveladores: atualmente, há 28 partidos representados no Congresso Nacional, 18 constituem a base do governo, 35 registrados na Justiça Eleitoral e 50 partidos que desejam obter registro. Deve ser empreendido, portanto, um esforço no sentido de iniciar uma reforma política que estruture os partidos políticos.

### O ACÚMULO DE CRISES E SEUS EFEITOS

Assim como em diversos outros países, o Brasil apresentou mudanças na questão do plebiscito ou referendo, e até mesmo na participação popular. Os movimentos populares iniciados em

---

<sup>1</sup> O pluripartidarismo foi estabelecido pela lei federal nº 6.767, em 1979.

2013 tiveram como estopim o acréscimo de R\$ 0,20 ao preço da passagem de ônibus e metrô em São Paulo. A partir desse momento, a população passou a dialogar com o sistema, que, até então, parecia impermeável, e a reunir milhares de participantes em manifestações por todo o país. O sistema político não estava habituado a lidar com tal fenômeno, que é o exercício do direito de manifestação em uma democracia participativa.

Em contrapartida, o acúmulo de crises tem permitido que se fale, no Brasil, de uma “tempestade perfeita”. Com o decréscimo na economia, que impacta cerca de 7% do PIB, e o desemprego, que atinge 13 milhões de pessoas, há uma evidente dificuldade no encaminhamento de reformas – o que é natural, já que não é simples a realização de uma autorreforma.

Como consequência, surgem proposições simplórias, como a de criação de uma Assembleia Constituinte. A Constituição de 1988, por exemplo, já propunha uma revisão constitucional após cinco anos, mas somente seis emendas foram aprovadas e, dentre elas, apenas uma foi efetivamente útil: a que hoje chamamos de Desvinculação de Receitas da União (DRU), responsável pela liberação de recursos com o objetivo de consolidar o Plano Real. Mesmo com a possibilidade, naquele momento, de se fazer uma reforma por maioria absoluta, o resultado final foi de pouco significado. Além disso, é importante ressaltar o patrimônio institucional acumulado ao longo dos quase 30 anos da democracia constitucional no Brasil – o mais longo período de normalidade institucional da vida republicana, e talvez da vida institucional do país. Tamanha riqueza não pode ser agora descartada com uma Assembleia Constituinte.

## **ALTERNATIVAS AO SISTEMA ELEITORAL**

Entre os diversos sistemas eleitorais existentes, há dois modelos de disposição de candidatos: a chamada lista preordenada fechada ou flexível e a lista aberta. O sistema de eleições proporcionais de lista aberta só existia no Brasil e na Finlândia. Hoje, outros países aderem a esse modelo, mas o Brasil, ao adotar a coligação para o sistema político eleitoral, conseguiu pervertê-lo e gerar consequências gravíssimas.

No momento, começam a ser discutidas alternativas ao sistema, tendo em vista imperativos que se colocam para as eleições de 2018. No entanto, começam também a surgir diversos comentários equivocados, como, por exemplo, a respeito da possibilidade de se eleger um candidato “escondido” com a lista preordenada, ainda que essa mesma prática já exista no modelo de lista aberta.

## **O FINANCIAMENTO DE ELEIÇÕES**

Outro tema que apresenta margem para equívocos é a questão do financiamento de eleições, sobretudo devido ao mito de que, no Brasil, sempre foi permitida a doação por parte de pessoas jurídicas. No entanto, essa prática foi expressamente proibida até a eleição do presidente Fernando Collor de Mello. Há relatos, inclusive, de que a doação informal pelo chamado caixa dois era um ato de resistência por parte das empresas, a fim de fortalecer o partido de oposição. Essa era, portanto, uma prática admitida até a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) de 1992, destinada a apurar denúncias contra Collor e Paulo César Farias. Nesse momento, a recomendação indicou a mudança do sistema em nome da transparência e do maior controle com registro na Justiça Eleitoral.

Na legislação, prometiam-se limites nunca aplicados para os gastos de campanhas, que se tornaram cada vez mais caras e técnicas. Um exemplo são os valores declarados nas últimas eleições pelos candidatos Dilma Rousseff e Aécio Neves – que indicam, ao mesmo tempo, a aproximação de um modelo de maior transparência eleitoral, encerrando o ciclo do caixa dois. O Supremo Tribunal Federal (STF) interveio também nessa seara, a fim de conduzir uma reforma que atenda a essa demanda e de declarar a inconstitucionalidade da lei que permitiu o financiamento eleitoral. Essa é, no entanto, uma decisão um tanto quanto simbólica, porque não houve número suficiente para declarar a restrição de efeito, o que significa que todos os eleitos com base nessa lei estão com o seu mandato comprometido. Tal debate não teve continuidade, pois seria necessário um novo modelo de financiamento para uma democracia que dá sinais de deficit. A explicação pode ser fornecida com um simples exemplo:

a campanha presidencial de Dilma Rousseff, que arrecadou formalmente R\$ 360 milhões, recebeu apenas R\$ 800 mil em doações de pessoas físicas.

## **INCOMPREENSÃO DO JUDICIÁRIO**

Igualmente problemática é a incompreensão, por parte do Judiciário, das intervenções feitas pelo legislador. No caso da lei de 1995, por exemplo, o Congresso Nacional tentou aprovar uma fórmula com bastante método, fornecendo dez anos de prazo para a sua implementação e estabelecendo o chamado modelo de restrição ou de barreiras para a representação no Congresso. Inicialmente, o STF negou a liminar, mas, dez anos depois – quando já realizadas, portanto, as eleições sob aquele modelo –, declarou a lei inconstitucional, o que acabou por desorientar o sistema e diminuir a força do impulso de reforma. O Judiciário fez novas tentativas de intervenção, e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), então liderado por Nelson Jobim, desenvolveu a ideia de uma certa coerência nas coligações, em todo o sistema, para o Executivo e o Legislativo, o que foi chamado de verticalização. Por fim, o STF manteve sua decisão, e a resposta do Congresso foi uma emenda constitucional da desverticalização das eleições, a fim de permitir a livre coligação entre partidos.

## **CONCLUSÃO**

Para concluir este artigo, apresento brevemente dois exemplos de deficiências que precisam ser corrigidas incontinenti. O primeiro aconteceu no TSE, quando se discutiu a inscrição por registro de Marina Silva. Esta candidata, que alcançou cerca de 20 milhões de votos nas eleições presidenciais anteriores, não foi autorizada a criar seu partido naquele momento por não ter conseguido quinhentas mil assinaturas, enquanto outros candidatos pagaram pelas assinaturas, a fim de chegar ao número necessário. O segundo exemplo, já na mais recente leva de partidos, trata da criação do Partido da Mulher Brasileira (PMB), que obteve registro definitivo em 2015. O PMB chegou a ter 22 parlamentares no mesmo ano – dentre os quais, apenas duas mulheres – e, em 2016, posicionou-

se entre as dez maiores legendas da Casa. Tal partido é apenas um exemplo entre muitos que passaram a ter acesso ao fundo eleitoral, direito a tempo de transmissão em rádio e televisão, etc.

Estas são distorções desmedidas, que não devem ser corrigidas ao longo de um processo constituinte, mas o quanto antes, a fim de gerar impacto já nas eleições de 2018. Não temos outra alternativa além de persistir no esforço de reforma, como feito em outros momentos. Quem poderia acreditar, por exemplo, que seríamos capazes de dar fim à inflação crônica gerada pelo Plano Real? A reforma, que mudou os paradigmas, foi o grande legado do presidente Fernando Henrique Cardoso. Como poderia dar certo a Constituição de 1988, com mais normas do que um código civil? Neste caso, foram realizadas importantes reformas no campo econômico, rompendo cânones considerados mais do que cláusulas pétreas, como a privatização de estatais. É possível, portanto, pensar-se em um esforço de reforma mesmo em momentos de grande fragilidade institucional e nos encontramos, justamente, diante de um desafio que exige tal esforço. Evidentemente, não se trata de uma tarefa fácil, especialmente perante o envolvimento das mais diversas forças políticas, mas é preciso que se inicie uma discussão com abertura de espírito, sentimento de patriotismo e compromisso constitucional.

Entre os principais pontos a serem discutidos está o financiamento público: como fazê-lo em um sistema de lista aberta, em que é possível ter computados milhares de candidatos? Qual seria o montante desse fundo? Como deveria ser distribuído: para candidatos que concorrem entre si mesmos no mesmo âmbito? Neste ponto, é preciso também discutir os modelos – distrital ou majoritário, misto ou de lista –, que enfrentam críticas, como o modelo de lista preordenada, que supõe um mínimo de democracia partidária. Como não é possível simplesmente desfazer os partidos, essa complexa articulação deve envolver a comunidade e a sociedade. O essencial é seguir adiante e avançar no sentido das reformas. Não há tempo a perder.



## **CARLOS BLANCO DE MORAIS**

Licenciado, mestre e doutor em direito pela Universidade de Lisboa. Foi consultor principal para os assuntos constitucionais da Presidência da República. É professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa (FDUL), vice-presidente do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e coordenador científico do Centro de Investigação de Direito Público, ambos da FDUL. Também é consultor principal da Presidência do Conselho de Ministros e presidente do Conselho Fiscal da Fundação D. Pedro IV.

## **DEMOCRACIA SEMIDIRETA COMO COMPLEMENTO CORRETIVO A UMA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EM CRISE**

O tema da insatisfação democrática tem ocupado cada vez mais o debate político. Alguns autores falam em um tempo de pós-democracia, que consistiria na continuidade da democracia formal existente, mas ritualizada e desviada do seu fim, na medida em que os centros reais do poder não decorreriam diretamente da vontade popular. Outros estimam que, pela circunstância de a democracia representativa ser deficitária, ela própria careceria de ser democratizada. O fato é que as crises políticas associadas a sérios casos de corrupção e a explosão de partidos antissistema são sintomas de uma erosão da democracia representativa, à qual se imputam diversas causas.

Fala-se, por exemplo, em uma clausura do sistema. Haveria, nas democracias representativas, uma “cidade proibida”, formada por elites partidárias econômicas que dominariam o circuito de decisão fechado ao espaço público. Nessa decisão, em que haveria uma “promiscuidade” entre o público e o privado, seriam desviados os programas eleitorais e traficadas influências que subverteriam a lei. Haveria, em segundo lugar, uma captura do poder político pelo poder financeiro, graças, essencialmente, ao fenômeno de globalização e concentração de riqueza que se fortaleceu no final do milênio. Em conexão com esse fenômeno, emerge a forte dependência dos partidos políticos em relação aos interesses privados para o financiamento de campanhas eleitorais, donde nascem as violações das leis de financiamento e os “caixas

dois". Em terceiro lugar está o aspecto ligado ao universo partidário. A relação fiduciária entre eleitor e representante, fonte primária da legitimidade democrática representativa, seria "curto-circuitada" por uma terceira identidade: o partido político. Muitos partidos são inexpressivos, com poucas diferenças entre si, cartelizados em articulações recíprocas para defesa de interesses comuns, fechados aos eleitores e dotados de dirigentes profissionalizados. O afastamento das elites e dos eleitores, o aparelhamento partidário e a corrupção conduziram ao declínio da militância, à fuga de altos quadros técnicos e à falta de identificação dos eleitores com os partidos, gerando uma abstenção crescente e o reforço dos partidos antissistema. Enfim, o delineamento de internacionais partidárias, de federação de partidos nacionais em cartéis supranacionais de partidos europeus, gerou um processo de construção europeia a partir de cúpulas de grandes famílias políticas, em um quadro consorciado que reduz o leque de opções na esfera dos governos nacionais e relativiza a utilidade das escolhas eleitorais.

## **ALTERNATIVAS À DEMOCRACIA REPRESENTATIVA**

Várias narrativas de revalorização da democracia representativa estão sendo desenvolvidas, como as chamadas democracia deliberativa e democracia digital, tendo sido esta última já abordada no Congresso do Instituto Brasiliense de Direita Pública (IDP) em Brasília.

Aqui, os temas tratados serão: democracia semidireta e o instrumento referendário como elemento de valorização da democracia representativa. A ideia de uma democracia direta foi trabalhada no ideário de Rousseau, segundo o qual o povo decidiria sem intermediários sobre o governo. Esse modelo foi considerado inviável – aliás, isso foi percebido por alguns discípulos de Rousseau, como Sieyès – para territórios com grande dimensão e com uma população muito expressiva, pois seria impossível que o povo estivesse cotidianamente decidindo, na especialidade, sobre seu próprio futuro. Por essa razão, só alguns cantões suíços de pequena dimensão tomavam em assembleia algumas deliberações essenciais.

Todavia, não sendo possível a democracia direta como substitutivo da democracia representativa, existe a inclusão de institutos de democracia direta na democracia representativa, como é o caso do instituto do referendo. Além das eleições para os órgãos de soberania, os referendos permitem, nomeadamente, que o povo, o eleitorado, decida, via sufrágio direto, sobre questões de relevância política que são submetidas ou por sua iniciativa ou por iniciativa dos órgãos representativos, e acerca de questões que envolvam matérias relativamente simples, no sentido de poderem ser decididas com “sim” ou “não”.

Ora, enquanto o referendo se encontra em expansão nos regimes democráticos, o mesmo instituto tem se apresentado em declínio desde os anos 1980 nos regimes autoritários.

São vários os argumentos favoráveis à introdução do referendo como complemento da democracia representativa. O primeiro argumento é que ele se constitui numa das manifestações mais genuínas da democracia como “governo do povo”, sem intermediários, conferindo maior legitimidade à escolha. Por meio do referendo, o eleitorado, que é o elo mais débil do triângulo formado por eleitor/eleitos/partidos políticos, subjacente à democracia representativa, pode moldar as suas preferências, seja sob a forma de impulso ou sob a forma de veto. Além disso, o referendo serve, nas democracias mais desenvolvidas, ou poliárquicas, para revitalizar a dimensão personalista de uma cidadania mais exigente, que quer decidir diretamente sobre temas politicamente significativos. Por fim, os próprios dirigentes dos regimes democráticos representativos, muitas vezes, encontram-se divididos sobre determinado tipo de tema, o que os leva a deixar a solução final para o voto popular direto.

O instituto do referendo, contudo, tem sofrido muitas críticas, sobretudo no âmbito da União Europeia. A construção europeia – a chamada “marcha federalista da União Europeia” – esteve sujeita a fortes entraves derivados de “vetos referendários”, especificamente na França, na Holanda e no Reino Unido. Em razão disso, examinaremos, a seguir, quatro argumentos contrários a esse instituto, para testar sua solidez.

O primeiro argumento é de que o instituto do referendo teria um fraco poder integrador das minorias e criaria o risco de uma tirania majoritária. Deve-se, no entanto, desdramatizar esta ideia, que era, de fato, uma preocupação dos fundadores do constitucionalismo americano, que temiam que o poder caísse nas mãos de uma assembleia onipotente – como ocorreu na França durante o terror jacobino – e que essa assembleia oprimisse os direitos das pessoas. Hoje em dia, tiranias majoritárias são identificadas apenas com certas situações patológicas, como foi o caso do regime político venezuelano durante o chavismo (não durante o regime que lhe sucedeu, que perdeu o controle da Assembleia e exerce poderes ditatoriais a partir da Presidência e do Judiciário). Um referendo não pode ser confundido com um ato de tirania majoritária, porque a tirania é um fenômeno permanente, enquanto o referendo é uma realidade que se esgota em uma questão concreta que é sufragada por uma maioria de votantes legitimada no critério majoritário. Quem contesta o critério democrático de decisão (em que “os mais governam os menos”) está não apenas atacando o referendo, mas a própria lógica da democracia como regime político. Aliás, a prevalência da democracia implica respeito pelas minorias, e não cogoverno com estas ou direito de veto minoritário; significa, em primeiro lugar, respeito pela vontade da maioria, até mesmo sem necessidade de integração de preferências minoritárias. Por exemplo: no Reino Unido e na França, onde os temas eleitorais favorecem maiorias parlamentares absolutas, muitas vezes, as políticas públicas são tomadas por essa mesma maioria e contra a vontade das minorias. A dicotomia e a alternância entre governo e oposição representam o “core” de uma democracia saudável e competitiva.

Ademais, uma tirania pressupõe um poder incontrolável e sem garantia, e esse não é o caso do referendo. Nos Estados Unidos, por exemplo, referendos do tipo local têm sido invalidados por decisões de tribunais. Em Portugal, toda a proposta referendada tem de ser escrutinada preventivamente pelo Tribunal Constitucional, que poderá se pronunciar pela sua ilegalidade ou pela sua inconstitucionalidade. Portanto, o referendo está sujeito ao Estado de Direito e aos seus mecanismos de controle.

Complementarmente, existe o entendimento de que o referendo teria um viés autocrático, pois numerosos regimes ditatoriais utilizam referendos como forma de legitimação. Verifica-se, porém, que, desde 1970, o uso dos referendos é mais frequente em democracias do que em regimes autoritários.

Como segundo argumento, há a ideia de que um referendo poderia servir como uma arma de arremesso contra outras instituições democráticas. Entretanto, se assim sucedeu recentemente na Romênia, com as tentativas de destituição do ex-presidente Basescu, certos líderes carismáticos, que muitas vezes utilizaram o referendo para fortalecer seu poder, foram surpreendidos por um *backfire*. O general Charles de Gaulle, por exemplo, realizou um referendo para o reforço dos seus poderes em 1968, perdeu e demitiu-se. Recentemente, o primeiro-ministro húngaro Viktor Orbán realizou um referendo que teve uma elevada expressão de votos favoráveis a uma política anti-imigração, mas, como foi boicotado pela oposição, não atingiu o patamar de 50% para ser vinculativo. Mesmo no contexto do autoritarismo, o referendo tem sido um instituto útil para a transição democrática, como foi o caso do Chile, do Uruguai e, até certo ponto, da Espanha.

O terceiro argumento trata da noção de que o referendo seria um mecanismo manipulável pela demagogia, pelos grandes interesses, e que os cidadãos seriam inaptos a fazer escolhas complexas. Isso ocorreria devido à ligação de determinados partidos populistas com institutos referendários, levando certos politólogos a afirmar que o referendo seria um “caldo de cultura” para a ascensão do populismo. Em discordância a esse posicionamento, argumenta-se que a captura populista dos temas em debate opera tanto por meio de atos referendários como de eleições parlamentares. Nos últimos anos, tem sido por intermédio de eleições representativas, e não tanto por referendos, que os partidos populistas têm crescido na Europa.

Outra questão relacionada ao risco de captura financeira do referendo pelos grandes interesses econômicos traduz-se no fato de estes influenciarem os referendos, mas apenas aqueles em que

seus interesses estão em jogo. Isso não ocorre nos referendos locais e nos que envolvem questões de estilo de vida e de consciência. Todavia, não deixa de ser interessante que grandes investimentos financeiros em atos referendários nem sempre compensem. Foi o caso, por exemplo, do *Brexit* em 2016, no qual a vitória, por uma curta margem, daqueles que quiseram sair da União Europeia se contrapôs a uma opção de manutenção na União Europeia que recebeu um apoio material expressivo de todo o *establishment* financeiro internacional. Mesmo todo esse investimento financeiro não foi suficiente para ganhar. Portanto, a ideia de captura dos referendos pelos interesses financeiros existe, mas não dá garantias de os mesmos interesses poderem prevalecer.

Costuma-se dizer também que as questões que são submetidas ao referendo estão sujeitas à demagogia e ao estímulo dos baixos instintos populares.

No entanto, a bem da verdade, as campanhas demagógicas, hoje em dia, existem por todos os lados, com relevo para as eleições parlamentares. Nos referendos realizados em Portugal, e em nível europeu, tem-se assistido, paradoxalmente, a debates televisivos mais detalhados e esclarecedores do que em muitos atos eleitorais que envolvem eleições de representantes para o Parlamento.

Há um problema que consiste na inaptidão intelectual do povo para decidir diretamente sobre questões relativas à gestão pública em atos referendários, dado que essas questões seriam demasiadamente complexas. Os fundadores de uma certa concessão de democracia competitiva e elitista, como Schumpeter, Dahl e Sartori, afirmavam que só os representantes eleitos podem decidir sobre certos tipos de questões, e é um fato que nunca poderemos referendar questões tais como problemas de natureza orçamental e financeira. Em Portugal, por exemplo, há questões que não podem ser referendadas, como a Constituição, o núcleo dos direitos de liberdade, matérias de natureza financeira e regras do jogo político-democrático. No entanto, existem muitas outras questões sobre as quais faz sentido reconduzir as respostas de "sim" ou "não" e que estão efetivamente ao alcance do povo. Para

exemplificar: não fará sentido submeter ao referendo problemas de independência territorial, como aquelas que envolveram os referendos no Canadá ou na Escócia? Ou de uma maior devolução de poderes para a União Europeia, como aconteceu na França, Holanda, Dinamarca e Espanha? Ou aquelas matérias relacionadas à introdução da moeda única, como ocorreu na Suécia, ou com a saída da União Europeia, como se passou no Reino Unido? O mesmo se aplica às questões sobre estilo de vida, como o aborto, o casamento, a eutanásia e o consumo de drogas leves.

Negar ao povo, com base no rótulo da sua falta de capacidade, a possibilidade de decidir diretamente sobre matérias cruciais para a sua vida e o seu bem-estar, e que se encontram ao alcance do seu entendimento, equivale a ratificar os discursos dos regimes totalitários, que negam eleições livres em razão da falta de esclarecimento de cidadania. Em verdade, isso seria como homologar o discurso do professor Marcelo Caetano,<sup>1</sup> quando se colocou o problema do referendo sobre a independência do ultramar português. Ele disse, na Assembleia Nacional, que instituir o referendo no ultramar seria como colocar as populações nativas para escolher entre o leão e o leopardo. Será que esses eleitores menos esclarecidos não teriam a capacidade e o direito de optar entre o leão e o leopardo?

Finalmente, há um último argumento ligado à canibalização da democracia representativa pela democracia semidireta. As iniciativas referendárias concorreriam com a ação dos partidos e enfraqueceriam o papel mediador destes sem, no fundo, oferecerem um programa político consistente. Por outro lado, haveria situações de iniciativas populares, em que quem faz o eleitorado decide sobre uma questão complexa e polêmica, e a execução desta é colocada nas mãos dos dirigentes políticos. É natural que os referendos criem efeitos embaraçosos para as classes políticas, mas esse é o preço da democracia.

---

1 Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e primeiro-ministro do regime autoritário que vigorou até 1974.

Os representantes dos cidadãos são, precisamente, eleitos e pagos para resolver problemas. Compete a eles, portanto, resolver os problemas criados pela vontade popular, que é a fonte da soberania.

Resta, ainda, uma questão: o instituto do referendo vai deslegitimar os representantes do povo? Isso ocorreu várias vezes na União Europeia, onde se verificou que muitas das decisões referendadas contrariavam largamente a opinião dos deputados dos parlamentos. Mas o referendo confere exatamente ao eleitorado um direito de veto sobre decisões tomadas pelos representantes quando estes se desviam da vontade popular e dos programas partidários. Sendo assim, esse direito de veto – que, muitas vezes, é conferido ao presidente da República sobre leis – não deveria ser também atribuído para certas questões ao eleitorado? Será que os representantes do povo temerão a concorrência do próprio povo?

Em conclusão, num mundo dominado por uma globalização política e financeira, que ritualiza os atos eleitorais e que retira opções reais do eleitorado, o referendo constitui algo que permite aos sistemas demasiadamente fechados respirar. Desse modo, o referendo apresenta-se como um instrumento corretivo e de controle extraorgânico do poder, conferindo peso e autonomia individual aos cidadãos na política.





## **ANTÓNIO VITORINO**

É advogado, licenciado em direito e mestre em ciências jurídico-políticas. Foi presidente da Fundação Arpad Szenes-Vieira da Silva, comissário europeu para os Assuntos de Justiça, ministro da Presidência e docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

## **RESPOSTAS POSSÍVEIS À CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA**

Neste texto, eu apresento a crise da democracia representativa na Europa. O século dessa crise foi o XX. A democracia representativa, no entanto, deu prova de uma enorme resiliência. Em todas as crises da democracia representativa, a equação era sempre a mesma: ou uma crise terminal, ou era uma crise episódica em que a reinvenção da democracia representativa permitiria a superação. Este é o debate hoje.

### **CLASSE MÉDIA E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA**

O que há, então, de novo na crise da democracia representativa ou no atual ciclo da crise da democracia representativa? Na Europa, acreditava-se que a liberdade e a democracia eram pressupostos incontornáveis do crescimento econômico e do bem-estar social. A explicação oficial europeia sobre a implosão da União Soviética é de que, sem as liberdades de iniciativa, de expressão e de comunicação, o regime acabou por colapsar. É essa crença que a atual fase da crise da democracia representativa põe em causa.

Quando olhamos para o mundo, assistimos ao deslocamento do centro do crescimento econômico do Atlântico para a região Ásia-Pacífico. Em 2009, no mundo inteiro, 1,9 bilhão de pessoas eram consideradas de classe média. Prevê-se que, em 2020, existirão 3,2 bilhões de pessoas de classe média em escala global. Em 2030, a classe média no mundo será de 4,9 bilhões de pessoas. Isso significa que, em 2030, dois terços dessa classe média estarão

na região Ásia-Pacífico. A classe média nessa região, em 2009, era menos de um terço e, dentro de aproximadamente 20 anos, será dois terços da escala global. Isso representa a inversão do centro de gravidade do poder econômico.

Há uma relação íntima entre as classes médias e a sustentabilidade da democracia representativa. O protesto, na Europa, hoje, significa a descrença e a desafeição das classes médias como consequência do crescimento econômico anêmico e do desemprego. A redução dos rendimentos dessas classes médias por mais de duas décadas foi fruto do crescimento das desigualdades sociais na Europa e do declínio constante, ao longo de 30 anos, do rendimento do trabalho no rendimento nacional. Esse panorama econômico e social foi agravado pela crise financeira global em 2008 e, mais recentemente, pela crise da Zona do Euro. Além do sentimento de declínio econômico e social, há a revolução tecnológica em um ritmo muito acelerado. As mudanças que antes ocorriam em 10 anos hoje ocorrem em ciclos de dois a três anos. A mudança de ciclo da revolução tecnológica e a sua aceleração geram insegurança e incerteza quanto ao futuro. O declínio econômico, a insegurança e a incerteza em função da mudança do paradigma tecnológico formam o caldo cultural na Europa atualmente e promovem os populismos. A demagogia e o populismo, na minha visão, são, hoje, a maior ameaça à sustentabilidade da democracia representativa na Europa, onde essa demagogia populista está surgindo tanto na esquerda quanto na direita. Há, entre as duas linhas, argumentos convergentes: contra a globalização e a favor do protecionismo e do nacionalismo econômico, com a contestação do comércio livre e a estigmatização do projeto da União Europeia.

O diagnóstico diante desse caldo cultural é preocupante, na medida em que o maior problema não é saber se o ataque à democracia representativa vem dos populismos convergentes, mas, sobretudo, verificar a insuficiência da resposta dos partidos do mainstream, ou seja, dos partidos do centro que, à esquerda ou à direita, historicamente sustentaram a democracia representativa.

## TRÊS RESPOSTAS POSSÍVEIS

Existem três respostas possíveis a esse diagnóstico. A primeira é a engenharia constitucional institucional. A Constituição e a lei eleitoral continuam a ser instrumentos incontornáveis da retificação da democracia representativa. É esse instrumento que nós temos, no estado de direito, para responder aos sentimentos de declínio e perda de sustentação popular da democracia representativa. A diferença é que, no passado, constitucionalistas, juristas, advogados e universitários do direito público acreditavam que o que não estava na Constituição não estava no mundo, enquanto hoje reconhecem que existe muito no mundo para além da Constituição. Esta não pode resolver todos os problemas, mas há um bloco de melhorias, aperfeiçoamentos e aprofundamentos dela e da lei eleitoral que podem ser feitos.

Há uma segunda questão mais complexa, talvez mais filosófica, que é estabelecer o core da democracia representativa, que se constitui em um sistema de representação e de formação da decisão que permite determinar o interesse geral. As democracias exprimem o interesse geral de uma comunidade e regulam as formas de sua obtenção. O problema, hoje, é que assistimos a um empobrecimento do conteúdo desse termo. Uma das questões essenciais para entender esse empobrecimento é a captura do interesse geral pelos interesses particulares, ou seja, a desigualdade de acesso dos setores da sociedade e a prevalência de uns sobre outros na sua formulação, que é a essência de uma democracia representativa.

O General De Gaulle dizia: "*gouverner c'est choisir*",<sup>1</sup> ou seja, governar é definir prioridades e hierarquizar objetivos. Isso significa que não é possível satisfazer a todos e que o interesse geral é aquele ponto de equilíbrio em que uma comunidade se reconhece nos objetivos comuns e mais vastos que possam ser partilhados. O que é preocupante na crise da democracia representativa é que nós assistimos hoje a uma tendência forte de atomização do interesse geral. Os responsáveis políticos chamados a compor interesses contraditórios e a definir o interesse geral delegam essa

---

1 Governar é escolher.

escolha, muitas vezes, ao conjunto da população. Assim, verifica-se o crescente do número de referendos e plebiscitos que estão ocorrendo nas democracias ocidentais, isto é, o referendo passa a ser um substituto da escolha política e, como cada referendo versa apenas sobre uma questão, não é possível identificar um interesse geral pela soma dos referendos, bem como não é possível governar com uma sucessão de referendos; portanto, a democracia direta nunca poderá ser um modelo substitutivo da democracia representativa, se se trata de identificar o que é interesse geral. Deve-se pensar em um modo de reabilitá-lo e fazer com que a democracia representativa continue a ser o melhor instrumento para a sua expressão.

A terceira resposta encontra-se na narrativa política. A democracia representativa assenta em uma narrativa política que define o sentido último do que é viver em uma comunidade. Hoje, há uma defasagem entre a narrativa e aquilo que se chama *capacity to deliver*, ou seja, entre as promessas e os resultados. O mundo extremamente globalizado, internacionalizado e interdependente criou uma exiguidade dos poderes políticos nacionais e a defasagem mencionada acima. A narrativa política da democracia não se adaptou à *capacity to deliver*, e o fosso entre o que é prometido e o que efetivamente se entrega acaba por minar a própria essência da democracia representativa.

Esse afastamento chama a atenção para um ponto crucial, que é o vazio da governança mundial. A forma de compensar a exiguidade do espaço territorial nacional em que são assentadas as democracias representativas obriga-nos a voltar o olhar para o mundo. No plano global, os deficits de governança são gritantes, quando analisamos os mecanismos de compensação e os mecanismos globais de governança, sejam eles setoriais ou regionais.





## **CAPÍTULO 2**

# **SISTEMA ELEITORAL E GOVERNABILIDADE**

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR



## **JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI**

Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi presidente do Tribunal Superior Eleitoral e Advogado-Geral da União. É ministro e vice-presidente do Supremo Tribunal Federal e professor do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP.

## **CLÁUSULAS DE DESEMPENHO E DE BARREIRA NO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO**

### **CONTEXTO HISTÓRICO**

○ Brasil se manteve geopoliticamente unido graças ao desenho formulado pela Corte portuguesa, ao contrário do que ocorreu na América espanhola, que, como é sabido, dividiu-se. Essa união se baseou na estrutura jurídica monárquica – no imperador e no império, o qual é constituído, em geral, por várias nações/Estados com elites locais próprias. Em 1822, quando o Brasil se declarou independente de Portugal, seu território era maior que o dos Estados Unidos. No entanto, naquele país, que é fruto da união de 13 colônias, formou-se uma elite nacional, algo que o Brasil não conseguiu produzir até hoje.

○ sistema eleitoral com base proporcional, estabelecido desde 1932, obriga os partidos a ter representação nacional – vide a Lei Agamenon Magalhães (1945) e a Constituição de 1946 – e demonstra a falta de uma elite política nacional. Se os partidos têm que ser nacionais por força da Constituição, é porque eles não o são naturalmente. Os partidos acabam se reduzindo a uma somatória de interesses pessoais ou locais, o que é alimentado, entre outras coisas, pelo voto unipessoal – por isso, a dificuldade de se garantir a governabilidade ao Poder Executivo e de se formar uma maioria no Poder Legislativo.

Em 2014, o partido que mais elegeu deputados alcançou 63 dos 513 lugares, ou seja, o partido que mais obteve votos para a Câmara dos Deputados não chegou a 13% do total. Na mesma eleição, 28 partidos elegeram deputados para compor a Câmara. Esse número de partidos com representação na Câmara tende a crescer nas próximas eleições, se o sistema não for alterado. Também é digno de nota que, nas eleições para a Câmara dos Deputados, 90% dos eleitores votaram em candidatos e apenas 10% votaram nos partidos ou nas coligações.

### **CLÁUSULA DE DESEMPENHO E CLÁUSULA DE BARREIRA**

É difícil abordar questões referentes ao sistema eleitoral brasileiro após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em dezembro de 2006, contra a cláusula de desempenho. Uma ideia já consolidada é de que não há como se manter o atual sistema político e eleitoral brasileiro sem alteração, porque, eleição após eleição, o número de partidos políticos com representação no Congresso Nacional vem aumentando e, conseqüentemente, o acesso aos recursos do Fundo Partidário e o tempo gratuito de rádio e televisão.

Em março de 2002, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) estabeleceu, a partir de uma resolução, a verticalização das coligações. Até essa decisão, as coligações só estavam previstas no ato das disposições constitucionais transitórias, mas a decisão do TSE obrigou os partidos interessados em fazer coligações proporcionais a estarem nacionalmente coligados na eleição geral, a qual também envolve governos estaduais. Ou seja, a resolução vinculou uma base nacional a uma consequência local. A dificuldade de se implantar no Brasil essa verticalização das coligações se dá em razão de sermos uma federação que, conforme já mencionado, não possui uma elite política nacional, mas várias elites regionais. Como reação à determinação do TSE, o Congresso Nacional constitucionalizou as coligações.

Em dezembro de 2006, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a cláusula de desempenho era inconstitucional. Após essa decisão, iniciou-se o debate sobre se poderia haver alteração legislativa sobre o tema. Esse debate envolve dois conceitos fundamentais: o da cláusula de desempenho e o da cláusula de barreira.

Cláusula de barreira é o número mínimo de votos, estabelecido em legislação nacional, para que um partido tenha acesso às cadeiras do Parlamento, independentemente de o voto ser distrital majoritário, distrital com base proporcional mista – como o sistema alemão –, proporcional amplo com voto uninominal ou partidário de lista aberta. A cláusula de barreira é aquela que, por exemplo, na Alemanha, estabelece que um partido, para ter cadeira no Parlamento, tem que ter recebido 5% dos votos do país.

A cláusula que foi estabelecida na legislação brasileira e declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) não era cláusula de barreira, era cláusula de desempenho – esses dois conceitos não podem ser confundidos –, porque não impedia que o partido que não tivesse alcançado o número de votos pré-estabelecido na legislação alcançasse as cadeiras do Legislativo. A legislação apenas estabelecia que o parlamentar eleito sem que seu partido tivesse alcançado determinado número nacional de votos – 5% nacionalmente e no mínimo 2% em nove estados – poderia ser deputado, mas não poderia exercer o papel de líder, nem o partido poderia ter liderança na Câmara. O partido teria parlamentares eleitos, mas não “funcionamento parlamentar” (lei nº 9096/95, art. nº 13). Ademais, o deputado eleito dessa forma não poderia ter acesso a nenhuma comissão da Câmara dos Deputados.

O que o Supremo Tribunal decidiu, portanto, é que aquela legislação estabeleceria deputados de primeira e de segunda divisões. Parlamentares cujos partidos alcançassem determinado número de votos podiam participar das comissões, com direito à liderança, enquanto parlamentares eleitos por um partido com menos votos não tinham acesso às benesses internas do Parlamento e nem podiam participar das comissões. Havia, assim, parlamentares de primeira e de segunda classes.

Hoje, passados dez anos, é mais fácil avaliar que talvez o STF pudesse ter proferido uma interpretação de acordo com a Constituição e estabelecido um desenho que mantivesse uma forma de cláusula de barreira em uma legislação que era sobre cláusula de desempenho, ao menos para os fins de acesso ao direito de antena e ao fundo partidário.

A cláusula de barreira é fundamental em uma federação como a brasileira, assim como o são a cláusula de desempenho e o fim das coligações. É possível haver apenas a cláusula de barreira, mas, na legislação brasileira, é difícil estabelecer uma cláusula de desempenho sem que esta seja acompanhada por uma de barreira, por conta do princípio da isonomia ou da igualdade. O ideal seria que houvesse ambas as cláusulas, de modo a restringir o fundo partidário e o tempo de propaganda na televisão e no rádio.

Esse debate é mais importante do que discutir se o sistema será distrital majoritário ou proporcional. O voto distrital pode ter base proporcional ou majoritária, pois ele estabelece a proximidade entre o eleito e a sua comunidade.

## **SISTEMAS ELEITORAIS**

O Brasil é um país enorme, sem uma elite nacional capaz de pensar o país em sua inteireza. Seu sistema político eleitoral dilui esse desiderato, na medida em que, a cada eleição nacional, novos partidos são criados e tomam assento no Congresso Nacional. Essa situação leva ao estabelecimento do presidencialismo de cooptação, no qual os partidos precisam estabelecer uma coalizão para participar da eleição nacional e o Presidente da República eleito conceder cargos e benesses a cada votação de seu interesse.

Qual é o melhor sistema eleitoral? Um sistema de base regional, como o distrital, com um sistema de circunscrição que une as elites dos vinte e seis estados da União e do Distrito Federal, ou um sistema misto, como o que foi estruturado na Alemanha capitalista no pós-Segunda Guerra por Estados Unidos, França e Inglaterra? Os três países democráticos construíram um sistema

com o qual pretendiam estabelecer, na Federação Alemã, uma base proporcional para a nação como um todo, mas tendo metade dos representantes eleitos regionalmente, nos distritos.

Antes da guerra, a Alemanha tinha um sistema de base proporcional, e o partido nacional, que levou Hitler a ser Primeiro-Ministro, alcançou apenas 30% dos votos. Posteriormente, muitos atribuíram ao sistema proporcional a culpa pela ascensão do nazismo.

Percebe-se, facilmente, que o sistema eleitoral influencia na forma como as maiorias são formadas. Por isso, é necessário estabelecer um sistema político eleitoral que resulte na formação de maiorias voltadas a pensar o país por inteiro. Para isso, é preciso que o Parlamento retome essas questões e decida pelo fim das coligações e pela criação de cláusula de barreira, estipulando que o partido que não alcançar determinado número de votos não pode ter cadeira na Câmara dos Deputados.

## **CONCLUSÃO**

É necessário enfrentar a realidade brasileira para estabelecer um sistema eleitoral que se volte mais para a formação de elites nacionais. Somente assim os partidos pensarão mais nas questões nacionais do que nas questões locais. Em uma federação complexa e enorme como a brasileira, que é a quarta maior democracia no mundo, faz-se necessário estabelecer a cláusula de barreira progressiva, o fim das coligações e o sistema distrital, majoritário ou proporcional – estes, com a cláusula de barreira e o fim das coligações, ajustam-se de acordo com as decisões políticas.

Essas mudanças devem ser feitas progressivamente, já que, hoje, os vinte e seis partidos representados na Câmara dos Deputados vão disputar as próximas eleições e não vão alterar esse sistema para reduzir o número de partidos; ou seja, para aprovar uma alteração, é mister projetá-lo para um futuro não imediato.



## **SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR**

Pós-doutor pela Goethe Universität Frankfurt, doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB. Ex-assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal e ex-assessor especial da presidência do Tribunal Superior Eleitoral. Atualmente atua como advogado e professor da UniNove e do Instituto Brasiliense de Direito Público.

# SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR

## POSSIBILIDADES DE REFORMAS POLÍTICAS NO BRASIL

O sistema eleitoral, do meu ponto de vista, não é um fim em si mesmo; já a governabilidade pode sê-lo ou não. Primeiramente, é preciso saber se se quer aumentar, ampliar ou facilitar a governabilidade em determinado Estado. Se um país deseja maior governabilidade, é preciso estabelecer um sistema eleitoral capaz de facilitá-la. Percebe-se, portanto, uma inter-relação entre os sistemas eleitorais e a governança nos países.

### GOVERNABILIDADE NO BRASIL

O Brasil parecer um país que requer governabilidade. Durante as campanhas eleitorais, todos os partidos e grandes candidatos falam de planos e reformas que devem ser implementadas, e que a sociedade brasileira – especialmente os mais pobres – demanda do Estado. A Constituição brasileira é pródiga no seu elenco de direitos, principalmente nos sociais.

O Brasil é um país que requer Estado e ações governamentais, de modo que precisamos incrementar e facilitar a governabilidade. O problema é que não se pode facilitar a governabilidade gerando um deficit de *accountability*. É preciso fazer com que o governo atue dentro de limites e regras.

Desde a nossa primeira Constituição republicana, adotamos o presidencialismo de inspiração norte-americana. O presidencialismo norte-americano convive com o sistema eleitoral

majoritário, chamado voto distrital puro. No Brasil, seguindo a tradição que veio do Império, no início da República havia o voto majoritário distrital; no entanto, foi um período de muitas fraudes eleitorais. Depois da década de 1930, com a reforma eleitoral, adotamos um sistema proporcional, que se mantém até hoje. A Constituição de 1988 manteve o sistema eleitoral proporcional, com listas abertas e o presidencialismo. Tal combinação foi batizada pelos cientistas políticos de “presidencialismo de coalizão”.

O sistema eleitoral proporcional de listas abertas tende à ampliação do número de partidos dentro de um país. O sistema presidencial reserva ao Poder Executivo – mais especificamente ao presidente da República – amplos poderes legislativos e de condução da administração. Essa combinação faz com que o presidente da República seja eleito sem uma base parlamentar que o apoie. Desse modo, o presidente sai da eleição nacional e precisa buscar uma maioria parlamentar que apoie os seus projetos, geralmente vendidos durante uma eleição caríssima. Assim, para governar e implementar o seu projeto, o presidente busca maioria parlamentar para permitir a governabilidade. Isso faz com que, no nosso presidencialismo de coalizão, o governo que nasce a partir de uma eleição presidencial busque, após eleito, a sua maioria parlamentar.

O desejável seria que tivéssemos um sistema parlamentarista, no qual as eleições, pelo menos para a câmara baixa do Parlamento, fixassem uma maioria e, a partir dela, surgisse um governo, pois, nesse sistema, o governo é resultado da maioria parlamentar que surge das urnas. No nosso presidencialismo de coalizão, que requer um Estado atuante, o governo surge das urnas sem maioria parlamentar, depois de uma eleição caríssima e realizada com a realização de amplas promessas, precisando, de qualquer modo, buscar a construção dessa maioria.

## **REFORMAS POSSÍVEIS**

O sistema político e o sistema eleitoral precisam ser reformados e melhorados; no entanto, os atuais detentores de mandatos eletivos, sobretudo no Parlamento, são beneficiários desse modelo, então não têm a intenção ou os estímulos necessários para alterá-lo. Parece que chegamos a uma encruzilhada e é preciso pensar nas diversas possibilidades.

Segundo pesquisas do Tribunal Superior Eleitoral, 70% da bancada de deputados federais eleita em 2014 no Brasil, com desenho simples de distritos com base no censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), seriam eleitos novamente, porque os seus votos concentram-se em determinada porção territorial, que coincide com distritos facilmente desenháveis, a partir de proposta feita tomando-se por base o censo populacional do IBGE. A adoção do voto majoritário distrital não seria, portanto, uma mudança drástica para os atuais detentores de mandatos parlamentares. A adoção do sistema de lista fechada também poderia ser uma mudança importante. No sistema proporcional de lista aberta, o voto é transferido da mesma forma. Um sistema multipartidário com a proliferação imensa de partidos políticos e com a permissão de coligações para fins eleitorais, como se tem no Brasil atualmente, tem permitido a transmissão dos votos, não apenas entre candidatos de um mesmo partido, mas entre candidatos de partidos distintos, porém integrantes da mesma coligação eleitoral. Por isso, o eleitor não sabe quem elege e o eleito não sabe a quem prestar contas, porque recebe-se transferência de voto, e o sistema segue caminhando sem que ninguém compreenda bem as razões pelas quais o mantemos em vigor no Brasil.

O sistema de lista fechada permite, hoje, o financiamento das campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, que foi proibido no Brasil por uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Além disso, esse sistema pode baratear as eleições e permite a elaboração de um sistema de financiamento viável para as próximas eleições. Mais eficiente que um sistema de listas fechadas seria o sistema majoritário ou distrital misto. Todos esses modelos, os sistemas

majoritário, distrital misto ou proporcional, têm uma qualidade adicional: tendem a reduzir o número de partidos políticos no Brasil, já que a equação essencial em uma democracia é uma relação entre oposição e governo.

É preciso que haja concorrência eleitoral, e o eleitor deve conseguir perceber com nitidez quem é governo, quais partidos fazem parte da coalizão governamental, quem é a oposição, quais partidos fazem parte da oposição ao governo. Sem essa oposição, não se permite o desenvolvimento do *accountability*, nem uma devida prestação de contas. Essa relação que estabelece quem é governo e quem é oposição faz com que os eleitores tenham a dimensão do que fazem os seus deputados ou, pelo menos, se o seu representante é governo ou é oposição dentro do aspecto da política nacional. Faz-se necessária, portanto, a realização de uma reforma política que altere o sistema eleitoral no Brasil, que permita uma redução do número de partidos, pois, assim, é possível o estabelecimento de uma nítida relação entre o eleitor e os próprios políticos, entre governo e oposição. Essas relações geram uma possibilidade de governabilidade mais clara, menos custosa, com menos cooptação e mais transparente para o eleitor.





## **CAPÍTULO 3**

# **GOVERNANCE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E DA ADMINISTRAÇÃO CENTRAL**

BENJAMIN ZYMLER  
DOMINGOS FARINHO



## **BENJAMIN ZYMLER**

Bacharel em direito e mestre em direito e Estado pela Universidade de Brasília, também é graduado em engenharia elétrica pelo Instituto Militar de Engenharia. Foi presidente da Corte de Contas e é ministro do Tribunal de Contas da União.

## **GOVERNANÇA PÚBLICA E O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Neste artigo, analisarei brevemente a ideia de governança e a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU), que é o órgão de controle externo da República Federativa do Brasil, no âmbito do seu ente central. A ideia de governança, que foi importada do setor privado para o setor público, é mais simbólica do que científica e pressupõe o uso eficiente, eficaz e efetivo dos recursos públicos na busca do interesse público. Ser eficiente significa usar adequadamente os meios disponibilizados e o dinheiro público; ser eficaz significa atingir os fins visados; e a efetividade, que é transcendente, faz com que os fins sejam aqueles demandados pela sociedade, ou seja, pelos cidadãos usuários dos serviços públicos.

### **GESTÃO, GOVERNANÇA E POLÍTICA**

Há uma confusão de espaços entre a gestão, a governança e a política. Enquanto a gestão é um conjunto de atos administrativos que tomam a forma de procedimentos, a governança é uma superestrutura que orienta a gestão, para levá-la à consecução das finalidades públicas. Então, a governança vai além da gestão, pois é uma estrutura que induz esta última a ser eficiente, eficaz e efetiva. Já a política é o sistema por meio do qual são definidos os objetivos e as metas maiores do Estado brasileiro dentro dos limites constitucionais e legais. A governança deve respeitar os espaços da política, já que quem a exerce ou exerce o seu controle é o agente administrativo; portanto, é uma atividade administrativa que pressupõe objetivos colocados *a priori* pelo sistema político.

Há, no Brasil e no mundo, entretanto, uma realocação dos espaços do controle administrativo da governança, que estão invadindo os espaços políticos. Um exemplo desse movimento de realocação ocorreu quando o Governo Federal quis implantar um trem de alta velocidade. O planejamento e o estudo de viabilidade técnica e econômica desse trem eram muito precários, não demonstrando sua economicidade nem sua viabilidade técnica. O Tribunal de Contas da União faz o controle das concessões de serviços públicos, de forma concomitante, passo a passo. Nesse contexto, foi determinado e recomendado ao governo o estudo da questão em profundidade e o desenvolvimento de uma metodologia para avaliar a viabilidade e a efetividade desse programa, com o fito de justificar sua implementação. Contudo, essas providências não foram implementadas, uma vez que o projeto foi abandonado. Ocorreu, nesse caso, um controle de governança que invadiu, em alguma medida, o espaço político. Hoje, não há mais espaço para que os agentes políticos possam definir políticas públicas de uma forma voluntarista, nem para que tais políticas sejam implementadas sem justificativas consistentes por meio das quais seja comprovada a sua viabilidade técnica e econômica. Percebe-se a invasão dos espaços discricionários políticos pelo controle administrativo, o que, no passado, era inviável. Essa nova ideia de governança faz surgir um novo direito administrativo.

No Brasil, em particular, surge um novo direito administrativo, apoiado na ideia de discricionariedade, mais focado nas concepções de eficiência, eficácia e efetividade. Foi abandonada a ideia de que o princípio da legalidade estrita pressupõe a adoção de procedimentos aderentes a receitas prontas. O gestor público passa a contar com espaços discricionários intralegais extraordinários, no âmbito dos quais pode optar por alternativas igualmente lícitas. O novo direito administrativo, portanto, busca customizar os procedimentos aos casos concretos, usando a liberdade dada pela lei para que cada processo seja adequado ao atendimento daquele fim específico.

## LICITAÇÕES E CONTRATOS

No Brasil, isso está ocorrendo no campo das licitações e dos contratos, que também pressupõe atividade administrativa intensa. Nós estamos buscando nos libertar dos ditames estritos da lei nº 8.666/1993, que é muito burocrática e procedimentalista, por meio da utilização de novos regimes licitatórios, a exemplo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e daquele direcionado às empresas estatais. Busca-se conferir maior flexibilidade para o gestor estruturar a licitação mais interessante para o caso concreto, utilizando procedimentos auxiliares, inversão de fases, com escolhas de alto quilate discricionário; ao mesmo tempo, confere-se à administração a capacidade de atingir o interesse público de uma forma objetiva. Cabe salientar que esse processo tem gerado alguns problemas, como a “paralisa das canetas”, pois há um medo do controle da discricionariedade, ou seja, os gestores e os corpos burocráticos, principalmente depois da Operação Lava Jato e da descoberta do esquema de corrupção endêmica no Brasil, sentem-se tolhidos ou com medo de decidir discricionariamente.

O TCU tem um papel proeminente na arquitetura estatal brasileira, que lhe permite lidar de forma adequada com esse problema. O Tribunal faz dois tipos de controle muito distintos: o controle de legalidade, formal, haurido do modelo de tribunal de contas latino; mas faz também um controle mais moderno, operacional de governança, de desempenho, que busca avaliar a eficiência, a eficácia e a efetividade da gestão. Esse segundo tipo de controle, o de governança, tem que servir como um estímulo para que o gestor busque o novo, analise as opções heterodoxas e se sinta confortável para tanto. O TCU não deve determinar nem estabelecer de forma coercitiva comportamentos no campo do controle da governança operacional. Ele realiza um *soft control*, um controle suave, indutivo, por meio de recomendações, e estabelece quase um pacto de cooperação com o controlado para que se possa chegar à otimização do programa público, da função pública, do programa social. No Brasil, isso é uma novidade, e há enorme desconfiança entre controlador e controlado. Nessa seara, a visão punitiva do TCU é importante, mas é, atualmente, secundária.

Em conclusão, digo que não basta apenas a revolução da governança no campo administrativo para melhorar a atuação estatal brasileira. O problema brasileiro vai além disso. É necessária uma mudança do sistema político do país, além de uma modificação das práticas do setor privado em conjunto com as alterações que são realizadas no âmbito da administração pública.





## **DOMINGOS SOARES FARINHO**

Licenciado e doutor em direito, com especialização em ciências jurídico-políticas. É advogado, professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), onde atua também como investigador principal do Centro de Investigação de Direito Público do Instituto de Ciências Jurídico Políticas. É, ainda, Fellow of Practice do Government Outcomes Lab da Blavatnik School of Government, da Universidade de Oxford.

## GOVERNAR MELHOR OS SERVIÇOS PÚBLICOS: EM DEFESA DOS “DEPARTAMENTOS TRANSVERSAIS”

A questão que me proponho a explorar neste breve argumento tem origem na percepção de uma dificuldade, no âmbito da (boa) governança<sup>1</sup> da Administração Pública, em articular a microgestão dos serviços públicos e a macrogestão da Administração Pública central. Essa questão está para os estudiosos dessas matérias como a elusiva teoria unificadora está para a Física, procurando unificar a mecânica quântica e a relatividade geral. Com efeito, no domínio da governança da Administração Pública, encontramos muitos trabalhos de investigação dedicados à governança dos serviços públicos, sendo estes considerados sobretudo como unidades autônomas e delimitadas em torno de um objeto ou prestação específica.<sup>2</sup> Esses trabalhos também versam sobre como devem ser feitas a organização e a gestão da Administração Central em nível governamental.<sup>3</sup> Contudo, assegurar a articulação entre esses dois

---

1 Optei por utilizar neste texto, propositadamente, o termo “governança” em vez do termo “governo”, que normalmente utilizo, por ser este um texto destinado a um público lusófono, com incidência no público brasileiro, mais habituado ao termo escolhido. Sobre o conceito de “governance”, integrando terminologicamente o que aqui entendemos em sinonímia como governança ou governo, conferir as ideias de Owen Hughes em *Does Governance Exist?*, publicadas na obra *The New Public Governance? – Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, organizada por Stephen P. Osborne em Londres e editada pela Routledge em 2010.

2 Esta é, aliás, a tônica fundamental de um dos regimes de execução de políticas públicas e de satisfação de serviços públicos, a denominada *New Public Management*. Cf. Osborne, Stephen P., *Introduction – The (New) Public Governance: a suitable case for treatment?*, in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? – Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010, pp. 8 e 9; Peters, Guy, *Meta-Governance and Public Management*, in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? – Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010, pp. 38 e ss.

3 Aqui estamos sobretudo no domínio da teoria burocrática clássica. Cf. Osborne, Stephen P., *Introduction – The (New) Public Governance: a suitable case for treatment?*, in Osborne, Stephen P. (ed.), *op. cit.*, p. 8.

níveis e garantir a eficiência no fluxo de informações, comandos e reportes entre eles é algo que só desde pouco tempo atrás tem merecido atenção. Essa falta de interesse tem, evidentemente, uma razão histórica: as duas teorias dominantes da governança administrativa assumem-se como capazes de resolver essa dificuldade. Somente há bem pouco tempo, entretanto, começou-se a perceber que não era assim e que, na verdade, ambas as teorias conseguiram resolver o problema durante algum tempo, em condições históricas muito específicas, mas não ofereceram ao impasse da Administração Central dos Governos uma solução evolutiva, articulada e preparada para gerir, de forma eficiente, diferentes modelos de serviços públicos.<sup>4</sup>

As respostas a essa questão têm sido dadas no quadro de um novo paradigma, que se pode designar por *New Public Governance*,<sup>5</sup> sob a égide do conceito de metagovernança.<sup>6</sup> O que se pretende é assegurar que a governança das várias partes do sistema necessário para proporcionar um serviço público seja feita por meio de mecanismos que mantenham as virtudes que foram conseguidas por intermédio da imputação de atribuições a níveis autônomos, periféricos e/ou desconcentrados, ao mesmo tempo em que são garantidos o controle central e a direção.<sup>7</sup>

A partir dessas considerações iniciais, pretendo aprofundar um pouco mais a questão e discutir como poderemos encontrar caminhos para solucioná-la.

---

4 Osborne, Stephen P., *Introduction - The (New) Public Governance: a suitable case for treatment?*, in Osborne, Stephen P. (ed.), op. cit., p. 5; Lynn Jr, Laurence E., *What Endures? Public Governance and the Cycle of Reform* in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? - Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010.

5 Cf. Osborne, Stephen P., *Introduction - The (New) Public Governance: a suitable case for treatment?*, in Osborne, Stephen P. (ed.), op. cit., p. 9 e ss; Cabral, Nazaré Costa, *A "New Public Governance" e a inovação social: sua relevância no plano da provisão de serviços públicos e o seu significado na emergência de um novo paradigma de políticas públicas*, in Nunes, António José Avelãs et al. (ed.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal Almeida*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 255-287.

6 Cf. Peters, Guy, *Meta-Governance and Public Management*, in Osborne, Stephen P. (ed.), op. cit. Para um contexto mais vasto, cf. Kooiman, Jan, *Governing as Governance*, London, SAGE Publications, 2003; Sorensen, Eva, *Metagovernance - The Changing Role of Politicians in Processes of Democratic Governance*, in *American Review of Public Administration*, 36, 1, 2006.

7 Notando que esse é um dos pressupostos da metagovernança, cf. Peters, Guy, *Meta-Governance and Public Management* in Osborne, Stephen P. (ed.), op. cit., p. 37.

## **A HERANÇA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM SILOS**

A organização administrativa de tipo departamental, composta pelo que chamamos de “ministérios” no Brasil e em Portugal, é uma herança da organização administrativa dos séculos XVIII e XIX, característica dos primeiros modelos organizacionais do Estado e muito devedora da organização militar.<sup>8</sup> Ela está assentada em uma estrutura hierárquica com comunicação apenas no topo, que chega até nós na figura do Governo, simultaneamente órgão político e administrativo.<sup>9</sup>

O fenômeno da administração indireta, que se massificou durante o século XX, embora tenha contribuído para aumentar a autonomia de muitos serviços da Administração Pública, colaborou para compartimentar ainda mais a prossecução das atribuições de cada departamento do Governo, que hoje conta com a longa mão dos poderes de superintendência e de tutela de cada ministério sobre os seus entes personalizados.

A passagem do tempo teve como efeito a sedimentação de muitas funções, sempre executadas pelos mesmos ministérios, como são os casos das Finanças, Negócios Estrangeiros, Defesa, Administração Interna e Justiça, que chegam até a atualidade praticamente intocados e com atribuições que quase se confundem com os próprios ministérios. O mesmo se diz das áreas de fomento econômico, que começaram a ser apoiadas com mais sustentação pelo Estado a partir do século XIX e, assim, passaram a integrar a sua organização administrativa. Mesmo as mais recentes atribuições do Estado social rapidamente se estabilizaram em torno de um departamento específico, de que são exemplos os Ministérios da Saúde, da Educação, da Segurança Social e da Cultura.<sup>10</sup>

## **OS PROBLEMAS DA ADMINISTRAÇÃO EM SILOS**

---

8 Cf. Mulgan, Geoff, *The Art of Public Strategy - Mobilizing Power and Knowledge For the Common Good*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 182.

9 No caso português, também legislativo.

10 Cf. Mulgan, Geoff, *The Art of Public Strategy - Mobilizing Power and Knowledge For the Common Good*, op. cit., p. 183.

A Administração Pública fortemente organizada em departamentos verticais apresenta três problemas, que serão explicitados abaixo. Ela conta com hierarquias dominantes e cuja possibilidade de interação carece, formal e materialmente, de um impulso do órgão comum de direção, o Governo.

Em primeiro lugar, vários serviços de apoio à execução de atribuições do Estado são comuns à generalidade delas. Um exemplo é o controle financeiro – o que explica o ascendente informal e formal que o Ministério das Finanças alcançou na história da Administração Pública.<sup>11</sup> Encontramos outros exemplos de partilha transversal, como a gestão informática, os serviços de segurança, o fornecimento de refeições, dentre muitas outras áreas.

Em segundo lugar, a organização em silos tende a minar o desenvolvimento de estratégias administrativas para a prossecução de serviços públicos por vários ministérios, mesmo quando um determinado serviço público recomenda a combinação de várias atribuições espalhadas por ministérios distintos.<sup>12</sup> Nessa medida, o pensamento estratégico tende a não ser feito para os resultados pretendidos com um determinado serviço público, independentemente do ministério; ao contrário, a compartimentação leva ao desenvolvimento de estratégias acantonadas dentro das atribuições de cada ministério que desenvolve a referida estratégia, o que cria um círculo vicioso sempre que um determinado serviço público deve combinar atribuições imputadas a ministérios distintos.<sup>13</sup>

Finalmente, em terceiro lugar, a própria execução de políticas implica, muitas vezes, a prossecução de atribuições comuns a vários ministérios, que surgem combinadas num único serviço público ou num serviço público integrado.<sup>14</sup> Nesse caso, a organização vertical

---

11 Figuras como a do auditor ministerial, que reporta ao Ministério das Finanças, ou a conhecida Lei dos Compromissos (aprovada pela lei n° 8/2012, de 21 de dezembro, e alterada pelas leis n° 20/2012, de 14 de maio, n° 64/2012, de 20 de dezembro, n° 66-B/2012, de 31 de dezembro, e n° 22/2015, de 17 de março), no caso português, são exemplos desse ascendente.

12 Cf. Barber, Michael, *How to Run a Government*, London, Penguin Random House, 2015, p. 35; Peters, Guy, *Meta-Governance and Public Management* in Osborne, Stephen P. (ed.), op. cit., p. 42.

13 Cf. Mulgan, Geoff, *The Art of Public Strategy – Mobilizing Power and Knowledge For the Common Good*, cit., pp. 183 e 184; Bovaird, Tony, *Strategic management in public sector organizations* in Bovaird, Tony; Loeffler, Elke (ed.), *Public Management and Governance*, London, Routledge, 2003, pp. 58 e ss.

14 E que por vezes pode ainda reclamar a participação de entes privados, que assim integram também o sistema de metagovernança que é necessário montar. Um exemplo dessa situação são

tende a dificultar, no momento da execução e da garantia de bom desempenho do serviço, a obtenção dos resultados pretendidos.

## **A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ATRAVÉS DE PROCEDIMENTOS E ORGANISMOS TRANSVERSAIS**

O primeiro problema de que tratei corresponde a um momento intermediário no processo de cumprimento do interesse público, que é muito diversificado e que, apesar de ainda apresentar uma resposta deficiente, vem sendo tratado pelo ministério com atribuições na área das Finanças e da Administração Pública. As denominadas funções de suporte ao desenvolvimento da estratégia e da satisfação do interesse público assumem, como dissemos, natureza transversal em relação a boa parte da Administração Pública, mas não há, nesses tipos de funções, um elemento de alinhamento político com o mesmo grau de exigência de coordenação política, que está presente quer no desenvolvimento da estratégia, quer na satisfação do serviço público. Assim, vamos nos concentrar nos organismos e no tipo de modelo de governo que são necessários para assegurar o alinhamento entre o desenvolvimento da estratégia e da execução de um serviço público, bem como a sua coordenação pelo Centro do Governo. Essa delimitação do objeto que pretendemos desenvolver nas próximas linhas implica um desenvolvimento complementar sobre dois conceitos que utilizamos.

Por um lado, a complexidade da Administração Pública moderna e, por outro, as ideias de subsidiariedade e desconcentração levaram o Direito Administrativo a ser chamado a desenvolver graus cada vez mais específicos e detalhados na imputação de atribuições de interesse público. Na Administração Central direta, por exemplo, isso significa imputar as principais funções do Estado,

---

as parcerias público-privadas. Cf. Greve, Carsten, Hodge, Graeme, *Public-Private Partnerships and Public Governance Challenges* in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? – Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010. Sobre os problemas de gestão contratual em geral, no quadro de um sistema de metagovernança, cf. Kettl, Donald F., *Governance, Contract Management and Public Management* in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? – Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010; Farneti, Federica, Padovani, Emanuele; Young, David W., *Governance of Outsourcing and Contractual Relationships* in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? – Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010.

seguindo o comando constitucional contido nos artigos 9º e 81 da Constituição portuguesa, ao Conselho de Ministros, depois aos Ministérios e, dentro destes, às Direções-Gerais e, ainda, às Direções de Serviços e às Divisões. Em cada um desses graus, o interesse público geral, que podemos traçar desde o texto constitucional ou desde a lei ordinária, é detalhado e aprofundado, de modo que, dependendo da complexidade de uma dada atribuição plasmada num determinado interesse público, a responsabilidade direta pela sua prossecução efetiva pode ser atribuída a qualquer desses graus. Contudo, é raro que a responsabilidade direta seja atribuída a mais de um Ministério. Quando o é, dada a segmentação das atribuições, não existem procedimentos e organismos capazes de coordenar esse prosseguimento transversal. Assim, a responsabilidade direta por ele pretende significar não apenas o (e apenas um) Ministério responsável por planejar e executar uma dada política pública constituída num dado serviço público, mas também, quando aplicável, qual estrutura, dentro desse Ministério, tem a imputação normativa de fazê-lo.

Em vez disso, quando nos referimos ao “Centro do Governo”, estamos tomando emprestada uma expressão utilizada por autores anglo-saxões para designar o núcleo próximo do órgão máximo político-administrativo de coordenação do Governo – no caso português, o Primeiro-Ministro; no caso brasileiro, o Presidente da República. É a esse núcleo de coordenação que cabe assegurar a existência de mecanismos e organismos destinados a garantir a coordenação administrativa. A questão é como e a partir de quando se deve deixar a coordenação política de pastas ministeriais e aprofundar a coordenação por meio de novos mecanismos legislativos e administrativos; em outras palavras, quando e como governar a partir do centro, de forma integrada, garantindo que a distribuição de atribuições por estruturas administrativas estáveis não impeça a imposição normativa de certificar que a prossecução dessas atribuições, no quadro de um determinado serviço público, seja feita transversalmente, ou seja, em rede.<sup>15</sup>

---

15 Notando que o *central resource-allocation mechanism*, no âmbito de uma governança contemporânea, é *the interorganizational network*, cf. Osborne, Stephen P., *Introduction - The (New) Public Governance: a suitable case for treatment?*, in Osborne, Stephen P. (ed.), *op. cit.*, pp. 8 e 9.

## MODELOS DE GOVERNO TRANSVERSAIS

A coordenação político-administrativa geral, mesmo em modelos muito incipientes, é, hoje, uma realidade na maioria dos governos.<sup>16</sup> Ao lado do Conselho de Ministros formal, é comum a ocorrência de reuniões preparatórias com ministros e secretários de Estado, que têm peso político para operar a coordenação político-administrativa necessária para assegurar as prioridades do Governo. No nível político-administrativo, é também comum encontrar departamentos governamentais cuja única função é viabilizar tal coordenação geral, o que, no caso português, corresponde à Presidência do Conselho de Ministros, que tem, tradicionalmente, não apenas a atribuição de coordenação do processo legislativo, mas também a de garantir o funcionamento administrativo dos departamentos governamentais de apoio direto ao Primeiro-Ministro. No quadro desse grande departamento de coordenação geral, começaram a surgir em Portugal,<sup>17</sup> nos últimos dez a quinze anos, algumas tentativas de aprofundar, organicamente, a coordenação administrativa. Com essas tentativas, procurou-se governar a partir do centro, reduzindo ou impedindo a captura, pelos departamentos governamentais, da satisfação do interesse público, com as patologias inerentes.<sup>18</sup> Procura-se, afinal, encontrar uma alternativa para o controle por meio da hierarquia, sem cair nas virtualidades do funcionamento desconcentrado<sup>19</sup> e em rede.<sup>20</sup>

---

16 Cf. Mulgan, Geoff, *The Art of Public Strategy - Mobilizing Power and Knowledge For the Common Good*, op. cit., pp. 185 e 186

17 Não devemos confundir esses esforços com a existência de Ministérios da Reforma Administrativa, ou da Modernização Administrativa, ou da integração dessas atribuições especiais na orgânica da Presidência do Conselho de Ministros. Nesse caso, o que temos é a autonomização de um objetivo específico da Administração Pública, embora transversal, e não a institucionalização de departamentos transversais de caráter continuado.

18 Peters, Guy, *Meta-Governance and Public Management*, in Osborne, Stephen P. (ed.), op. cit., p. 42.

19 Sobre as questões levantadas pela governança em contexto de desconcentração, cf. Pollitt, Christopher, *Decentralized management* in Bovaird, Tony; Loeffler, Elke (ed.), *Public Management and Governance*, London, Routledge, 2003.

20 Cf. Peters, Guy, *Meta-Governance and Public Management* in Osborne, Stephen P. (ed.), op. cit., p. 41.

O modelo de governo transversal que o sistema clássico ministerial convoca implica a previsão de departamentos cujos responsáveis tenham ascendente político sobre os titulares das pastas verticais.<sup>21</sup> Em outras palavras, na ausência de uma hierarquia departamental, deve existir uma hierarquia política dos departamentos horizontais sobre as áreas necessárias.

O modelo ideal de governo para administrações públicas em rede, em que muitos serviços públicos estão interligados ou dependentes das competências de órgãos de diferentes departamentos ministeriais, não só combina a atribuição da coordenação transversal aos membros do Centro do Governo – isto é, politicamente mais próximos do líder –, como também institucionaliza juridicamente os departamentos transversais como departamentos com atribuições especiais que têm preferência sobre as atribuições comuns dos vários ministérios verticais. Estamos falando de ferramentas dirigidas não apenas ao controle interno do próprio setor público, mas também destinadas a controlar o ambiente de atuação do setor público, mais do que a própria atuação de um serviço concreto.<sup>22</sup> Por exemplo: embora caiba ao Ministério da Administração Interna planejar certa política pública que desenvolva uma atribuição conferida a ele, se a tarefa de planejamento integrar um planejamento estratégico transversal – e, como tal, multiministerial –, esse ministério deve ceder a coordenação ao departamento transversal de planejamento estratégico. O mesmo ocorre perante o lançamento e o acompanhamento da execução do serviço público, se essas tarefas incluírem vários ministérios e existir um departamento transversal com essa atribuição. Há uma lógica federativa: assim que uma fase do processo de desenvolvimento de uma política pública é politicamente considerada multidepartamental e prioritária, o departamento transversal que tenha a ver com essa fase assume a coordenação. Isso demonstra a necessidade

---

21 Cf. Crosby, Barbara C., Bryson, John M.; Stone, Meliss M., *Leading across frontiers: How visionary leaders integrate people, processes, structures and resources*, in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? – Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010, pp. 200 a 222.

22 Cf. Peters, Guy, *Meta-Governance and Public Management*, in Osborne, Stephen P. (ed.), op. cit. p. 38.

imperativa, sob pena de falência do mecanismo federativo, de haver uma dupla ascendência dos mecanismos de coordenação: política, quanto aos líderes; hierárquica, quanto à estrutura orgânica. O Centro do Governo tem de se caracterizar não apenas por um ascendente político, que naturalmente costuma ocorrer, mas também por um passo acrescido de institucionalização e formalização hierárquica. Nessa medida, encontramos um modelo de governo multinível, verdadeiramente em rede,<sup>23</sup> em que o Centro do Governo constitui-se como líder de departamentos transversais, que asseguram a coesão das prioridades políticas, coordenando os vários ministérios verticais necessários. Em muitos casos, na verdade, verificar-se-á um terceiro nível, pois existem ministérios verticais que, em razão da matéria, e não da função de coordenação geral, devem ter atribuições transversais.<sup>24</sup> É o caso do Ministério das Finanças, quanto ao controle das contas públicas em todos os departamentos, verticais ou horizontais, ou o do Ministério dos Negócios Estrangeiros, no que diz respeito a certas políticas externas, em especial no âmbito da União Europeia. É, pois, adequado o epíteto de governo em rede.<sup>25</sup>

Essa estrutura, embora exista na maioria dos governos modernos, é ainda muito incipiente no que toca à articulação e à coordenação político-administrativa, focando-se na primeira com prejuízo da segunda (e, mais tarde, com prejuízo também da primeira). É fundamental olharmos para os departamentos transversais que a referida estrutura convoca e para o modo como esses departamentos devem administrativamente se relacionar com os vários departamentos transversais. É justamente porque a colaboração entre departamentos não é natural e automática,

---

23 Cf. Goldsmith, Stephen; Eggers, William D., *Governing by Network*, Washington D.C., The Brookings Institution, 2004, pp. 53 e ss; Loeffler, Elke, *Public governance in a network society*, in Bovaird, Tony; Loeffler, Elke (ed.), *Public Management and Governance*, London, Routledge, 2003, pp. 208 e ss.

24 O cruzamento dos tradicionais ministérios verticais, orientados para funções clássicas da atuação administrativa, com superministérios horizontais, orientados para áreas da vida dos cidadãos, é uma realidade distinta da que aqui agora analisamos, embora, como dissemos, com ela possa combinar-se. Cf. a esse respeito a carta escrita por Geoff Mulgan e Stian Westlake para o Primeiro-Ministro britânico que viesse a vencer as eleições de maio 2015. Disponível em: <[http://www.nesta.org.uk/sites/default/files/letter\\_to\\_pm.pdf](http://www.nesta.org.uk/sites/default/files/letter_to_pm.pdf)> (última visualização: 19 jun. 2017).

25 Cf. Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? - Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010.

e nem sempre necessária,<sup>26</sup> que importa perceber a forma como se deve organizar a governança de organismos destinados a assegurar essa colaboração e consequente coordenação.

## **DEPARTAMENTOS TRANSVERSAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Em especial, interessa-me analisar as experiências de verdadeiros departamentos transversais, cujas atribuições não são definidas em razão do tipo substantivo de interesses públicos, mas da função no processo de cumprimento desses interesses. Preocupar-me-ei com três funções: a de estratégia, a de satisfação e a de avaliação. Essas são as de maior interesse para a coordenação político-administrativa e, como tal, requerem mais atenção procedimental e orgânica. Utilizarei dois estudos de caso relacionados aos Governos ingleses Blair e Brown: *Strategy Unit* e *Delivery Unit*.

## **O DEPARTAMENTO DE ESTRATÉGIA E A TRADIÇÃO DOS GABINETES DE ESTUDOS E DE PLANEJAMENTO**

O planejamento estratégico da Administração Pública dificilmente se compadece dos desacertos de uma agenda política organizada por áreas que dificilmente coincidem, em substância e em oportunidade, com os ministérios existentes. Nessa medida, não obstante a existência, em sucessivas encarnações distintas, de gabinetes de estudos e de planejamento em praticamente todos os ministérios, apenas nos primeiros anos se ensejou um mecanismo de coordenação de departamentos setoriais de planejamento.<sup>27</sup> Ainda assim, esse mecanismo se apresentou muito conformado à influência ideológica do planejamento econômico, mais do que o planejamento estratégico de serviços públicos. Após esse momento inicial, a tarefa de planejamento administrativo e estratégico foi deixada para os ministérios, ao mesmo tempo que o pensamento político-estratégico se manteve no Conselho de Ministros. Impõe-se um departamento transversal, que sirva de intermediário entre

---

<sup>26</sup> Mulgan, Geoff, *The Art of Public Strategy - Mobilizing Power and Knowledge For the Common Good*, op. cit., p. 187.

<sup>27</sup> Encontrado no binômio composto pela lei nº 31/77, de 23 de maio, concernente ao sistema e à orgânica de planejamento e composição do Conselho Nacional do Plano, e pelo decreto-lei nº 407/80, de 26 de setembro, relativo aos organismos setoriais de planejamento.

esses dois níveis e promova uma integração entre a estratégia política definida no Centro do Governo e o pensamento estratégico desenvolvido setorialmente. Um dos principais instrumentos de metagovernança é a gestão estratégica do sistema, de modo que se assegure que todos os níveis da Administração Pública implicados na satisfação de um interesse público estejam envolvidos e alinhados na mesma estratégia.<sup>28</sup> Foi exatamente essa a tarefa da *Strategy Unit* inglesa, existente entre 2002 e 2010 nos Governos de Tony Blair e Gordon Brown.<sup>29</sup> O exemplo da *Strategy Unit*, que produziu mais de 130 documentos durante os seus oito anos de existência<sup>30</sup> e originou dezenas de políticas públicas transversais, demonstra a importância de um departamento horizontal – no caso, com atribuições de estratégia política, no sentido de habilitar o Centro do Governo a assegurar as prioridades da governação no quadro da Administração Pública institucionalizada.

## **O DEPARTAMENTO DE DESEMPENHO E A COORDENAÇÃO MULTIMINISTERIAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Um outro exemplo do mesmo período, e nos mesmos Governos de Blair e Brown, é a *Delivery Unit*, que funcionou entre 2001 e 2010. Em algum lugar entre o bom desempenho e a satisfação, a ideia inglesa de *delivery* vai além da simples execução de uma política pública ou do funcionamento de um serviço público. Trata-se de assegurar que os resultados de um serviço público estão alinhados com os objetivos que tinham sido preconizados para ele e que satisfazem os utentes. Acresce a essa preocupação com o desempenho um natural reflexo de avaliação, de modo a poder aferir com objetividade o nível de tal desempenho. Na Inglaterra, a *Delivery Unit* teve essa dupla função. Em primeiro lugar, coordenava todo o lançamento e desempenho de um determinado serviço público ou política pública e o avaliava – aliás, no caso inglês, essa avaliação levou mesmo à introdução

---

28 Cf. Peters, Guy, *Meta-Governance and Public Management* in Osborne, Stephen P. (ed.), op. cit., p. 45; Mulgan, Geoff, *The Art of Public Strategy – Mobilizing Power and Knowledge For the Common Good*, op. cit., pp. 182 e ss.

29 Cf. Mulgan, Geoff, *The Art of Public Strategy – Mobilizing Power and Knowledge For the Common Good*, op. cit., pp. 127 e ss.

30 Cf. <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100125070726/http://cabinetoffice.gov.uk/strategy/publications/archive.aspx>> (última visualização: 08 jun. 2017).

de uma ferramenta de gestão pública específica: os Acordos de Serviço Público (PSA ou *Public Service Agreements*). A função de um departamento transversal como a *Delivery Unit* não pode deixar de ser enfatizada. Por meio dela, não só se assegura, a partir do Centro do Governo, uma cadeia de prioridades na satisfação de políticas públicas, como também é possível coordenar vários departamentos verticais, de maneira que o resultado dessa coordenação não seja um somatório de ministérios a funcionar nos bastidores, mas um verdadeiro serviço público integrado e uniforme a serviço de uma necessidade dos cidadãos. Pode-se dizer que a função de uma *Delivery Unit* é transformar interesses públicos dispersos pelas atribuições de vários ministérios em uma prestação pública una e coesa. Nessa medida, ela foi mais longe do que a *Strategy Unit*, que coordenava as unidades setoriais, nomeadamente alinhando as suas investigações e análises. A *Delivery Unit* funcionou distribuindo equipes especiais, com conhecimentos nas áreas substantivas que importava integrar, permitindo, assim, que a ligação entre o Centro do Governo e os vários departamentos verticais envolvidos fosse permanente e especialmente qualificada.<sup>31</sup>

## **AS VANTAGENS DOS DEPARTAMENTOS TRANSVERSAIS**

Existe uma exigência permanente e atualizada de definir quais os resultados a atingir, no quadro da Constituição e do mandato político, e de como responder por eles. Essa exigência coloca vários desafios ao Centro do Governo. Como pretendemos demonstrar com os três exemplos de funções a desempenhar por departamentos transversais, aqui enquadrados em dois casos de estudo ingleses, a questão da definição da estratégia e a questão da mensurabilidade e da avaliação dos resultados dos serviços públicos tornam-se essenciais para os governos e para as administrações públicas contemporâneas.<sup>32</sup>

A definição clara do tipo de provisão dos serviços públicos – algo que deve estar estabelecido no início de cada governo, dentre

---

31 Cf. Barber, Michael, *How to Run a Government*, op. cit., pp. 36 e ss.

32 Sobre a questão das métricas, cf. Mulgan, Geoff, *The Art of Public Strategy – Mobilizing Power and Knowledge For the Common Good*, op. cit., p. 228.

as opções disponíveis no catálogo jurídico-político – convoca de forma intensa a necessidade de departamentos transversais. Quer se opte por provisão direta pública, por provisão indireta pública (por meio de pessoas coletivas privadas criadas pelo Estado), por verdadeira privatização da gestão ou até mesmo por privatização do planejamento e da gestão, as funções de estratégia, preparação e monitoramento de bom desempenho e avaliação mantêm-se sempre no Centro do Governo, imunes ao tipo de provisão dos serviços públicos.<sup>33</sup>

Assim, esses departamentos transversais trazem como vantagens:

a) a possibilidade de avaliar constitucionalmente a opção de provisão e propor estratégias e formas de organização e desempenho apropriadas, de modo insulado da pré-compreensão de cada titular de pastas setoriais;

b) a possibilidade de determinar o melhor mecanismo de supervisão do Centro do Governo sobre o serviço público;

c) a possibilidade de instituir e utilizar “unidades de ligação”, com peso político no Centro do Governo, e uma equipe de *problem solvers*<sup>34</sup> e *conflict preventers*, que podem ser utilizados como unidades de operações especiais e que devem estar jurídica e funcionalmente adaptados à organização utilizada em cada um dos departamentos setoriais a coordenar.

## **OS DEPARTAMENTOS TRANSVERSAIS E O FUTURO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A institucionalização de departamentos transversais com as características apontadas e explicadas permite o estabelecimento de um objetivo final: fazer evoluir os governos para estruturas por áreas de políticas públicas integradas, superando as camadas de atribuições ministeriais que os diversos governos foram

---

<sup>33</sup> Mesmo quando em alguma ou em todas essas funções há contratação de serviços privados para coadjuvá-las.

<sup>34</sup> Cf. Barber, Michael, *How to Run a Government*, op. cit., p. 41.

depositando sobre a Administração Pública nos últimos duzentos anos. O objetivo é conseguir um governo consolidado, que coordena de forma mais eficiente a Administração Pública.<sup>35</sup>

Essas medidas devem ser acompanhadas por um conjunto de alterações no coração da Administração Pública dirigidas a três áreas: i) recrutamento e carreiras; ii) formação e avaliação; e iii) gestão financeira. O novo modelo de governo deve estar alinhado aos atuais padrões de gestão financeira, patrimonial e de pessoal. É preciso dar maior autonomia, nesses três domínios, aos dirigentes de cada entidade pública, a partir de orientações transversais traçadas pelos novos departamentos. Sobretudo no domínio financeiro, é necessário alinhar estratégia de longo prazo, com planejamento e execução de políticas públicas de curto e médio prazos, por meio de um envelope financeiro que garanta autonomia e permita premiar a inovação e o sucesso. Futuros programas de governo devem conter medidas nesse sentido, prevendo que o orçamento seja feito por políticas públicas e que a responsabilidade de gerir o envelope financeiro de cada política pública seja dos ministros responsáveis pela sua execução, coordenados pelo responsáveis transversais e pelo Primeiro-Ministro.

É igualmente preciso mapear toda a Administração Pública a partir das suas atribuições legais e cruzá-la com as políticas públicas às quais o Primeiro-Ministro tenciona dar prosseguimento. Onde houver sobreposição de atribuições, os serviços devem ser fundidos; onde não se encontra justificação para uma atribuição à luz de políticas públicas a prosseguir, os serviços devem ser extintos. Esse trabalho é imperativo e tem que ser feito. Os modelos de governo das entidades públicas subgovernamentais não podem ser redundantes nem inexplicáveis (como acontece com as Entidades Públicas Empresariais - EPE). Cada entidade pública deve servir a um propósito específico, aumentando a escolha pública sem redundâncias (como ocorre com os modelos de governo que os particulares podem escolher para constituir

---

<sup>35</sup> Estamos aqui perante a noção de *joined-up government*, que é tema central do capítulo X do *The Art of Public Strategy*, de Geoff Mulgan, o primeiro diretor da *Strategy Unit*. Cf. *Mulgan, Geoff, The Art of Public Strategy - Mobilizing Power and Knowledge For the Common Good*, op. cit., pp. 182 e ss.

suas empresas ou seus modos de atuação no terceiro setor).

É a partir do Centro do Governo que deve-se decidir como alinhar as políticas públicas com os modelos de governo e de gestão que melhor as executem.<sup>36</sup> O Governo tem que se especializar em desenvolver métricas de avaliação de políticas públicas com foco nos resultados esperados, de forma que se possa regularmente avaliar todas as dimensões da execução de uma política pública: a legislação, os modelos de governo, as metodologias e os próprios resultados.<sup>37</sup> Esse trabalho deve ser feito sob a coordenação dos novos departamentos, mas a partir de equipes novas ou constituídas partindo de entidades públicas já existentes, que podem, inclusive, ser colocadas em concorrência, em busca de novas métricas, mais acertadas para medir os resultados sociais que o Primeiro-Ministro desejar alcançar com uma determinada política pública.

Tudo isso significa reestruturar o Governo, colocando-o no centro de políticas públicas que sejam alimentadas e às quais seja dado prosseguimento a partir das estruturas verticais e transversais, em matriz. Sob cada uma dessas estruturas, haverá muito trabalho para fazer, como garantir que os departamentos transversais se mantenham flexíveis do ponto de vista da gestão e do pessoal, bem como melhorar as carreiras em comum e outros aspectos partilhados pelos departamentos verticais, de maneira que possam focar mais produtivamente em cada uma das suas funções na execução de políticas públicas. São necessárias investigação complementar e, sobretudo, experimentação, pois assim a integração das estruturas preconizadas nesta análise poderá ser testada em ambiente real, mas controlado, e então poderemos vislumbrar uma evolução na metagovernança administrativa que seja ajustada às condições existentes em cada sistema político-administrativo.

---

36 Cf. Barber, Michael, *How to Run a Government*, op. cit., pp. 47 e ss.

37 Cf. Bouckaert, Geert; Van Dooren, Wouter, *Performance measurement and management in public sector organisations*, in Bovaird, Tony; Loeffler, Elke (ed.), *Public Management and Governance*, London, Routledge, 2003.

## Bibliografia

Osborne, Stephen P. (ed.). *The New Public Governance? - Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010.

Barber, Michael. *How to Run a Government*, London, Penguin Random House, 2015.

Bouckaert, Geert; Van Dooren, Wouter. *Performance measurement and management in public sector organisations*, in Bovaird, Tony; Loeffler, Elke (ed.), *Public Management and Governance*, London, Routledge, 2003, pp. 148 a 161.

Bovaird, Tony. *Strategic management in public sector organizations*, in Bovaird, Tony; Loeffler, Elke (ed.), *Public Management and Governance*, London, Routledge, 2003, pp. 57 a 75.

Cabral, Nazaré Costa. *A "New Public Governance" e a inovação social: sua relevância no plano da provisão de serviços públicos e o seu significado na emergência de um novo paradigma de políticas públicas*, in Nunes, António José Avelãs; Cunha, Luís Pedro; Martins, Maria Inês de Oliveira (ed.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal Almeida*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 255 a 287.

Crosby, Barbara C.; Bryson, John M.; Stone, Meliss M. *Leading across frontiers: How visionary leaders integrate people, processes, structures and resources*, in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? - Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010, pp. 200 a 222.

Farneti, Federica; Padovani, Emanuele; Young, David W. *Governance of Outsourcing and Contractual Relationships*, in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? - Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010, pp. 255 a 269.

Goldsmith, Stephen; Eggers, William D. *Governing by Network*, Washington D.C., The Brookings Institution, 2004.

Greve, Carsten; Hodge, Graeme. *Public-Private Partnerships and Public Governance Challenges*, in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? - Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010, pp. 149 a 162.

Hughes, Owen. *Does Governance Exist?*, in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? - Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010, pp. 87 a 104.

Kettl, Donald F. *Governance, Contract Management and Public Management*, in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? - Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010, pp. 239 a 254.

Kooiman, Jan. *Governing as Governance*, London, SAGE Publications, 2003.

Loeffler, Elke. *Public governance in a network society*, in Bovaird, Tony; Loeffler, Elke (ed.), *Public Management and Governance*, London, Routledge, 2003, pp. 207 a 222.

Lynn Jr, Laurence E. *What Endures? Public Governance and the Cycle of Reform*, in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? - Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010, pp. 105 a 123.

Mulgan, Geoff. *The Art of Public Strategy - Mobilizing Power and Knowledge For the Common Good*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Osborne, Stephen P. *Introduction - The (New) Public Governance: a suitable case for treatment?*, in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? - Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010, pp. 1 a 16.

Peters, Guy. *Meta-Governance and Public Management* in Osborne, Stephen P. (ed.), *The New Public Governance? - Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, London, Routledge, 2010, pp. 36 a 51.

Pollitt, Christopher. *Decentralized management* in Bovaird, Tony; Loeffler, Elke (ed.), *Public Management and Governance*, London, Routledge, 2003, pp. 250 a 262.

Sorensen, Eva. *Metagovernance - The Changing Role of Politicians in Processes of Democratic Governance*, *American Review of Public Administration*, 36, 1, pp. 98 a 114.



## **CAPÍTULO 4**

# **GOVERNANCE DAS ZONAS METROPOLITANAS E MOBILIDADE URBANA**

BRUNO ARAÚJO

FERNANDO MEDINA

ROBERTO CLÁUDIO RODRIGUES BEZERRA



## **BRUNO ARAÚJO**

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Foi deputado estadual por dois mandatos consecutivos, deputado federal por três mandatos e ministro das Cidades. Foi líder de seu partido e autor do projeto de lei que criou o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. Atualmente exerce mandato na Câmara Federal.

## **O TRIPÉ DA POLÍTICA HABITACIONAL NO BRASIL**

É um desafio analisar as problemáticas das questões urbanas aliadas à governança. A existência no Brasil de um Ministério das Cidades sugere a própria negação da federação ou a confirmação de um Estado com características unitárias, a partir da compreensão de um país que possui uma história colonial, monárquica e imperial, e se transformou em um presidencialismo forte, em teoria com um modelo federativo. Se o modelo de governança fosse federativo, os recursos estariam nas cidades, e não seria necessário decidir, a partir de Brasília, como encaminhar recursos fundamentais para a vida dos municípios.

### **O MINISTÉRIO DAS CIDADES**

Primeiramente, eu gostaria de apresentar o cenário que encontramos quando assumimos o Ministério das Cidades, em maio de 2017. O volume de recursos de contratos assinados com o Governo Federal e com prefeitos ou com governadores de estados, somados na área de saneamento, correspondia a 41 anos do orçamento do Ministério das Cidades de compromissos assumidos pelo Governo Federal. Na área de mobilidade, o Governo Federal assinou contratos com prefeitos e governadores equivalentes a 71 anos do orçamento do Ministério das Cidades. Essa é a expectativa de um país que espera por recursos que foram contratados e que a federação não tem. Havia, portanto, um quadro de colapso, de atrasos das obras por falta de pagamento e de desequilíbrio econômico.

O país viveu uma evolução demográfica a partir do fim do ciclo do café, com a migração da população brasileira para os grandes centros. O Brasil é um país urbano: mais de 80% da população vive nas cidades, e 15% da população que está no campo dão suporte a grande parte da economia e da pauta da exportação nacionais. Esses brasileiros do campo sustentam de forma muito relevante e efetiva a economia do país. Grande parte da população nacional encontra-se distribuída pelos principais centros urbanos, como São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Brasília, Goiânia, Recife, Salvador, Fortaleza. O Brasil possui 74 regiões metropolitanas, sendo 20 grandes áreas metropolitanas – logo, 20 grandes desafios metropolitanos. Metade da população do Brasil se encontra em apenas 7% de seu território, e 89% dos núcleos informais no Brasil – o que se conhece popularmente como “favelas” – se concentram nessas regiões metropolitanas, promovendo um déficit habitacional de 60%. Na região metropolitana de São Paulo, existem 65 municípios, com um total de 22 milhões de brasileiros.

O Ministério das Cidades tem o desafio de cuidar da política habitacional, do saneamento ambiental, da mobilidade urbana, do planejamento da governança e da política urbana do país. O déficit habitacional é em torno de seis milhões de residências, sendo 5,3 milhões nas regiões urbanas e aproximadamente 800 mil na área rural do país. Para enfrentar esse desafio, o Governo Federal estabeleceu metas para estimular a participação da iniciativa privada, por meio de Parcerias Público-Privadas em áreas como resíduos sólidos, iluminação pública, gestão e capacitação. Dentre as metas estabelecidas está o Estatuto da MetrÓpole, que foi criado para propor diretrizes de governança compartilhadas entre o Governo Federal, os governos estaduais e os municípios, de modo a compartilhar decisões relevantes.

Não há como discutir mobilidade e saneamento sem a participação dos municípios que fazem parte das regiões metropolitanas. No entanto, só 5% dos municípios brasileiros prepararam seus planos de mobilidade de acordo com o Estatuto da MetrÓpole. Isso fez com que o Congresso prorrogasse o prazo da apresentação desses planos, porque o seu não cumprimento

significa que recursos federais não serão repassados, inviabilizando as sequências de obras e, ao mesmo tempo, desmoralizando o prazo imposto, que precisa ser repactuado com firmeza entre a União e os municípios da região metropolitana.

## **HABITAÇÃO**

Retomando a questão da habitação como política de Estado, encontramos o programa Minha Casa Minha Vida, para cuja aprovação avançamos no Congresso Nacional. Estamos aguardando a publicação do Cartão Reforma, uma das grandes revoluções silenciosas no país, que propõe uma mudança no ordenamento jurídico em relação à regulamentação fundiária. O programa Minha Casa Minha Vida está construindo 4,5 milhões de unidades residenciais, das quais 3,6 milhões já foram concluídas e 3,2 milhões foram entregues. Isso significa um investimento de 100 bilhões de euros. O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é o principal patrocinador desse programa habitacional. Para garantir o desenvolvimento desse programa, nós construímos um modelo de governança por meio do diálogo com construtores e entidades de construção que participam do Minha Casa Minha Vida. Assim, das 450 mil unidades em execução nesse momento no país, não há uma única fatura a uma empresa que participa do programa, dando garantia de geração de emprego – que é fundamental nesse momento da economia, com planejamento e possibilidade de retomada das obras paralisadas. Então, as obras que hoje são financiadas pelo Ministério das Cidades, nas áreas de mobilidade e de saneamento, estão em execução, e suas construtoras recebem em até 25 dias o pagamento de suas faturas, gerando uma relação de credibilidade e permitindo um fluxo na garantia da sua execução. Isso foi desenvolvido no planejamento de governança iniciado em 2016. Além disso, reformas estão sendo feitas nas faixas de subsídios dados aos participantes do Minha Casa Minha Vida, com um plano urbanístico mais racional em relação a mobilidade, infraestrutura, saneamento etc., com critérios melhores para se estabelecer o processo construtivo. Isso ajudou no estabelecimento de empreendimentos de, no máximo, 500 unidades. Ademais, deve-se olhar para a segurança, considerando

a atuação de milícias em diversos empreendimentos no país, e a acessibilidade, privilegiando empreendimentos próximos a escolas, hospitais e outros equipamentos.

O Cartão Reforma surge com a ideia de combater o déficit habitacional qualitativo, com o propósito de viabilizar recursos para a compra de material de construção, com a contrapartida de que a obra deve ser feita em um sistema de comunidade, de mutirão, ou com participação ou coordenação da prefeitura. Se a família não entregar a melhoria habitacional e não obedecer a esses critérios, ela fica impedida de receber temporariamente o Bolsa Família e demais programas sociais.

A regulamentação fundiária é uma revolução silenciosa no país. Nós temos de 50 a 100 milhões de brasileiros vivendo em imóveis não registrados, ou seja, posses sem serventia, no caso do direito real, que não servem para acessar financiamentos. Assim, é necessária uma mudança no ordenamento jurídico para que ele se torne ágil, rápido e barato. A titulação fundiária gera uma sensação de pertencimento: as pessoas passam a ter segurança jurídica sobre aqueles imóveis que, muitas vezes, pertencem há décadas às famílias.

A integração desses três programas - o Minha Casa Minha Vida revigorado, com pagamentos firmes, em dia, com reformulação urbanística e regra clara sobre quem recebe o programa; o Cartão Reforma; e a regulamentação fundiária o Brasil - foi o tripé de políticas públicas habitacionais, com a preocupação da governança em relação aos programas e o equilíbrio econômico e financeiro. Assim, a regra no Ministério das Cidades é não contratar o que não se pode pagar em dia, de acordo com o cronograma financeiro estabelecido. Nós, atualmente, falamos em Reforma da Previdência e em Reforma Trabalhista, mas o Brasil precisa de uma profunda reforma no enfrentamento da legislação, caso queira melhorar sua infraestrutura básica, como no caso do saneamento. A reforma do saneamento deve absoluta e imprescindível, sem um caráter ideológico, mas como uma questão objetiva.





## **FERNANDO MEDINA**

Licenciado em economia e mestre em sociologia econômica. Foi deputado, consultor do Grupo de Trabalho do Ministério da Educação na Presidência Portuguesa da União Europeia, assessor do Primeiro- Ministro António Guterres, secretário de Estado do Emprego e da Formação Profissional, e secretário de Estado da Indústria e Desenvolvimento. É presidente da Câmara Municipal de Lisboa.

## **MOBILIDADE URBANA: O CASO DA CIDADE DE LISBOA**

Neste texto, analisarei a situação da cidade de Lisboa e também o enquadramento jurídico que nos rege, de forma a tornar mais prático e produtivo o debate sobre os quadros jurídicos nos quais nós nos movimentamos.

### **MOBILIDADE URBANA**

O primeiro ponto que gostaria de destacar é que mobilidade não é igual a transporte. O primeiro tema é muito mais vasto do que o segundo. Dentro de um município e de uma área metropolitana, o que determina as necessidades e as realidades da mobilidade são fatores muito mais importantes, pois trata-se da necessidade de as pessoas se deslocarem de um local para o outro com vistas a executar funções fundamentais do seu dia a dia – trabalho, lazer, abastecimento de bens e serviços, acesso à cultura, educação dos filhos. Esses padrões de necessidade dependem, em primeiro lugar, da forma como essas atividades estão organizadas no espaço.

A questão central da mobilidade é onde estão as habitações, os empregos, as zonas de lazer e as de educação. É necessário observar a localização territorial desses espaços para depois pensar como conectá-los. Talvez a melhor forma de se olhar para a realidade e os desafios da mobilidade, observando as diferentes formas de cada área metropolitana e de cada cidade, seja por meio de uma fotografia aérea – a melhor forma, aliás, é ter a fotografia da área de dia e de noite, para poder perceber onde as pessoas se distribuem no espaço.

Iniciei dessa forma porque, quando discutimos o tema da mobilidade, temos que ter em conta a questão mais fundamental: o que leva as pessoas a morarem em determinados locais? São as políticas salariais? São as políticas de habitação? São as políticas de crédito para acesso a habitação? O que leva os empregos a se localizarem em determinadas áreas? Qual a natureza do emprego que existe numa determinada localidade? Industrial? Serviços? Agrícola? Dentro do setor dos serviços, o turismo, a logística, os serviços financeiros em empresas? Qual é a estrutura econômica de uma zona? Qual é a qualidade das infraestruturas de lazer, de comércio, de equipamento, de serviços fundamentais às pessoas? Esses fatores determinam o quadro global das necessidades e do formato da mobilidade. Por isso, mobilidade não é só transporte. mas como a área metropolitana está estruturada do ponto de vista das suas funções. Cada área metropolitana é diferente. Na Europa, elas não são tão diferentes assim, pois muitas têm em comum a evolução histórica, mas convém perceber a história e os enquadramentos que as levaram a ter determinada configuração.

## **O CASO DE LISBOA**

Portugal possui duas grandes áreas metropolitanas: Lisboa e Porto. Atualmente, Lisboa tem cerca de 2,8 milhões de habitantes, número que tem crescido nas últimas décadas, e a cidade do Porto deve ultrapassar 1,5 milhão de habitantes. Esses números demonstram que quase metade da população portuguesa vive nas duas grandes áreas metropolitanas, as quais registaram um tipo de desenvolvimento parecido ao longo dos últimos trinta anos - semelhante, aliás, ao de outras áreas metropolitanas na Europa: uma elevada dispersão territorial.

O fenômeno da urbanização é comum em todo o mundo - cada vez mais o número de pessoas que vivem em cidades está aumentando, pois estas têm formas mais eficientes de organização da produção e da vida coletiva. Em Lisboa, a área metropolitana cresceu, mas, ao mesmo tempo, esvaziou-se o seu centro. Isso ocorreu durante trinta anos. A capital tinha cerca de 800 mil residentes e passou para 550 mil. Esses habitantes que saíram

foram morar nas periferias e nos limites do município da cidade. Ao mesmo tempo em que as pessoas foram saindo de Lisboa, do ponto de vista das suas habitações, o seu centro continuou a ser o centro pulverizador dos empregos, devido à terciarização da economia.

Com a forte desindustrialização da margem sul do rio Tejo nos anos 1980, a economia acelerou o processo de terciarização e os empregos passaram a concentrar-se em Lisboa, em particular no centro da área metropolitana. Em síntese, as zonas de residência deslocaram-se preferencialmente para as periferias, os empregos concentraram-se mais no centro e as pessoas passaram a deslocar-se da periferia para o centro utilizando o carro, porque o investimento em transporte público não foi acompanhando o referido fenômeno na mesma velocidade.

Esse processo teve muitas consequências. Em primeiro lugar, surgiram problemas relacionados à degradação dos edifícios, pois, se menos pessoas passaram a morar, menos investimentos foram feitos na reabilitação do edificado. Em segundo lugar, houve uma alteração muito importante no padrão econômico no comércio, com substancial diminuição do comércio tradicional, baseado em proximidade, e o desenvolvimento das grandes superfícies comerciais. Assistimos à criação de significativas zonas comerciais nos aglomerados periféricos e nos maiores nós viários da cidade de Lisboa. Além dessa situação relativa ao edificado particular, passaram a verificar-se problemas adicionais de degradação das infraestruturas públicas do centro da cidade, como, por exemplo, menos investimentos para escolas com menos alunos e em equipamentos de saúde.

Na periferia, aconteceu o oposto: começamos a assistir a uma construção rápida de habitação, fundamentalmente feita pelo setor privado com acesso a crédito, que proporcionou o acesso da classe média a habitação. Todo esse crescimento, porém, não foi acompanhado por investimentos em saneamento, resíduos, abastecimento da água, nem na construção de escolas, creches e hospitais.

O país fez esse investimento e tem resolvido os problemas de abastecimento da água, de saneamento, dos resíduos, de acesso à saúde e da habitação social por meio de parcerias feitas entre a administração central e os municípios. Foram boas conquistas ao longo de trinta anos. No entanto, ainda não construímos um modelo de transporte eficiente para esses padrões de mobilidade. Não mudamos as formas como as funções se distribuem no espaço e ainda não temos um sistema de transportes eficiente, do ponto de vista dessa composição metropolitana.

Todos os dias entram em Lisboa mais de 600 mil pessoas para uma população residente de 550 mil, da qual uma parte significativa já está reformada. É uma cidade com o fenômeno de uma população pendular maior que a população residente. Somam-se ainda os turistas. Por isso, em Lisboa, temos um processo de transporte particularmente exigente, ineficiente e, na minha opinião, completamente insustentável a qualquer título de ponto de vista do futuro. Uma mobilidade diária de cerca de 600 mil pessoas, feita em grande parte por meio de transporte individual, é insustentável do ponto de vista ambiental, econômico, financeiro e da qualidade de vida. Um sistema de mobilidade que depende do transporte individual não tem sustentabilidade futura. Se tivéssemos outro padrão de transporte, os resultados econômicos do país seriam melhores. Bastaria observar a nossa balança externa com menos combustível e menos automóveis.

A grande questão, em matéria de transportes, não foi a fragmentação política, mas o centralismo político. Hoje, o transporte pesado, de comboios, é de responsabilidade da administração central. Todo o sistema rodoviário é gerido por meio de licenças concedidas pelo governo, e o governo é o mesmo instituto público, do mesmo secretário de Estado ou do mesmo ministro. É assim há cerca de 40 anos, e isso é um problema de modelo. O modelo centralista gerou o afastamento do responsável político sobre a consequência da decisão, tornando o nosso sistema profundamente irracional.

Temos um sistema de transporte pesado que não teve investimento à altura das necessidades do crescimento da área metropolitana e um sistema rodoviário que se desarticulou entre os municípios. Esse é o quadro fundamental que ainda existe na área metropolitana. O governo anterior passou para os municípios uma parte importantíssima das competências que estavam no Estado sobre o transporte rodoviário e fez uma lei que o coloca na esfera do município. Isso foi um passo de grande transformação. O ponto negativo dessa lei foi o fato de Lisboa e Porto, centros de áreas metropolitanas, estarem fora dessa regra. Os seus sistemas rodoviários consistiam em concessões feitas pelo Estado a duas entidades privadas, e só daqui a sete ou oito anos é que essas cidades poderiam assumir o seu poder como autoridades no transporte. O novo governo resolveu a questão e passou para os municípios de Lisboa e Porto as competências do transporte rodoviário.

Em Portugal, vivemos um momento particularmente importante, de profunda mudança no quadro de governança do sistema de transportes. Antes, tínhamos um sistema totalmente centralizado no Estado, comandado pela vertente financeira, e não pela vertente operacional de melhor qualidade dos serviços. Atualmente, estamos caminhando para um modelo descentralizado e coincidente com o poder político dentro de cada município, no que diz respeito ao transporte rodoviário, e continuaremos com um elemento de centralismo numa parte muito importante do sistema, que é o transporte pesado, fundamental na organização de uma área metropolitana.

O quadro que temos hoje tem condições de funcionar. Fizemos um acordo com o governo para sermos proprietários da empresa de transportes rodoviários, ou seja, pagamos a necessidade do serviço público com duas contrapartidas: fim da interferência do Governo Central assumindo esse histórico, ou seja, o que ocorreu antes de 31 de dezembro é de responsabilidade do governo, e não da Câmara. A coincidência entre quem paga e quem manda é essencial. O desafio é que todos os municípios façam o mesmo. Do ponto de vista das suas redes internas, quer por operação própria, quer por concessão, essa opção cada município fará livremente.

Depois, deve haver um trabalho comum dos municípios para transportes metropolitanos e a capacidade de reivindicarem, junto ao Estado, o investimento pesado no sistema de transportes.





## **ROBERTO CLÁUDIO RODRIGUES BEZERRA**

Graduado em medicina pela Universidade Federal do Ceará e doutor em Saúde Pública pela Universidade do Arizona. Foi deputado estadual e presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. É prefeito de Fortaleza.

## ROBERTO CLÁUDIO RODRIGUES BEZERRA

### A IMPORTÂNCIA DOS MUNICÍPIOS

Eu gostaria de registrar a importância dupla deste evento, que reúne membros muito qualificados da Administração Pública brasileira e da portuguesa: primeiro, por consolidar pontes acadêmicas e culturais entre nossos dois povos; e segundo, em especial, a relevância que o evento dá às questões municipais.

Ousaria registrar que o Brasil, sempre ansioso por transformações e por resolução dos nossos dilemas, precisa entender, enquanto nação, que esses desafios não serão resolvidos sem que se passe pelas questões municipais, para que se ganhe escala nas decisões federais ou que se tenha sensibilidade de entender as origens dessas transformações no âmbito municipal. É neste âmbito que grande parte das inovações sociais e de uma nova economia há de surgir, e elas têm surgido. É muito importante que fiquemos atentos a essas transformações que ocorrem no dia a dia dos municípios brasileiros.

Vou repetir ou ressaltar algumas questões que já foram apresentadas durante o evento, mas que merecem, mais uma vez, ser lembradas para exaltar a importância da esfera municipal para a composição federativa do Brasil. Além da relevância demográfica, registrando que quase 90% da população brasileira estará residindo em cidades nos próximos dez anos e que aproximadamente 120 milhões de brasileiros vivem em 5% das cidades brasileiras, há também a extraordinária relevância econômica das cidades.

Hoje, aproximadamente metade da composição do nosso PIB refere-se às atividades de comércio e serviços, que são essencialmente urbanas. Nossa produção industrial, atualmente, é feita em território de cidades ou em regiões metropolitanas, tendo em vista o custo do frete e o custo da logística da localização; mesmo a atividade agropecuária, indiretamente, apesar de estar no campo, depende da inovação tecnológica e das inovações produzidas nos ambientes acadêmico e universitário, também eminentemente urbanos.

Além disso, na perspectiva de responsabilidade pública, quando o cidadão brasileiro se depara com os serviços públicos de maior importância para ele (apenas um em cada grupo de quatro), não é de responsabilidade direta da municipalidade brasileira, que é a segurança. Os demais são de responsabilidade ou compartilhada ou exclusiva dos municípios: saúde, educação e transporte.

Numa perspectiva mais social, olhando as grandes políticas sociais brasileiras, praticamente todas elas tiveram origem em tecnologia social produzida no âmbito municipal. Os agentes de saúde e o Programa Saúde da Família surgiram em municípios do Nordeste brasileiro. A grande política nacional de primeira infância surgiu nas cidades gaúchas. Alguns municípios cearenses ousaram e inovaram, investindo em novos modelos de gestão e avaliação de educação pública, especialmente de processos de alfabetização, que se transformaram, eventualmente, em políticas nacionais.

Além disso, para finalizar as ilustrações sobre a relevância do município brasileiro na composição federativa do Brasil, temos um grande desafio: os nossos dilemas ambientais de como produzir industrialmente e economicamente, além de como incluir a população e, ao mesmo tempo, dar conta de ser sustentável na medida do que se produz no dia a dia. As principais fontes de emissão de gases de efeito atmosférico são produzidas no âmbito municipal, mais especificamente em atividades promovidas ou reguladas pelo município, quais sejam, transporte e resíduos sólidos. Isso dá a dimensão da importância desse debate municipal nesse momento do país.

Aqui também nos coube tratar do desafio que é a governança das regiões metropolitanas. A mobilidade não é o maior problema na perspectiva do cidadão, mas sim a questão da conexão entre pessoas, como ressaltado pelo presidente da Câmara Municipal de Lisboa, Fernando Medina. A conexão entre o espaço e as pessoas é o grande desafio dos espaços metropolitanos no mundo. Nenhuma cidade conseguiu encontrar a solução definitiva para essa questão nas grandes cidades e nas regiões metropolitanas.

Essa questão passa primeiro por uma compreensão mais pessoal, pela própria ocupação do território. Por muito tempo, a perspectiva do progresso nas cidades era relacionada à dispersão e à expansão territorial com que se deu o crescimento das grandes cidades brasileiras. Entendia-se que o desenvolvimento se apresentava com novas casas, bairros e cidades surgindo no entorno das cidades centrais. Isso nos impôs um custo de viabilidade para a manutenção das cidades das regiões metropolitanas.

Como ressaltado pelo ministro das cidades, Bruno Araújo, a localização de um empreendimento de 30 mil pessoas a 15 km do centro de uma região metropolitana impõe asfalto, drenagem, esgoto, iluminação, saúde, educação, transporte e um custo cada vez mais inviável de manutenção.

Logo, a primeira e a maior questão no debate acerca da conexão e da mobilidade é como planejar melhor daqui para frente, em áreas já consolidadas, as nossas cidades, valorizando o adensamento e a diversidade das atividades, bem como a ocupação do solo, nesses grandes centros urbanos. Em outras palavras, não haverá saída para os dilemas da mobilidade e do transporte sem que se passe por uma madura discussão de planejamento, de Plano Diretor e de regras urbanas que redimensionem os conceitos de progresso e desenvolvimento urbano.

Uma outra questão mais objetiva, e essa é mais correlata e diretamente relacionada à matéria do transporte, é que, muitas vezes, os prefeitos enxergam como o grande desafio a nova

linha do metrô ou os aeromóveis, porque são modais novos e tecnológicos; contudo, muitas vezes, não cabe a mesma solução para todas as cidades.

Muitas vezes, a solução mais tecnológica é economicamente inviável, pois ela só sobreviverá às custas de subsídio público. É importante que se busque primeiro, em relação à mobilidade, uma nova dimensão de planejamento urbano e, numa segunda escala, uma mobilidade que não dependa tanto do requinte tecnológico, mas sim de premissas. A primeira, pelo menos nas cidades nordestinas, é a da acessibilidade.

A incorporação de tecnologia e de novos modais pode, inclusive, trazer um desafio à inclusão social nas cidades, visto que o transporte público é o único meio que milhões de cidadãos utilizam para exercer suas atividades ocupacionais. O custo do transporte público pode chegar a inviabilizar o trabalho e ser um impedimento à inclusão social. Logo, articular de forma sustentável e planejada o custo de tarifas é essencial para promover a inclusão nos grandes territórios urbanos e em suas regiões metropolitanas no Brasil.

Uma segunda questão é a da integração. Melhores do que uma nova linha ou um novo modal são a capilaridade e a integração entre os modais já existentes. Isso dá mais sustentabilidade e eficiência à rede que já existe nas cidades brasileiras. Ademais, uma terceira concepção, cada vez mais imposta pelo mundo moderno, é a de uma malha de transporte público com maior consciência ambiental. A sustentabilidade passou a ser uma imposição dos tempos atuais, com as grandes cidades, e ela deve estar incorporada às novas decisões sobre mobilidade.

Feita essa introdução, trago aqui, de uma forma mais prática, a realidade da minha cidade. Sou prefeito no exercício do meu quinto ano, e o primeiro entendimento que tive, no início da minha gestão, foi de que tínhamos um grande problema de trânsito, além de um gravíssimo deficit de acesso ao transporte público, e não havia plano para contornar isso.

Enquanto ensejávamos planos de médio e longo prazos, que foram desenvolvidos com um planejamento mestre para 25 anos à frente, nós decidimos buscar consultoria externa e contratamos a McKinsey, que nos ajudou, a partir de experiências da Europa e de certas cidades latinas, a desenvolver um plano de curto prazo, priorizando algumas motivações e determinados indicadores.

A primeira medida foi aumentar a velocidade do transporte público. A segunda foi integrar os modais já existentes. A terceira, incorporar novos modais ambientalmente sustentáveis e, a partir disso, medir indicadores ano a ano sobre o que nós fizemos. Em quatro anos, implantamos o Bilhete Único, que já há em algumas grandes cidades do Brasil. O nosso integra os modais rodoviários – ônibus e vans – em duas horas, em qualquer trajeto. A pessoa pode pegar quantos transportes precisar. Com isso, conseguimos aumentar em 24% o número de usuários do transporte público e dar maior eficiência ao nosso sistema. Em dois anos de Bilhete Único, também conseguimos oferecer novos atrativos no transporte público. Vivemos em uma cidade tropical, quente e úmida; por isso, passamos a exigir como obrigatoriedade aos concessionários o ar condicionado e o Wi-Fi gratuito. Chegaremos ao final de 2018 com 100% da frota com Wi-Fi livre e com metade da frota com ar condicionado. Implantamos mais de 100 km de BRT e faixas exclusivas de ônibus, bem como aumentamos a velocidade média dos ônibus em 80%. Isso não aconteceu sem um grande debate cultural e de hábitos. A gente passou a ver carros parados e ônibus passando com maior velocidade. A mudança de prioridade gerou um custo político no início, mas passou a ser entendida como ganho coletivo para a cidade.

Desenvolvemos o primeiro Plano Diretor Cicloviário Integrado do Brasil, o que nos permitiu implantar mais de 220 km de ciclovias e ciclofaixas. Além disso, temos, hoje, o Sistema de Bicicletas Compartilhadas, que é o mais utilizado do país, com média de 6,1 viagens por bicicleta a cada dia.

Temos uma cidade plana, com muito sol, uma cidade que cultua o corpo. Acabamos fazendo uso desse modal. O que era lazer no começo passou a ser um modal definitivo de transporte público. Hoje, o modal cicloviário também está integrado ao Bilhete Único do sistema de ônibus: quem anda de ônibus e pega a bicicleta não paga nada, a integração é gratuita. Passamos a implantar em todos os terminais rodoviários grandes estações de bicicleta, para que a última perna de transporte público, que normalmente era feita por ônibus, normalmente demandando 30 minutos de espera no terminal e mais 20 minutos até a chegada no destino, possa ser feita com a bicicleta, que pode ficar na casa do usuário durante a noite e ser devolvida no outro dia, pela manhã, no terminal rodoviário.

Além disso, iniciamos um projeto piloto, um modal novo, que são os carros ecológicos e elétricos compartilhados, também integrados ao sistema de transporte público. Quem possui o Bilhete Único tem direito a uma redução no preço da tarifa para utilizar também os carros elétricos compartilhados nesse sistema de mobilidade.

Temos também uma linha de metrô administrada pelo Governo do Estado e uma linha de VLT financiada pela União em fase de finalização, mas o mais importante é o conceito da integralidade, da capilaridade, da acessibilidade e do preço da tarifa, em vez do requinte tecnológico. A meta é buscar, de forma crescente, um transporte mais acessível, mais sustentável e que possa economizar tempo e dinheiro, além de reduzir a emissão de carbono da nossa população.

Um ganho importante de tudo isso é que essa nova estruturação da mobilidade conseguiu evitar a emissão de 300 mil toneladas de carbono que eram emitidas por ano na cidade de Fortaleza. Conseguimos aumentar em 80% a velocidade média dos ônibus e reduzimos em 36% a mortalidade no trânsito da cidade. Esses são alguns indicadores de uma conquista, de um investimento prioritário numa área que deve ser estrutural e estruturante para a organização das grandes cidades e metrópoles.

Por fim, observando experiências vitoriosas de cidades que têm dado certo no mundo – e existem muitas cidades mais pobres do que as do Nordeste – como Medellín ou Bogotá, conseguimos entender melhor o que aconteceu e perceber não há nenhuma grande mágica. Há um binômio que tem sido praticado nessas experiências civilizatórias vitoriosas: planejamento e continuidade, da maturidade política.

Muitas cidades não se planejam, não se preparam para o futuro e não têm lideranças políticas com a capacidade de, a despeito das diferenças ideológicas, dar continuidade às grandes ideias e dar permanência a esse plano. Planejamento e continuidade são o maior substrato de controle social sobre esses processos, que são a saída para os dilemas urbanos da atualidade.

A conclusão, portanto, é que a saída para o país passa por uma maior valorização do que tem acontecido nas cidades brasileiras. As cidades são os motores e as locomotivas da produção, da inovação criativa, da inovação acadêmica e da produção política nacional. Logo, para o futuro do Brasil e de Portugal, é preciso um olhar mais atento a elas.



## **CAPÍTULO 5**

# **GOVERNANCE DO SISTEMA DE PREVENÇÃO E INVESTIGAÇÃO DE CRIMES FINANCEIROS**

JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO

RUI PEREIRA



## JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

Graduado em direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, mestre em direito constitucional pela Universidade Federal do Paraná e doutor *honoris causa* em saúde pela Faculdade da Santa Casa de Misericórdia de Vitória. É membro do Fórum Nacional da Saúde do Conselho Nacional de Justiça e desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

# JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

## A CRISE DA SOCIEDADE BRASILEIRA E AS OPORTUNIDADES DE REFORMA

“Foram tombando na lama  
os frutos deteriorados.  
O humo prepara em silêncio  
surpresas felizes  
Já se anuncia  
o imperceptível rumor  
de sementes germinando.  
Adensa-se um tempo de alerta.  
Convergem os ventos da esperança  
dos longes desconhecidos.”<sup>1</sup>

### “ESPERANÇA”

Nestes quase 30 anos de promulgação da Constituição Cidadã, é possível constatar que, além de buscar iluminar o caminho da nação, especialmente dos mais desafortunados, a Carta propiciou alguns avanços significativos. Apesar de algumas mazelas, deve-se reconhecer a existência de conquistas na construção de uma sociedade mais justa, solidária e humana, inspirada nos mais elevados propósitos de levar a dignidade a todos os seus cidadãos.

---

1 Kolody, Helena, Esperança, in *Correntezas*, Editora Litero-Técnica, Curitiba, 1977, p. 212.

Neste momento de grande descrença e grave crise institucional no país, com significativa parte dos políticos brasileiros envolvida em escândalos, com ministros de Estado renunciando a seus cargos após denúncias de corrupção, enquanto vários parlamentares estão sendo investigados e processados por atos da mesma natureza, a sensação geral é de pessimismo. Essa sensação não é desarrazoada, porque parece que as entranhas do Estado brasileiro estão tomadas por um tumor maligno que se desenvolveu gravemente ao longo dos anos. Nesse contexto, gostaria de contrastar esse quadro negativo com uma perspectiva histórica mais ampla.

Considerando esses quase 30 anos de publicação da Constituição de 1988, constatamos que houve grandes progressos, a saber:

a) Este é o maior período democrático vivenciado pelo Brasil desde a proclamação da República;

b) Há instituições sólidas no país funcionando, apesar da crise vigente, e todos os Poderes estão em pleno e democrático exercício;

c) A longevidade aumentou mais de 11 anos, o analfabetismo diminuiu bastante e a inclusão social foi significativa;

d) O Sistema Único de Saúde (SUS) é melhor que o serviço de saúde prestado anteriormente. Princípios como universalidade e integralidade permitem que a grande maioria dos brasileiros tenha assistência à saúde nos mais diferentes níveis de atendimento;

e) O salário mínimo passou a ter maior poder de compra;

f) A educação atendia, anteriormente, uma pequena parcela da população. Hoje, apesar de ainda não possuir o nível de qualidade almejado, ela atende a grande maioria de brasileiros em idade escolar.

Há muito para melhorar, e gostaríamos que essas melhorias estivessem ocorrendo numa velocidade maior. As mudanças, no entanto, poderiam já ter ocorrido se tivéssemos cuidado melhor da coisa pública.

Essa breve análise deixa a mensagem de que passaremos rapidamente pela crise e sairemos dela melhores e mais fortes.

### **“FORAM TOMBANDO NA LAMA”**

Se conseguimos caminhar para a frente em muitos segmentos, falhamos em outros de modo atroz. Dentre todos os índices, o da violência piorou, lamentavelmente, ao longo dos anos. Em 1988, o número de homicídios, por 100 mil habitantes, era de 16,8, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Em 2010, esse mesmo número era de 26,2, ou seja, considerando a população brasileira, eram aproximadamente 52.400 homicídios por ano no Brasil, ou 142 por dia. Hoje, são quase 60 mil homicídios por ano. Esse relatório do IBGE<sup>2</sup> traz dados comparativos com conflitos armados ocorridos entre os anos de 2004 e 2007:

*Nos 12 maiores conflitos, que representam 81,4% do total de mortes diretas, nos 4 anos foram vitimadas 169.574 pessoas. Nesses mesmos 4 anos, no total dos 62 conflitos, morrem 208.349 pessoas. No Brasil, país sem disputas territoriais, movimentos emancipatórios, guerras civis, enfrentamentos religiosos, raciais ou étnicos, morreram mais pessoas (192.804) vítimas de homicídio que nos 12 maiores conflitos armados no mundo.*

Estamos tratando apenas de homicídios, mas aos números de morte violentas poderiam ser acrescidos os homicídios não intencionais, destacadamente os praticados no trânsito. A corrente guerra civil da Síria produziu, nos últimos seis anos, cerca de 400 mil mortes. Nesse mesmo período, perdemos para a violência mais de 300 mil vidas decorrentes de crimes dolosos. Esses dados são

---

2 Disponível em <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012\\_web.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf)>.

escandalosos<sup>3</sup> e refletem diversos defeitos da sociedade brasileira, como a ausência de respeito à vida humana e a falta de valores morais e educacionais. No entanto, parece que a sociedade já não se impacta com isso. São corpos tombando na lama da indiferença, da ausência de política pública, nas falhas morais do Estado e da sociedade. Essa é uma das faces da crise social brasileira, que deita raízes também na falência moral do Estado, na incapacidade deste de garantir adequadamente direitos mínimos de educação, de saúde e de segurança em qualquer nível para os brasileiros, em especial para os mais humildes.

### **“OS FRUTOS DETERIORADOS”**

Ao lado da criminalidade violenta, há outra criminalidade, igualmente perversa, que subtrai as possibilidades de o Estado implantar adequadas políticas públicas. Refiro-me aos crimes sofisticados praticados por pessoas que se utilizam de pessoas jurídicas para concretizar seus objetivos. São os criminosos conhecidos como “colarinhos brancos”: aqueles que têm ampla possibilidade de se comportar em conformidade com o direito, mas optam pela ilicitude. Esses indivíduos ocupam espaços públicos para se locupletarem. Eles utilizam as brechas legais para se livrarem das raras ações penais e são defendidos por advogados capacitados, que habilmente conseguem levar seus processos até o último grau de jurisdição, postergando seu encerramento e levando-os à prescrição.

Há uma autêntica crise de valores éticos na sociedade, prevalecendo as ideias de vantagem,<sup>4</sup> patrimonialismo, egoísmo, ausência de respeito à vida, dentre outros. O reflexo da falta de valores da sociedade revela-se com maior força na falência de valores morais do Estado, que é incapaz de implantar e garantir direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Na face política

---

3 Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-10/brasil-tem-160-mortes-violentas-intencionais-por-dia-mostra>>.

4 Em recente artigo intitulado *Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim?*, Luís Roberto Barroso traça um quadro do comportamento do brasileiro, expondo que, antes de uma inteligência ou facilidade de adaptação, esse comportamento nacional está intimamente relacionado com a incapacidade de se auto-organizar e de obedecer a regras simples. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>>.

do Estado, seus membros legislam para manter o status quo do sistema político com tentativas de limitar ou inibir as ações penais, como se vê na discussão sobre uma nova lei de abuso de autoridade.

Os frutos deteriorados ficam encobertos pela impunidade, na medida em que há baixo índice de combate à criminalidade mais sofisticada, como a corrupção dos altos escalões, os crimes financeiros (os chamados crimes de “colarinho branco”), a lavagem de capitais e as fraudes às licitações. Inevitavelmente, há que se concordar com Luiz Werneck Vianna:<sup>5</sup> a crise brasileira é uma crise ético-política antes de econômica.

### **“O HUMO PREPARA EM SILÊNCIO”**

Invariavelmente, surgem leis casuísticas para criminalizar de modo mais grave condutas violentas que chocam e comovem a população. Esse é o caso do art. nº 273 do Código Penal, que passou a criminalizar, com pena mínima de dez anos, a venda, o fabrico e a importação de medicamentos falsificados, dentre outras condutas. Mudar a lei é o modo mais simples de satisfazer o clamor popular e o menos eficaz para prevenir novos comportamentos odiosos. No entanto, a criminalidade mais sofisticada passa despercebida, não angariando a mesma atenção e rapidez das instituições.

Além da inércia na instituição de medidas contra a corrupção, o sistema adota medidas de abrandamento, como a Lei de Leniência, os decretos de indulto e até mesmo a tentativa de limitação da atuação do Ministério Público. Com isso, é possível visualizar um dos principais aspectos das sucessivas crises brasileiras: a dificuldade que temos de realizar ações práticas e concretas para solucionar problemas.

A partir dessa reflexão, quero registrar o fato de que a mudança legislativa é a medida mais simples; contudo, é pouco efetiva. Como a realidade permanece pouco ou nada alterada, a legitimidade do poder público acaba por se fragilizar, sendo esse um dos motivos pelos quais seus representantes ostentam tão

---

5 Disponível em <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,a-crise-os-tribunais-e-o-parlamento,10000055284>>, publicado em 05 jun 2016.

baixa credibilidade. O ponto principal desta baixa credibilidade não reside nas causas, mas na consequência: a fragilidade dos Poderes do Estado, a perda de legitimidade política e o desrespeito às normas que são aprovadas. A crise brasileira reside, portanto, numa crise moral, ética e de valores. Os fatores endógenos estão incrustados na sociedade, nos seus valores, no sistema político, nos favorecimentos pessoais, numa sociedade paternalista e patrimonialista, que busca um estado de bem-estar social que ocorra sem sacrifícios do seu bem-estar pessoal, como se o Estado não fôssemos todos nós.

Boa parte desses problemas acaba desaguando no Poder Judiciário, de quem muito é esperado. Esse é um fenômeno que possui aspectos positivos e negativos. A crise abre oportunidade para o Poder Judiciário ponderar os limites da judicialização. É oportuna a lição de Luís Roberto Barroso:<sup>6</sup>

*Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.*

A recente mobilização popular para defesa de maior correção na vida pública pode ser o humo da transformação. É necessário reconhecer que a consciência nacional, recentemente adquirida, de que o Estado somos nós parece ser solo fértil para mudanças. A usual indiferença do cidadão tem dado lugar à participação, ao controle e à fiscalização. Pouco a pouco, uma consciência coletiva silenciosa está sendo tecida.

## **“SURPRESAS FELIZES”**

---

<sup>6</sup> Disponível em <[http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670\\_174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670_174218181901.pdf)>.

O combate à corrupção representa um dos focos da atuação jurisdicional, tendo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) escolhido-a como uma de suas bandeiras. Essa iniciativa ganhou empuxo a partir do julgamento da ação penal nº 470 (“Mensalão”). Nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal (STF), presidido então pelo Ministro Joaquim Barbosa, reverberou os anseios populares, processando e julgando diversos réus que detinham foro privilegiado, condenando-os a severas penas.

Agora, com a Operação Lava Jato, creio que o sistema de justiça brasileiro esteja buscando criar um novo standard de persecução penal, como vemos nas atuações louváveis da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, juntamente com a Justiça Federal. Os fatos investigados e os objetos dos processos penais são extremamente complexos, dispostos numa cadeia sucessiva de condutas com muitos atores, de difícil apuração. A Operação Lava Jato possui dimensões amazônicas, seja no tocante ao volume de recursos financeiros envolvidos, seja na quantidade de processos judiciais correntes. No seio do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), por exemplo, nos últimos 3 anos foram julgados cerca de 650 feitos, dentre habeas corpus, incidentes de restituição de coisas apreendidas, mandados de segurança, exceções de suspeição e de incompetência, e apelações criminais. Já foi processada, julgada e condenada quase uma centena de réus, pendendo recursos. Todavia, não é muito difícil sintetizar os fatos de um modo bastante genérico.

Alguns partidos políticos e alguns políticos passaram a “apadrinhar” indicações de pessoas, servidores públicos de carreira ou não, para ocupar cargos de elevado escalão junto a órgãos da Administração Pública direta e indireta. Os indicados, por sua vez, passaram a envidar esforços para verter recursos para os cofres desses partidos e para os bolsos de alguns de seus dirigentes, recebendo também uma parcela dos recursos desviados. O desvio foi perpetrado, em geral, por meio de licitações ou procedimentos administrativos realizados com aparência de lícito, mas com substrato ilícito. Isso culminou em contratos bilionários superfaturados, firmados entre algumas das maiores empresas

nacionais e o órgão da Administração licitante. Um percentual do valor do contrato era transferido, por intermédio de operações de lavagem de dinheiro e/ou evasão de divisas, ou ainda pelo mero pagamento em espécie, para os partidos políticos, seus dirigentes e afilhados indicados para ocupar cargos. Aquilo que começou singular tornou-se plural. Embora seja possível elaborar esse resumo, quando a questão passa para a prova material, a situação torna-se extremamente complexa, porque são contratos e aditivos, pagamentos sucessivos e transferências bancárias, com somente aparência de legalidade.

De qualquer sorte, os fatos desvelados pela Operação Lava Jato acabaram por representar, paradoxalmente, surpresas positivas. Vieram a lume diversas mazelas nacionais, como, por exemplo, a falência do sistema político partidário conforme hoje estabelecido. A operação, ainda em curso, também permitirá higienizar um processo eleitoral apodrecido, no qual partidos captam recursos para financiar campanhas eleitorais e se manterem no poder. Também se revelou a ingovernabilidade de um país com mais de 30 partidos políticos – quase todos com representação no Congresso Nacional, onde qualquer maioria é conquistada mediante um processo altamente custoso para os governantes. Para além dos defeitos estruturais, desvios comportamentais individuais igualmente foram revelados. Mas, dentre todas as surpresas, as mais felizes consistem na reação contra esse estado de coisas.

### **“JÁ SE ANUNCIA IMPERCEPTÍVEL RUMOR”**

O êxito da Operação Lava Jato na obtenção de provas e na retirada do véu que encobria a ilegalidade dos atos de corrupção reside em algumas mudanças de paradigma, que estão criando um novo marco para interpretação de provas e para o processo penal como um todo. A primeira mudança consiste na constituição de forças-tarefas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, com profissionais que tinham colhido vasta experiência em operações anteriores, destacadamente o conhecido caso Banestado e as operações Castelo de Areia e Satiagraha, nas investigações sobre as evasões de divisas das contas CC5 e sobre

o Mensalão. Esses profissionais reuniam conhecimento suficiente para saber os caminhos que deveriam percorrer para uma investigação adequada.

Outra mudança de comportamento decorreu dos órgãos judiciais, que souberam compreender, em todos os graus de jurisdição, a complexidade dos fatos e a importância de uma resposta sistêmica diversa daquela que ordinariamente se deva para casos tais. Merece relevo a compreensão desses órgãos de que os requisitos para a prisão preventiva não se acham preenchidos apenas quando há criminalidade violenta ou tráfico de drogas, mas igualmente quando ocorre, na expressão cunhada pelo juiz Sérgio Moro, criminalidade sistêmica. Operou-se, assim, autêntica viragem paradigmática na jurisprudência nacional, muito bem analisada por diversos operadores do direito, como aludem os artigos publicados.<sup>7</sup>

A terceira mudança decorreu da aplicação do instituto da colaboração premiada, estabelecido pela lei nº 12.850/2013, que colocou às mãos dos órgãos responsáveis pela persecução penal instrumento fundamental para apuração de infrações penais, principalmente aquelas realizadas por organizações criminosas. Esse instrumento também se revelou um importante e eficaz dispositivo de defesa. Criticado por muitos advogados criminalistas, recebendo o abjeto apelido de “delação premiada”, essa ferramenta fez com que a realidade se impusesse às críticas acadêmicas. Aqueles que outrora empunhavam bandeiras contra o instituto agora passam a orientar seus clientes a firmar acordos que lhes possibilitem vantagens. O número de réus colaboradores atinge a marca de aproximadamente 50, sendo que pouco mais de uma dezena dessas pessoas estava presa quando firmou o acordo.

A combinação dessas mudanças fez com que alguns dos vícios endógenos e endêmicos do Estado brasileiro começassem

---

<sup>7</sup> Freitas, Vladimir Passos de. <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/crimes-operacao-lava-jato-mudam-justica-penal-brasil>>. Falcão, Joaquim. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/07/1662597-lava-jato-muda-a-justica-e-a-advocacia.shtml>>.

a ser desvelados. É importante repetir que não se está prejudgando qualquer caso específico, apenas reafirmando aquilo que criminosos confessos declararam em seus depoimentos em relação a si próprios. Nesse grupo de confessos, há agentes que viabilizaram a lavagem de dinheiro, corruptos, corruptores, políticos, servidores públicos, doleiros, intermediários, dentre tantos personagens.

### **“DE SEMENTES GERMINANDO”**

Além da fase pré-processual, também estão germinando sementes no âmbito do processo penal. Uma mudança bastante significativa é a adoção de um adequado standard probatório a fundamentar a comprovação dos fatos. Em casos complexos e de ação difusa de muitos agentes, a obtenção de prova direta é extremamente difícil. Todavia, o exame acurado dos diversos elementos de prova, seja ela direta ou indireta, permite adotar o modelo da “prova acima de dúvida razoável” como limite a ser provado pelas partes. Tanto a prova direta quanto os indícios têm valor jurídico, “até porque a prova indiciária não é ‘prova menor’, no âmbito do livre convencimento (...), mas com maiores cautelas devem ser adotadas, notadamente no que se refere ao modelo de constatação aplicável”, como explica Danilo Knijnik.<sup>8</sup> Assim, “a atividade probatória desenvolvida com vista à verificação dos fatos históricos serve de fundamento para a pretensão, quando for bem-sucedida, permitirá a conclusão de que há um ‘altíssimo grau de probabilidade’ de ocorrência de tais fatos”, nas palavras de Gustavo Badaró.<sup>9</sup>

Esse padrão probatório é adotado por diversas legislações do mundo, inclusive pela brasileira (a partir do decreto nº 4.388/2002), e incorpora o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que estabelece, no art. nº 66, que “para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”. Há precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) também sobre o tema: Ação Penal 521

---

8 Knijnik, Danilo, *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2007, p. 49.

9 Badaró, Gustavo, *Ônus da prova no processo penal*, São Paulo, Editora RT, 2003, p. 62

(Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, p. 06.02.2015) e Inquérito 2968 (Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, p. 17.08.2011).

Outra importante modificação de interpretação das normas ocorreu em fevereiro de 2017, quando o STF reviu seu posicionamento sobre o momento em que se deve dar início à execução penal. Ficou restaurada a hermenêutica de que, após o julgamento em segundo grau de jurisdição, deve ser promovida a execução da pena, fechando a porta pela qual os condenados escapavam ou retardavam indefinidamente o cumprimento da pena. Isto, de fato, beneficiava apenas aqueles que tinham condições de recorrer até as instâncias superiores, quase sempre com os melhores advogados. A presunção de inocência servia, em regra, aos mais favorecidos economicamente. Talvez o Brasil seja o único país, ou um dentre poucos dos raros países, que tenha adotado tamanha extensão à presunção de inocência, como apontado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto no habeas corpus nº 126292/SP, citando percuente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman,<sup>10</sup> indicando a adoção de regra semelhante pela Inglaterra, Canadá, Estados Unidos, França, Espanha, Portugal, Alemanha, Argentina, dentre outros. As crises moral, política e financeira em que o Brasil está submerso servirão de oportunidade para uma releitura de alguns temas.

### **“ADENSA-SE UM TEMPO DE ALERTA”**

Adensa-se um tempo de alerta para que não nos desviemos no caminho. Não deve a sociedade brasileira se desmobilizar, tampouco acreditar que tudo está ou será resolvido. Se há grande ação sobre um sistema corrompido de contratos públicos, esse sistema tentará se reerguer por meio de acordos de leniência, introduzidos por Medida Provisória, como advertiu Modesto Carvalhosa<sup>11</sup> em recente artigo. Se a pressão recai sobre o sistema político, este também reagirá por meio dos mecanismos que tiver

---

<sup>10</sup> Garantismo Penal Integral, 3ª edição, *Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078*, p. 507.

<sup>11</sup> Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,a-medida-provisoria-do-escarnio,10000005856>>.

em suas mãos. A história da operação “Mãos Limpas”, muito bem retratada em excelente reportagem da Revista Piauí<sup>12</sup>, indica que mudanças legislativas serão tentadas e que o processo penal não é o melhor instrumento para solucionar as mazelas, servindo apenas para punir quem se desvia.

A opinião pública, a liberdade de imprensa e a transparência dos atos da administração pública são fundamentais para que se chegue a bom termo na nova ordem moral que se busca instalar no Brasil. Esse tripé foi o calcanhar de Aquiles da operação Mãos Limpas, que perdeu apoio popular e viu ampla campanha contra os magistrados ser orquestrada pelos novos detentores do poder, em especial contra aqueles que eram o símbolo do combate. Como advertiu Modesto Carvalhosa:<sup>13</sup>

*No Brasil, a despeito do extraordinário trabalho desenvolvido pela “Lava Jato”, teremos o mesmo fenômeno que ocorreu na Itália, após a operação Mãos Limpas. (...) Se houver a anistia ampla e geral das empreiteiras corruptas, os efeitos atuais e futuros da nossa exemplar Operação Lava Jato serão nulos. A corrupção continuará prevalecendo nas obras e serviços prestados ao Estado.*

Portanto, fortes e sérias reações estão sendo entabuladas. É indispensável que a sociedade brasileira se mantenha vigilante, não repetindo os erros cometidos pelos italianos.

## **“CONVERGEM OS VENTOS DA ESPERANÇA”**

A crise permitirá refletir sobre o sistema político e revisá-lo, seja no tocante ao número de partidos, à cláusula de barreira para criação de novos partidos ou à limitação do acesso aos fundos

---

12 Os intocáveis, in Revista Piauí, n. 116, maio de 2016.

13 Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,os-acordos-de-leniencia-perpetuam-a-corrupcao,10000055184>>.

partidários para os “partidos nanicos”. Também permitirá repensar o financiamento das atividades partidárias, seja pelo horário eleitoral gratuito, pelo fundo partidário, pelo sistema eleitoral (voto distrital, distrital misto, entre outros) ou pelo fim das coligações eleitorais para eleições proporcionais.

Uma reforma administrativa se faz premente para limitar o excessivo número de cargos de confiança existentes na administração pública brasileira. Pelo decreto nº 8785/2016, foram extintos quase cinco mil cargos, sendo que cerca de outros nove mil foram remanejados pela administração pública direta do Governo Federal. Esses números são abissais e demonstram o aparelhamento do Estado por pessoas de livre indicação dos governantes. Cabe registrar que os números acima não incluem as administrações públicas estaduais e municipais, nem a administração indireta.

Ademais, é indispensável uma revisão da lei de licitações, que pouco tem colaborado para a transparência, eficiência e lisura nos contratos administrativos, e que dificulta o processo licitatório. A adoção de contratos de performance bonds, existentes nos Estados Unidos desde 1893, é uma medida que poderia servir de inspiração.

### **“DOS LONGES DESCONHECIDOS”**

Espera-se, firmemente, que a crise possibilite a adoção de medidas de combate à corrupção e que regras adequadas de compliance sejam aprovadas no Brasil. A discussão séria e serena das 10 Medidas de Combate à Corrupção, apresentadas por iniciativa popular liderada pelo Ministério Público Federal, deve estar na ordem do dia.

Experiências internacionais bem-sucedidas também devem ser analisadas para aprimoramento das instituições nacionais. Convivemos com níveis absurdos de corrupção, com falta de transparência, com desvio de recursos e desperdícios. Certamente, países que ostentam taxas minimamente aceitáveis devem ter muito a dizer para nós.

Talvez leis semelhantes ao False Claim Act (FCA), ao Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e ao Whistleblower (norte-americanos) ou ao Bribery Act (inglês) devam ser objeto de aprofundado estudo e posterior introdução no sistema legal brasileiro. O combate à corrupção, para além de uma meta do Conselho Nacional de Justiça, também é um dos objetivos da Organização das Nações Unidas, nas perspectivas penal<sup>14</sup> e extrapenal.<sup>15</sup>

Essa janela de oportunidade revelada pela crise deve ser aproveitada, e a participação da sociedade para que isso ocorra é fundamental. Essa chance também servirá para repensar a relação trabalhista, o regime jurídico dos servidores públicos, a contribuição sindical obrigatória, a lei de licitações, os gastos públicos com saúde, educação e segurança, e a reforma tributária. No entanto, algumas oportunidades já estão sendo perdidas.<sup>16</sup>

## **“ESPERANÇA”**

Com esse quadro da situação brasileira, antes de alarmar ou desanimar, tenho por objetivo suscitar o debate sobre alguns pontos importantes, porque o momento não é para otimismo, mas para esperança, como ensina Rubem Alves:<sup>17</sup>

*“Hoje não há razões para otimismo. Hoje só é possível ter esperança.*

*Esperança é o oposto de otimismo.*

*Otimismo é quando, sendo primavera do lado de fora, nasce a primavera do lado de dentro.*

*Esperança é quando, sendo seca absoluta do lado de fora, continuam as fontes a borbulhar dentro do coração.*

---

14 Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, internalizando no direito pátrio a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003.

15 6ª Conferência das Partes da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, em 2015.

16 *Antes e depois da lava jato*, matéria publicada pelo jornal Folha de São Paulo em 20 de março de 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/03/1867940-tres-anos-depois-brechas-legais-que-levaram-a-lava-jato-persistem.shtml>

17 Alves, Rubem. *Sobre o otimismo e a esperança*, in *Concerto Para Corpo e Alma*, Campinas/SP, Papirus, 1998.

*Camus sabia o que era esperança. Suas palavras:  
e no meio do inverno eu descobri que dentro  
de mim havia um verão invencível... (...)"*



## **MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO**

Doutor em direito pela Universidade de Salamanca. Foi presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e membro da Comissão do Senado Federal responsável pela elaboração do Novo Código de Processo Civil. Também é autor de diversos livros. É advogado, professor e presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB.

## **CRIMES DE COLARINHO BRANCO, REFORMA POLÍTICA E CORRUPÇÃO ELEITORAL**

Relata-se que um dos primeiros magnatas de ferrovias nos Estados Unidos confidenciou aos seus pares: “Eu tenho o mais profundo respeito por cada um de vocês, mas, como presidentes de ferrovias, eu não lhes confiaria meu relógio sem perdê-lo de vista”.<sup>1</sup> Outro executivo lhe fez coro: “A dificuldade na administração de ferrovias reside na cobiça, o desejo de boa-fé, o baixo tom moral dos administradores de estradas de ferro, a total falta de qualquer padrão de honestidade comercial”.<sup>2</sup> Esses diálogos entre diversos executivos não ocorreram recentemente, mas no ano de 1890, na residência de J. P. Morgan. O registro encontra-se no texto de Edwin H. Sutherland, primeiro cientista a utilizar a categoria “crimes de colarinho branco”.

Da formação de grandes conglomerados industriais e financeiros, passando pela consolidação das monarquias, com a união entre o rei e a Igreja, e dos impérios, com a união entre o rei e a indústrias, a relação entre poder político e econômico fundase na mútua troca de benesses. A coroa, quando ampliava as fronteiras, saqueava para distribuir o espólio de guerra aos donos do poder – entre eles, a Igreja. Os monarcas tinham a benção para governar porque garantiam o poder temporal mediante o repasse de recursos. Os impérios, quando conquistavam colônias ultramarinas, asseguravam a seus industriais novas fontes de

1 Sutherland, Edwin H, *A Criminalidade de colarinho branco*, in *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 2, n. 2, 2014, p. 93.

2 Sutherland, Edwin H, *A Criminalidade de colarinho branco*. p. 99.

matéria-prima e novos mercados consumidores.

A aliança entre poder político e econômico sustenta-se na troca de benefícios desde a Grécia Antiga, como registravam Aristófanes, na tragédia "Os Cavaleiros", e Platão, em "A República". Longe de ser amante da democracia ateniense, Aristófanes não poupou críticas ácidas, mas humoradas, a práticas de corrupção presentes na política. Na peça, o protagonista, Paflagônio, é político e desde a infância destacava-se na mentira. O roubo é apresentado como autêntico programa político, camuflado sob o interesse coletivo e bem comum: "E eu a roubar, mas para o bem da cidade!", vociferou Paflagônio, quem ainda continuou: "(...) meti grandes somas do erário público. Apertei uns, espremi outros, abanei-os, borrifei-me para interesses particulares, mas para te agradar [ao povo]".<sup>3</sup> Platão, na construção da sua cidade ideal em A República, censura o recebimento de "presentes", valendo-se do provérbio ateniense citado por Eurípides: "(...) os presentes ganham os deuses, os presentes ganham os reis veneráveis".<sup>4</sup>

No Brasil, a nefasta associação dos dirigentes políticos e empresariais despertou a atenção da sociedade pelos "crimes de colarinho branco", cujo combate reclama dos poderes constituídos uma resposta à altura dos desafios de processar e julgar uma classe política e social que, até então, despertava a admiração e o respeito dos populares. Personalidades que costumavam ser exemplo de profissionais figuram, hoje, nas manchetes de jornais, em virtude de escândalos de corrupção. Para entender este, que é um dos principais fenômenos do suposto fim da "Nova República", é necessária a análise da categoria "crime de colarinho branco" e do direito penal econômico antes de abordar aquele que é o principal responsável pela expansão da prática dos delitos financeiros: o sistema eleitoral brasileiro. Após demonstrar os fatores que contribuem à consolidação e à intensificação da nefasta interdependência entre agentes políticos e agentes econômicos, a reforma política surge como medida necessária ao combate da atual conjuntura de corrupção sistêmica e endêmica.

---

3 Aristófanes, *Os Cavaleiros*, Brasília, Editora Universidade de Brasília; São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2000, v. 774-778.

4 Platão, *A República*, v. 1., São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1965, p. 155.

## **O CRIME DE COLARINHO BRANCO**

"Crime de colarinho branco" refere-se aos tipos penais praticados por indivíduos de elevada condição socioeconômica no desempenho normal das ocupações profissionais.<sup>5</sup> Interessado na comparação entre delitos cometidos pela classe alta e pela classe baixa, Sutherland rompeu com o estereótipo de que a tendência para o crime estaria relacionada diretamente à pobreza ou às características sociais e pessoais preconceituosamente atribuídas a pessoas pobres, como enfermidade mental e desvio psicótico. Ao cabo da análise, concluiu-se que a criminalidade de colarinho branco é objeto de penas mais brandas do que a criminalidade de baixa renda, sobretudo em virtude da diferença entre a hierarquia social dos respectivos infratores.<sup>6</sup> No geral, o status de homens de negócio e fortuna, o abrandamento de sanções de natureza penal e a relativa insensibilidade do público contribuem à aplicação diferenciada do direito penal.

Podendo ser reduzida ao binômio "adulteração de patrimônio" e "manipulação de poder",<sup>7</sup> a alta criminalidade é praticada com maior frequência mediante a deturpação de demonstrativos financeiros das corporações, a manipulação da bolsa de valores, o uso impróprio de valores em recuperação judicial e falência, a adulteração de pesos e medidas e a falsificação de mercadorias, as fraudes fiscais, a corrupção privada e a corrupção direta ou indireta de servidores públicos a fim de obter contratos e leis favoráveis, entre outros.

Esses crimes situam-se na esfera do "direito penal econômico", que pode ser definido como o conjunto de crimes praticados nas relações comerciais e atividades empresariais por diretores, sócios e administradores – geralmente sem violência, mas com fraude. A tutela jurídico-penal orienta-se à proteção da ordem econômica mediante o adequado funcionamento do arcabouço normativo

---

5 Sutherland, Edwin H, *A Criminalidade de colarinho branco*, p. 99.

6 Sutherland, Edwin H, *A Criminalidade de colarinho branco*, p. 95.

7 Sutherland, Edwin H, *A Criminalidade de colarinho branco*, p. 96.

regulador de atividades econômicas, relações comerciais e mercados empresariais. Dentro do direito penal econômico, há ainda a subcategoria dos crimes financeiros, que nada mais são do que manobras empregadas para, valendo-se da estrutura e organização do sistema financeiro, auferir lucro a partir do prejuízo dos correntistas.

Os crimes econômicos imiscuem-se no poder político por meio de práticas ainda seculares no Brasil, a exemplo do patrimonialismo e do clientelismo. A confusão entre o público e o privado foi esquadrihada à exaustão por Victor Nunes Leal, Ministro do Supremo Tribunal Federal de 1960 a 1969, na sua obra "Coronelismo, enxada e voto".<sup>8</sup> Ao analisar o coronelismo, Leal enxerga no fenômeno o compromisso entre o poder público e o poder privado fundamentado na propriedade fundiária e voltado ao arrebanhamento eleitoral. O coronel é aquele que, a um só tempo, é proprietário das terras e o dono dos votos.

Na relação da Administração Pública com a iniciativa privada, os laços criados entre políticos e empresários são cultivados por meio de uma troca de gentilezas cujas consequências são o superfaturamento de obras públicas e o financiamento das campanhas eleitorais. Por um lado, o político vaza informações, influencia contratações e manipula leis; por outro, o empresário doa recursos aos partidos políticos e financia os prestadores de serviços. Assim, a criminalidade do colarinho branco possui uma dimensão maior quando interfere nas relações do Estado, porque é retroalimentadora.

## **O CAIXA DOIS**

O sistema eleitoral brasileiro em vigência facilita e incentiva a corrupção político-econômica, pelo alto custo do pleito. Para que o teto legal de doações não atrapalhe os interesses políticos e econômicos em jogo, recorria-se a contribuições "extraoficiais": o caixa dois.

---

<sup>8</sup> Cf. Leal, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2012.

O uso de caixa dois não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. Episódios semelhantes ocorrem em muitos países, o que acusa certa tendência entre as classes políticas em empregar ilicitamente recursos financeiros para interferir na atividade política segundo as conveniências dos seus partidos e seus financiadores. Arnaldo Forlani entregou o cargo de Primeiro-Ministro da Itália após o escândalo de Tangentopoli, em que foi denunciado por receber fundos ilegais de campanha a partir de contratos públicos fraudulentos. Também na Itália, Giulio Andreotti foi condenado pelo Supremo Tribunal por manter conexão com a máfia e financiar ilegalmente os partidos políticos. O Poder Judiciário da França condenou a dois anos de prisão o ex-Primeiro-Ministro e ex-Presidente da França, Jacques Chirac, pelos crimes de abuso de poder, desvios de fundo público e prevaricação em caso envolvendo a criação de empregos fictícios para bancar o financiamento de seu antigo partido político. Alain Juppé, Primeiro-Ministro na Presidência de Jacques Chirac, foi condenado à pena de dezoito meses de prisão e afastamento de cargos políticos por gestão danosa de dinheiro público. Na Alemanha, a queda do Chanceler Helmut Kohl, figura importante na reunificação, deveu-se ao financiamento irregular do seu partido.

No velho continente, os escândalos políticos chegaram ao ápice nos idos de 1980 e 1990, com a Operação “Mãos Limpas” na Itália e o “Escândalo Flick” na Alemanha. Na *Mani Pulite*, foi desbaratado um esquema de corrupção envolvendo licitações irregulares e o uso do poder público em benefício de particulares e partidos. Empresários pagavam propinas para vencer licitações de ferrovias, estradas, prédios, estádios e demais obras civis. Ao fim da operação, apenas três partidos políticos de expressão nacional sobreviveram. Primeiro caso público de doação ilegal a um partido, o “Escândalo Flick” envolveu o pagamento de suborno e doações não declaradas pelo empresário Friedrich Karl Flick, para evitar que seu conglomerado industrial e financeiro pagasse todos os impostos. O então Presidente da Bundestag, Rainer Barzel, renunciou ao cargo. Em que pesem as diferenças entre os modelos políticos, a força e recorrência dos episódios de corrupção revelam o denominador comum: a relação promíscua

de interdependência entre as forças políticas e econômicas, de todo incompatível com os fundamentos do Estado democrático de direito, por engendrar desigualdades entre aquelas.

Não vou cuidar dos casos concretos ainda pendentes de apreciação pelo Poder Judiciário, pois não é nosso papel realizar acusações ou defesas em relação às investigações e ações ainda em curso. Devemos refletir de que modo podemos construir um sistema de governança que venha efetivamente a prevenir e reprimir a criminalidade de colarinho branco.

Esse problema foi denunciado em 1973 por Manoel Pedro Pimentel, que na época era professor titular de direito penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Segundo ele, a legislação penal não contempla, com a necessária eficácia, as formas de “crime de colarinho duro”.<sup>9</sup> Ainda que, de lá para cá, novos diplomas legais tenham sido promulgados e os velhos, reformados,<sup>10</sup> a constatação permanece atual.

Nenhuma medida isolada irá debelar os desvios que resultam em crimes financeiros. Trata-se de matéria que possui inúmeros contornos, inclusive culturais, próprios de uma sociedade em que o ter sobreleva o ser, em que o resultado financeiro do trabalho é mais importante do que o trabalho em si. Essa compreensão, no entanto, não impede que sejam discutidas e aplicadas medidas que previnam e reprimam a prática de delitos econômicos.

O sistema político-eleitoral brasileiro é o germe da corrupção administrativa, um dos fatores condicionantes ao crime de colarinho branco. Efetuar uma reforma política é fundamental na construção de um ambiente menos propício à corrupção sistêmica e endêmica. Nesse sentido, já em 2013, denunciemos, em artigo publicado, as desigualdades decorrentes do atual regime de financiamento eleitoral e a necessidade de uma reforma política

---

<sup>9</sup> Pimentel, Manoel Pedro. *O Crime de Colarinho Branco*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 68, n. 1, p. 115-133, 1973.

<sup>10</sup> Neste sentido, promulgou-se a lei nº 7.492 (“define os crimes contra o sistema financeiro nacional”), a lei nº 8.137 (“Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo”) e a lei nº 9.613 (“Dispõe sobre crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direito e valores”). A lei nº 8.666, que institui as normas para licitações, prevê crimes e penas. A lei nº 9.983 incluiu os artigos 168-A e 337-A no Código Penal, tipificando, assim, os crimes contra a ordem previdenciária.

urgente para campanhas com limites.<sup>11</sup> Antes de qualquer coisa, a Constituição Federal de 1988 é fundada na igualdade de direitos sociais e políticos. As manifestações que tomaram o Brasil naquele ano demonstraram a indignação dos cidadãos com a falta de atenção em relação aos direitos básicos, mas também com um processo eleitoral corrupto e ultrapassado. Em 2014, vaticinei que a corrupção é a chaga que drena os recursos públicos que poderiam ser investidos na garantia dos direitos fundamentais: “a endêmica apropriação privada de recursos públicos, em todos os níveis de governo, é um obstáculo ao pleno desenvolvimento do Brasil como nação moderna. A corrupção é a negação da República”.<sup>12</sup>

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral buscaram limitar a forte interferência das empresas sobre a política brasileira. Mais de R\$ 1 bilhão foram doados nos últimos dez anos apenas por dez empresas, das quais cinco eram empreiteiras. Para ver respeitado o direito básico de igualdade política expresso na Lei Fundamental, o Conselho Federal da OAB ajuizou no Supremo Tribunal Federal a ADI nº 4.650.<sup>13</sup> Por maioria, decidiu-se que o financiamento das campanhas eleitorais por pessoas jurídicas é inconstitucional. Para o relator, ministro Luiz Fux, “o exercício de direitos políticos é incompatível com as contribuições políticas de pessoas jurídicas. Uma empresa pode até defender causas políticas, como direitos humanos, mas há uma grande distância para isso justificar sua participação no processo político, investindo valores vultosos em campanhas”.

A Ordem dos Advogados do Brasil ainda elaborou um Plano de Combate à Corrupção, a ser implantado por todos os poderes públicos. O documento possui 13 pontos principais e propõe a regulamentação urgente da Lei Anticorrupção, a

11 Coêlho, Marcus Vinicius Furtado. *Campanha com limites: Atual regime de financiamento eleitoral exacerba as desigualdades*. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/opiniao/campanha-com-limites-10784810>>. Acesso em 18 abr. 2017.

12 Coêlho, Marcus Vinicius Furtado. *A raiz da corrupção: País precisa de reforma política urgente*. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/opiniao/a-raiz-da-corrupcao-14785285>>. Acesso em 18 abr. 2017.

13 ADI nº 4.650, rel. Min. Luiz Fux, DJE 24.02.2016.

criminalização do Caixa Dois na campanha eleitoral e a aplicação da Lei da Ficha Limpa para todos os cargos públicos. Ademais, o Plano da OAB Nacional defende o imediato cumprimento da Lei de Transparência e da Lei de Acesso às Informações. Foi nesse sentido, para garantir a informação e a transparência, que a Ordem ingressou com a ADI nº 5.394<sup>14</sup> junto ao Supremo para proibir as doações eleitorais ocultas. Em julgamento unânime, a partir do voto do saudoso ministro Teori Zavascki, o Tribunal acolheu a tese da OAB, como também acolheu no MS nº 33.340/DF, que versou sobre a transparência das operações do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Como Presidente Nacional da OAB, defendi a necessidade de dar transparência às operações do banco, uma vez que, sendo elas financiadas com dinheiro público, a publicidade e a transparência deveriam ser asseguradas em atenção ao controle, permitindo a fiscalização da sociedade e evitando o direcionamento de recursos.

Ainda que não seja suficiente, a reforma é necessária. Os pagamentos públicos devem ser em ordem cronológica, cargos em comissão devem ser exercidos por funcionários concursados, a ficha limpa deve ser exigida em todos os Poderes e os advogados públicos concursados devem ser garantes internos da Administração Pública no combate à corrupção.

## **A PROTEÇÃO DO DIREITO DE DEFESA**

O propósito de investigar, processar e punir os delitos econômicos não pode implicar a violação dos princípios básicos do Estado de direito. Os fundamentos do devido processo legal, do direito de defesa e da presunção de inocência são valores que norteiam a convivência civilizada na sociedade democrática, com a proteção do ser humano contra o uso arbitrário do poder. A fiscalização e a repressão dos crimes encontram limite no princípio da legalidade para a responsabilização penal. Sem um processo penal que tutele e promova o direito do acusado, não existirá democracia, vez que o processo penal não é instrumento exclusivo de persecução do Estado contra o réu, desempenhando

---

14 ADI nº 5.394, rel. Min. Teori Zavascki, DJE 10.11.2016.

função igualmente relevante na proteção da liberdade pessoal: “O processo é expressão de civilização e cultura e conseqüentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana”.<sup>15</sup>

Assim registrou o Ministro Gilmar Mendes no HC nº 85.294:<sup>16</sup>

*(...) o direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Como se sabe, na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (“rechtliches Gehör”) e fere o princípio da dignidade humana [“Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.” (MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz Kommentar, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, 11 18).*

Ao decidir sobre o direito de defesa, o Supremo Tribunal Federal foi instado a pronunciar-se em duas ocasiões sobre a relevância do papel cumprido pelo advogado no Estado democrático de direito: na ADI nº 4.841/DF<sup>17</sup> e no HC nº 129.569/DF.<sup>18</sup>

---

15 Grinover, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 2 ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 20.

16 HC nº 85.294/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 15.06.2007.

17 ADI nº 4.851/DF, rel. Min. Celso de Mello, ainda não julgada.

18 HC nº 129.569/DF, rel. Min. Dias Toffoli, DJE 06.08.2015.

Na primeira situação, a Confederação Nacional das Profissões Liberais ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal contra as novas regras da lei nº 9.613, que impunham a diversas pessoas físicas e jurídicas, inclusive os profissionais liberais, o dever de informar as transações financeiras ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras.

O parecer da Procuradoria-Geral da República na ADI nº 4.841 admite a “discussão específica em relação à advocacia, em razão de sua conformação constitucional”.<sup>19</sup> Para o Ministério Público Federal, a lei “não alcança a advocacia vinculada à administração da justiça, porque, do contrário, se estaria atingindo o núcleo essencial dos princípios do contraditório e da ampla defesa”. Segundo o Parquet, o sigilo profissional também deve ser “assegurado ao advogado no âmbito do processo administrativo, das atividades de consultoria preventivas de litígio e da arbitragem”. O parecer, embora signifique um reconhecimento à essencialidade da advocacia ao devido processo legal, é insuficiente por não afastar a incidência da norma de todas as atividades do advogado.

Punir o advogado pelo exercício regular de suas funções seria o mesmo que responsabilizar o congressista por suas opiniões e votos, ou o juiz pelo conteúdo de suas decisões. Muitas são as mazelas a serem corrigidas. Para os eventuais desvios de conduta funcional do advogado, há o Tribunal de Ética e Disciplina junto aos Conselhos Seccionais da OAB, que é a instituição competente para fiscalizar e, se necessário, punir o profissional que cometeu irregularidade. A inviolabilidade protege o livre exercício de funções indispensáveis à Justiça e não se confunde com privilégio, por ser garantia protetora da sociedade.

A mesma questão foi discutida na Medida Cautelar no habeas corpus nº 129.569, impetrado pela OAB Nacional em favor de Beatriz Catta Pretta, especializada em colaboração premiada e então representante de 19 réus da Lava Jato. Neste caso, a advogada foi convocada por Comissão Parlamentar de Inquérito

---

<sup>19</sup> ADI nº 4.841/DF, Parecer da Procuradoria-Geral da República. 20.09.2012. Lavrado pela Vice-Procuradora-Geral da República Deborah Duprat e aprovado pelo Procurador-Geral da República Roberto Gurgel.

para explicar a origem do dinheiro recebido a título de honorários. A Ordem dos Advogados do Brasil defendeu que o ato afrontava as prerrogativas da advocacia, em especial a inviolabilidade de sigilo profissional, prevista no art. 7º, inciso XIX, e no art. nº 34, inciso VII, da lei nº 8.906. A violação do sigilo do advogado pelo próprio profissional, ademais, é crime previsto no art. nº 154 do Código Penal: "Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem".

Ao cabo do julgamento da MC, a Lei da Lavagem de Dinheiro foi interpretada pelo STF de maneira a não alcançar a advocacia. Se assim o fizesse, restaria violado o núcleo essencial da sacralidade da relação entre cliente e advogado, colocando-se em risco o funcionamento do sistema judiciário e, conseqüentemente, a proteção do cidadão ante o aparato estatal. A defesa dos interesses do cliente, instrumentalizada pela atividade remunerada de advogado, não pode ser utilizada como instrumento de criminalização da advocacia.

As tentativas de punir o advogado que exerce com diligência a defesa seu constituinte contra o arbítrio do Estado comprovam a necessidade de uma legislação que pormenorize e sancione o abuso de autoridade. Não se pode, contudo, incorrer no paradoxo do crime de hermenêutica, como designado por Ruy Barbosa, segundo o qual toda decisão judicial é ato de interpretação. O juiz que for julgar o colega acusado por abuso de autoridade deve fazer uma interpretação sobre a decisão tomada, retirando, em igual medida, o sentido e o significado do dispositivo legal. Processado um magistrado por crime de hermenêutica, o juiz que o julgar terá que interpretar o acerto ou desacerto da decisão. No caso de absolvição, estarão ambos praticando o tipo penal? Havendo condenação, qual terá aplicado satisfatoriamente a lei?

É fundamental ao Estado de direito e às garantias do cidadão a aprovação de uma lei séria e efetiva, que defina e sancione o abuso de autoridade, evitando a violação das prerrogativas da defesa e a exposição indevida de investigados. Mas o crime não

deve ser combatido por meio de outros ilícitos, pois a nobreza do fim não justifica a arbitrariedade do meio.

## **POSSÍVEIS SOLUÇÕES**

O crime de colarinho branco pode ser enfrentado por medidas outras, que não comprometam o regular exercício do direito de defesa – quanto mais o regular exercício da advocacia.

Nos Estados Unidos, o Poder Judiciário pode nomear um *compliance officer* em processo que envolva corrupção, como sucede no Brasil na recuperação judicial. A figura do *compliance officer* surgiu após a crise econômica provocada pela quebra da Bolsa de Nova York, no ano de 1929, em atenção à necessidade de advogados no quadro funcional para checar a aderência da empresa à lei. Ao longo dos anos, o *compliance* incorporou as políticas e as diretrizes de gerenciamento de riscos.<sup>20</sup> Assim como o administrador judicial, ficaria o *officer* responsável por gerir os ativos e passivos da empresa, de forma a viabilizar a superação da crise financeira, preservando a empresa e os empregados, ao mesmo tempo em que garante a lisura das ações. A pessoa jurídica – e mais, as pessoas que dela dependem e nada cometeram de ilícito – não pode ser condenada pelos desvios de seus gerentes.

Os acordos de leniência constituem importante ferramenta para a superação da corrupção sem o encerramento das atividades da empresa. Cuida-se de ajuste entre o ente estatal e o infrator, a fim de que a pena aplicada seja mais suave – ou até mesmo extinta – em troca da colaboração. No Brasil, a prática era prevista no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para casos de cartéis e foi recepcionada pela Lei Anticorrupção, que prevê a possibilidade da celebração de acordo entre qualquer órgão público no caso de corrupção ou fraude à licitação. O instituto foi aperfeiçoado com a recomendação do Tribunal de Contas da União, para que os acordos de leniência não tenham o condão de, uma vez celebrados, suspender as investigações já em andamento contra o colaborador. Para o Tribunal, a prática

---

<sup>20</sup> Ribeiro, Márcia Carla Pereira; Diniz, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas empresas*, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 52, n. 205, jan./mar. 2015, p. 88.

favoreceria a prescrição das penas sem que os delitos fossem adequadamente apurados.

Para regulamentar a fiscalização do TCU sobre o processo de celebração dos acordos, editou-se a Instrução Normativa nº 74/2005. Não se criou mero rito de acompanhamento, na medida em que, ao Tribunal, foi atribuído papel fundamental para a aprovação do acordo, em atenção à inafastabilidade do dever de reparar o erário, de acordo com o art. nº 16, § 3º, da lei nº 12.846.<sup>21</sup> Além de impor à Controladoria-Geral da União o dever de encaminhar a documentação relativa a cada etapa da celebração do acordo nos prazos previstos pelos incisos do art. 2º da IN nº 74/05,<sup>22</sup> sob pena de multa, a Instrução prevê que o Tribunal de Contas “emitirá parecer conclusivo quanto à legalidade, legitimidade e economicidade dos atos praticados”, na forma do art. 1º, § 2º. Ainda, a apreciação do TCU será condição necessária para a eficácia dos atos subseqüentes à celebração do acordo.<sup>23</sup>

Uma possibilidade cogitada para evitar o sobrepreço e a demora na entrega das obras públicas é a contratação de seguros integrais. Tramita no Senado Federal o PLS nº 274/16, que estipula a obrigatoriedade do seguro-garantia integral para execução de todos os contratos públicos de obras e de fornecimento de bens e serviços com valor igual ou superior a R\$ 10 milhões. Nos Estados Unidos, obras de infraestrutura são garantidas na integralidade

---

21 § 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

22 Art. 2º A autoridade responsável pela celebração do acordo de leniência encaminhará ao Tribunal de Contas da União a documentação descrita nos incisos I a V do artigo anterior, observados os seguintes prazos:

I - até cinco dias após o recebimento de manifestações de pessoas jurídicas interessadas em cooperar para a apuração de atos ilícitos;

II - até cinco dias após a conclusão da proposta de acordos de leniência contendo as condições e os termos negociados entre a administração pública e a pessoa jurídica envolvida;

III - até dez dias após a efetiva celebração de acordos de leniência;

IV - até noventa dias após a efetiva celebração de acordos de leniência, no caso do relatório de acompanhamento;

V - até noventa dias após o cumprimento dos termos, condições e objetivo dos acordos, no caso do relatório conclusivo descrito no inciso V do artigo anterior.

23 Art. 3º A apreciação do Tribunal sobre as etapas que compõem a celebração de acordos de leniência, descritas no art. 1º, dar-se-á em Sessão Plenária Extraordinária Reservada e constituirá condição necessária para a eficácia dos atos subseqüentes.

por seguradoras que analisam e apuram os eventuais desvios para, se necessário for, adotar as medidas preventivas e ativas. Na França, contrata-se uma firma de engenharia ou arquitetura para supervisionar e gerenciar a obra, alertando sobre mau uso de verbas e burla às especificações técnicas.

Nesses países, também existe a polêmica figura do *whistleblower*,<sup>24</sup> que transforma o cidadão em informante em favor da Administração Pública. Diferentemente do delator, o *whistleblower* não toma parte da organização criminosa, sendo um terceiro que, detentor de informações relevantes, é impelido por razões morais.<sup>25</sup> O *whistleblower* denuncia às autoridades casos de corrupção, fraudes públicas, desperdício de recursos público e outros atos que coloquem em risco a saúde pública e os direitos dos consumidores. No Brasil, a figura do *whistleblower* vem sendo debatida com o fim de incentivar a proteção do patrimônio público por toda a sociedade.

No nível sistêmico, o projeto de lei do Senado nº 559/2013, aprovado em dezembro de 2016 pelo Plenário, traz importantes mudanças no que diz respeito ao combate à corrupção, mas há que se analisá-las com a cautela necessária. Em que pesem divergências,<sup>26</sup> o PL avança ao fixar os parâmetros para o valor de punições e multas decorrentes da prática de corrupção e ao priorizar a conclusão da obra pela seguradora nas hipóteses de atraso ou de algum imprevisto, o que contribui para a contratação de seguro-garantia. A atual tendência de baixa responsabilização por projeto mal feito é abordada pelo PLS por meio da possibilidade de sanção administrativa e criminal aos licitantes que entregarem projetos equivocados. Ações bem planejadas, como as trazidas na referida PLS, assinalam os controles hábeis a acautelar a Administração Pública contra desvios éticos e financeiros, que oneram e desperdiçam recursos públicos, abrindo as portas para o rigoroso manuseio de

---

24 Traduzido literalmente do inglês, *whistleblower* significa "aquele que assopra o apito".

25 Oliveira, J. M. F. *A Urgência de uma Legislação Whistleblowing no Brasil*, Brasília, Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio/2015 (Texto para Discussão nº 175), disponível em, <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>, acesso em 18 abr. 2017.

26 Fortini, Cristiana. *O projeto de um novo marco legal das licitações e o combate à corrupção*, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-26/interesse-publico-marco-legal-licitacoes-combate-corrupcao>>, acesso em 17 abr. 2017.

técnicas e incentivos a equidade e honestidade.

Mais do que transformações legais, urge uma transformação cultural. Edwin H. Sutherland já havia antecipado que os cidadãos que vêm a cometer crimes de colarinho branco são egressos de bons lares e boas universidades; entretanto, rendem-se ao crime ao participar de "situações negociais em que a criminalidade é praticamente um costume",<sup>27</sup> estando incluídos em um ambiente de comportamento como se não houvesse qualquer irregularidade. O primeiro passo para acabar com tal hábito é romper com a cultura que lhe dá respaldo mediante uma reforma política que extirpe o perverso ciclo do Caixa Dois.

## **CONCLUSÃO**

A continuar o atual sistema eleitoral, escândalos serão sucedidos por escândalos a cada pleito. Nenhum modelo é perfeito, mas o brasileiro certamente é o pior. Mireille Delmas-Marty<sup>28</sup> vale-se de uma metáfora valiosa para ilustrar a necessidade de adaptação no enfrentamento de tensões oriundas de fatores contraditórios. Os velejadores e os aviadores, diante da passagem da calma à tempestade, precisam compor os ventos, a fim de não terem seus barcos afundados ou aviões derrubados. O direito, confrontado com tais ventos opostos e violentos, deve reencontrar um equilíbrio a partir dos princípios reguladores, que permitirão o ajuste da tensão. Quando da reforma política, a busca por um sistema que concretize, a um só tempo, os princípios republicano e democrático sem vulnerar a inviolabilidade do advogado, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana é indispensável para que continuemos a navegar as águas - ou voar pelos céus - da democracia.

---

<sup>27</sup> Sutherland, Edwin H., *A Criminalidade de colarinho branco*, p. 102.

<sup>28</sup> Delmas-Marty, Mireille, *Aux quatre vents du monde: Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2016.



## **RUI PEREIRA**

Licenciado em direito e mestre em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi juiz conselheiro do Tribunal Constitucional, secretário de Estado da Administração Interna do XIV Governo Constitucional e membro do Conselho Superior do Ministério Público.

## TENDÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS NA LUTA CONTRA A CRIMINALIDADE ECONÔMICA

A prevenção e a repressão da criminalidade econômica ilustram duas importantes tendências político-criminais que se desenvolveram na Europa, na década de 1950, após a Segunda Guerra Mundial.

A primeira foi desencadeada em 1952, quando, por influência de Eberhard Schmidt,<sup>1</sup> a então República Federal Alemã aprovou a *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (Lei das Contraordenações), que era uma reação ao movimento hipercriminalizador e a um direito penal “predominantemente político”. Com efeito, no período antecedente, o direito penal fora posto a serviço dos mais variados fins socioeconômicos, surgindo uma prolífera legislação extravagante de “direito penal administrativo”. A criação do direito de mera ordenação social deu resposta a uma questão que se colocava à Alemanha, e também a outros Estados europeus, no pós-guerra: como assegurar a autoridade do Estado em países arrasados sem criar um direito penal totalitário, que convocasse os fantasmas do nazismo?<sup>2</sup> Como depurar o direito penal de incriminações de caráter predominantemente político ou de condutas desprovidas de ressonância ética?

A criação de um novo ramo de direito sancionatório público

---

1 Cfr. Schmidt, Eberhard, *Das neue Wirtschaftsstrafrecht, in Grundsätzliches zu einer Ausgestaltung und Anwendung*, 1950.

2 A essa antinomia se refere Costa Andrade em “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, *Revista de Direito e Economia*, 6/7 (1980-1981), pp. 81-121, e *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I, *Problemas Gerais*, pp. 75-107 (p. 93).

deu uma resposta satisfatória ao problema. Não sendo direito penal, estaria afastada uma indesejável estigmatização e, sobretudo, a aplicação de sanções privativas da liberdade, com o seu efeito criminógeno. Ademais, o direito de mera ordenação social permitiria o descongestionamento dos tribunais, pois as suas sanções – coimas e sanções acessórias – seriam aplicadas extrajudicialmente por autoridades administrativas, apesar de se assegurar aos particulares o direito de recurso para os tribunais (genericamente consagrado, em Portugal, pelo n.º 1 do art. 20.º da Constituição). Todavia, duas críticas podem ser dirigidas ao direito de mera ordenação social. A primeira assinala que a diferença entre ele e o direito penal é apenas de forma. Nessa ótica, Michels afirma que há uma unidade estrutural entre os crimes do direito penal secundário e as contraordenações, embora a unidade categorial se estabeleça entre os crimes clássicos (do chamado direito penal primário ou de justiça) e os crimes do direito penal secundário.<sup>3</sup> A segunda crítica sustenta que o direito de mera ordenação social é inconstitucional no seu conjunto, por violar a reserva da função jurisdicional dos tribunais e, em última instância, o princípio da separação e interdependência de Poderes, decorrente do Estado de direito democrático (artigos 202.º, n.º 1, e 2.º, respectivamente, da Constituição da República Portuguesa).<sup>4</sup> Tal crítica pressupõe que o direito de mera ordenação social constitui uma forma de fugir à intervenção dos tribunais e de excluir as garantias de defesa inerentes ao processo penal (art. 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa).

Ambas as críticas, conexas logicamente entre si, podem ser rebatidas. É necessário estabelecer uma diferença material entre crimes e contraordenações e entre as correspondentes sanções: penas e coimas. É possível formular um critério qualitativo de distinção entre crimes e contraordenações, como fazem Michels<sup>5</sup>

---

3 Michels, H., *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung. Versuch einer materiellen Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht*, 1963, p. 58. Ver, sobre isto, Andrade, Costa, op. cit., pp. 102 e 103.

4 Cfr. Mattes, H., *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, I, Geschichte und Rechtsvergleichung*, 1977, pp. 85 e ss. (em especial, p. 91). Ver ainda, sobre essa questão de constitucionalidade, Palma, Fernanda, *Direito Penal - Parte Geral*, 1994, pp. 79 e ss.

5 *Ibid.*, p. 43. Michels procede à distinção através da carga ética das condutas.

e Amelung<sup>6</sup> na doutrina alemã, ou Eduardo Correia<sup>7</sup> e Figueiredo Dias<sup>8</sup> na doutrina portuguesa (por meio da ideia de ressonância ética). Tal distinção permite compreender aspectos de regime como, por exemplo, o sancionamento das pessoas coletivas<sup>9</sup> e a consagração de infrações de perigo abstrato e de desobediência no direito de mera ordenação social, ao contrário do que, em regra, deve suceder num direito penal que erige como fim das penas à defesa de bens jurídicos e como princípio legitimador à subsidiariedade ou intervenção mínima (arts 40º, n.º 1, do Código Penal e 18º, n.º 2, da Constituição).

No plano das sanções, a crítica segundo a qual a distinção entre penas e coimas é formal e contraria o senso comum (por se tratar de realidades materialmente idênticas) tampouco será decisiva, desde que se consiga estabelecer um espaço de reserva do direito penal. Esse espaço, no que respeita às pessoas singulares, é fornecido pela pena de prisão. Com efeito, por mais desejável que seja criar alternativas a essa pena, que muito provavelmente se tornará residual e exclusivamente aplicável à criminalidade mais violenta e grave nos próximos decênios, ela ainda constitui hoje o *ex libris* do direito penal, explicando todo o conjunto de princípios restritivos e garantias de defesa que lhe estão associados. Até no âmbito da responsabilidade penal das pessoas coletivas se pode

---

6 Amelung, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 291 e ss. O autor refere a existência de normas que as pessoas interiorizam, independentemente do conhecimento da lei, no processo de socialização, a par de normas de criação legal propriamente dita (que englobarão a mera ordenação social).

7 Correia, Eduardo, *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, XLIX (1973), pp.257 a 281, e *Direito Penal Económico e Europeu...*, op. cit., pp. 3 a 18 (pp. 8 a 9), ainda remete para a ideia de mínimo ético o campo de intervenção penal.

8 Dias, F., *O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, in *Jornadas de Direito Criminal: O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, C.E.J., I, 1983, pp. 317 a 336, e *Direito Penal Económico e Europeu...*, op. cit., pp.19 a 33 (pp. 26 e 27), adverte que é a ausência de ressonância ética das condutas, e não dos ilícitos de mera ordenação social, que permite distinguir esses ilícitos dos crimes.

9 Note-se, porém, que a responsabilidade penal das pessoas coletivas tem vindo a fazer o seu caminho, paulatino mas seguro, no âmbito do direito penal. Prevista para a criminalidade económica na lei nº 28/84, de 20 de janeiro, foi surpreendentemente incluída na luta antiterrorista por meio da lei nº 52/2003, de 22 de agosto, que transpôs para Portugal a Decisão-Quadro 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de julho, aprovada pela União Europeia na sequência dos grandes atentados de 11 de setembro de 2001. Por fim, a lei nº 59/2007, de 4 de setembro, aprovada na sequência de um projeto apresentado em 2007 pela Unidade de Missão para a Reforma Penal, por mim coordenada, introduziu no artigo 11º do Código Penal Português a previsão da responsabilidade penal das pessoas coletivas quanto a um vasto conjunto de crimes.

identificar uma pena que não deve ser admitida no direito de mera ordenação social: trata-se da pena de dissolução, verdadeira pena de morte da pessoa coletiva, não proibida pela Constituição, que apenas proscree a pena de morte propriamente dita (art. 24º, nº 2). De fato, a pena da dissolução consubstancia uma limitação de tal maneira grave ao direito de associação (art. 46º da Constituição) que não se crê ser possível deixar a sua aplicação a autoridades administrativas.

Encarado de início como um fenômeno estritamente germânico, o direito de mera ordenação social foi acolhido em Portugal em 1979, por influência de Eduardo Correia, que referiu-se a ele, pela primeira vez, na exposição de motivos do Anteprojeto de Parte Geral do Código Penal, apresentado em 1963, e que desenvolveu as respectivas bases doutrinárias num artigo publicado em 1973, no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.<sup>10</sup> No plano normativo, foi o decreto-lei nº 232/79, de 24 de julho, que instituiu o ilícito de mera ordenação social. Presentemente, o regime geral desse ilícito, que se estende das infrações contra a economia e a saúde pública (decreto-lei nº 28/84, de 20 de janeiro) até o consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (lei nº 30/2000, de 29 de novembro), passando pelo relevantíssimo domínio das infrações ao Código da Estrada, continua previsto no decreto-lei nº 433/82, de 27 de outubro (embora tal diploma tenha sido sujeito a sucessivas revisões).<sup>11</sup>

O direito penal português, que se baseava numa tripartição de ilícitos penais semelhante à da lei penal francesa (com a distinção entre crimes, delitos e contravenções, por ordem de gravidade decrescente), erradicou, num processo paulatino que se estendeu por duas décadas, as contravenções.

A segunda grande tendência que se registou no pós-guerra, de sinal contrário ao movimento descriminalizador, conduziu à criação de um direito penal secundário, de que é parte integrante e traço matricial o direito penal econômico. Na realidade, o secundário encontra as suas raízes profundas na doutrina do

---

10 Correia, Eduardo, *Código Penal. Projecto da Parte Geral*, Separata do B.M.J., nºs 127 (1963), pp. 68 e 69, e text. cit.

11 Cfr. Decretos-leis nº 356/89, de 17 de outubro, e 244/95, de 14 de setembro.

direito penal de polícia de Feuerbach e na doutrina do direito penal administrativo de Goldschmidt e Wolf, desenvolvidas ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX. Mais recentemente, na Alemanha, foi a *Wirtschaftsstrafgesetz* de 1949 (Lei Penal da Economia) que introduziu, no pós-guerra, o direito penal secundário.<sup>12</sup>

Em Portugal, em tempos de ditadura ou “Estado Novo”, foi o decreto-lei nº 41.204, de 24 de julho de 1957, que instituiu o regime de infrações contra a saúde pública e a economia nacional. Esse diploma, contudo, não impediu a proliferação legislativa nessa área, com especial incidência no período que se seguiu à revolução de 1974, durante o qual o poder político pretendeu evitar a fuga de capitais e a sabotagem econômica. Essa lei viria a ser substituída pelo decreto-lei nº 28/84, que, no essencial, ainda está em vigor e prevê, em paralelo, os crimes e as contraordenações contra a saúde pública e a economia. De resto, a distinção entre crimes e contraordenações é árdua: por exemplo, o abate de animais em locais não destinados ao efeito constitui crime; já o abate em locais próprios sem respeitar as regras estabelecidas corresponde a uma contraordenação. Hoje, o direito penal econômico estende-se em Portugal, como na generalidade dos países europeus, por uma vastidão de domínios que englobam, entre outros, os incêndios florestais, as infrações tributárias, as infrações contra a propriedade industrial e a caça.<sup>13</sup>

Uma pergunta legítima, que se segue à identificação das duas orientações de sinal oposto, surge: o direito de mera ordenação social não bastaria para responder às infrações econômicas? Afinal, a criação de um direito penal econômico não derivará, por um lado, de um certo dogmatismo moral e, por outro, da instrumentalização do direito penal pelo Estado para dar seguimento a fins políticos, econômicos e sociais que poderiam ser alcançados por outros

---

12 Cfr., sobre toda essa evolução, Andrade, Costa, text. cit., pp. 79 e ss.

13 Ver, em matéria de incêndios florestais, a lei nº 19/86, cuja vigência, aliás, é controversa (ante o disposto no art. 272º do Código Penal de 1995). O regime geral das infrações tributárias está contido na lei nº 15/2001, de 5 de junho. As infrações contra a propriedade industrial estão tipificadas no decreto-lei nº 36/2003, de 18 de outubro. A lei (da caça) nº 173/99, de 21 de setembro, contempla, nos artigos 28º e seguintes, um crime contra o ambiente (preservação da fauna e das espécies cinegéticas), mas também crimes de exercício perigoso da caça e de exercício da caça sob a influência do álcool, flagrantemente inspirados nos crimes de condução perigosa de veículo rodoviário (perigo concreto) e de condução de veículo em estado de embriaguez (perigo abstrato), previstos nos artigos 291º e 292º, respectivamente, do Código Penal, e crimes de falta de habilitação para o exercício da caça e de desobediência.

meios? A própria diversidade de nomes a que se recorre para se referir a este sub-ramo do Direito Penal – que vai do sugestivo *white collar crime* da criminologia<sup>14</sup> ao respeitável *droit pénal des affaires* de Delmas-Marty,<sup>15</sup> passando pelo anódino direito penal econômico – não comprova o seu artificialismo? A pergunta é reforçada, aliás, pela natureza liberal do nosso direito penal. Em termos sistemáticos, o Código Penal português prevê, em primeiro lugar, os crimes contra as pessoas, a começar pelo homicídio, e só depois, sucessivamente, os crimes contra o patrimônio, contra a paz, contra a sociedade e contra o Estado. Essa ordenação é quase o oposto ao Código Penal português de 1852/86, que se inspirava no Código Penal francês, mas apresentava, em relação ao seu referente, a particularidade de consagrar, antes ainda dos crimes contra o Estado, os crimes contra a religião.

Todavia, algumas infrações econômicas, por sua gravidade, dimensão e consequências, são suscetíveis de pôr em causa o próprio Estado de direito democrático. Na sua defesa da democracia através do pluralismo, Michael Walzer previne que a justiça é ameaçada quando o critério de distribuição de um determinado sistema invade outros.<sup>16</sup> Assim, a invasão dos circuitos de decisão política – ou desportiva, por exemplo – por critérios econômicos, impostos por comportamentos desviantes, põe em causa a própria democracia.<sup>17</sup> Mas, para além da defesa do Estado de direito democrático – e, antes disso, da seriedade ou da confiança na Administração, que, abstraindo a natureza do regime político, explica o profundo lastro histórico de crimes como a corrupção –,<sup>18</sup> a consagração de crimes econômicos é hoje reclamada com veemência pela necessidade de tutelar bens jurídicos supraindividuais da maior importância: o ambiente

---

14 Cfr. Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, 1992 (reimp.), p. 76 e ss..

15 Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*, 1973.

16 Michael Walzer, *Spheres of Justice. A Defence of Pluralism & Equality*, 1982, pp. 10-13.

17 Pondo em causa a subordinação do poder econômico ao poder político democrático, apregoada pelo artigo 80º, alínea a) da Constituição.

18 Sobre o crime de corrupção em geral, ver os comentários de A. M. Almeida Costa aos artigos 372º a 374º no *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, tomo III, artigos 308º a 386º, p. 654 e ss..

e a saúde pública, para além da justiça fiscal e da liberdade do mercado, incluem-se nesse domínio.

Reconhecendo a necessidade político-criminal de um direito penal econômico – que constitui parte importante do direito penal secundário, embora não o esgote –, cabe perguntar quais são as características desse sub-ramo. Ele se distingue, em primeiro lugar, pela natureza dos bens jurídicos protegidos. Depois, deve-se observar que ele costuma estar previsto na legislação avulsa. Contudo, essa regra comporta exceções: crimes como a corrupção, o peculato e o próprio tráfico de influência estão tipificados no Código Penal, dada a sua sedimentação histórica e estabilidade dogmática. Porém, o que na verdade se pergunta é se é possível reconhecer ao direito penal econômico certos traços dogmáticos distintivos<sup>19</sup> que permitam esboçar orientações político-criminais, bem como se é possível assinalar algumas características, por exemplo, em matéria de comparticipação criminosa, imputação objetiva, dolo e erro, causas de justificação e de desculpa, e responsabilidade das pessoas coletivas.

Em matéria de comparticipação criminosa, o legislador consagra, no direito penal econômico e no direito penal secundário em geral, conceitos muito abrangentes de autoria e ação típica, que tendem a anular, na prática, as categorias de instigador e de cúmplice (ou seja, a autonomia dos participantes em sentido estrito). Um exemplo pode ser dado em matéria de tráfico de droga, no âmbito do qual o legislador prevê um leque tão vasto de condutas que não é fácil imaginar um instigador ou um cúmplice do crime.<sup>20</sup>

No domínio da imputação objetiva, observa-se que é frequente recorrer a crimes de perigo, antecipando-se a tutela

---

19 Ver Dias, Figueiredo, *Para uma dogmática do direito penal secundário*, R..L.J, ano 116º (1983-1984), pp. 263 e ss., e ano 117º (1984-1985), pp. 7 e ss., e *Direito Penal Económico e Europeu*, op. cit., pp. 35 a74, e Costa, Faria, *Direito Penal Económico*, 2003, pp. 99 e ss..

20 Cfr. o art. 21º, nº 1, do decreto-lei nº 15/93, de 22 de janeiro.

do bem jurídico e dispensando-se a verificação do dano. Além disso, a imputação sugere, muitas vezes, a substituição de critérios baseados ainda numa ideia de causalidade naturalística (próprios de muitos crimes do direito penal de justiça, como o homicídio e as ofensas à integridade física) por critérios de tipo normativo, como o de risco proibido.<sup>21</sup>

No plano do dolo e do erro, os crimes econômicos justificam duas reflexões. A primeira resulta do recurso frequente a elementos normativos do tipo na descrição dos crimes. Assim, para que o agente atue com dolo, apenas se requer o conhecimento do significado, na sua esfera de leigo (e não um conhecimento exato fundado em percepções sensoriais), de conceitos como “contrafacção ou depreciação de produto” ou “aditivo alimentar”.<sup>22</sup> A segunda assenta na ausência de ressonância ética de muitas condutas contempladas pelo Direito Penal Econômico, a qual permite aplicar o regime de exclusão do dolo previsto no n.º 1 do art. 16.º do Código Penal, que se refere a “proibições cujo conhecimento é razoavelmente indispensável à tomada de consciência da ilicitude”.<sup>23</sup> A consequência desse regime pode ser a impunidade, tendo em conta que os crimes do direito penal econômico não são, em regra, puníveis na forma negligente.

No contexto das causas de exclusão da ilicitude, é de sublinhar a renitência com que a jurisprudência encara a possibilidade de justificar a conduta do agente não apenas por legítima defesa, mas ainda ao abrigo do direito de necessidade. Não tem tido sucesso, por exemplo, a invocação do direito de necessidade ou do conflito de deveres por empresários que cometem o crime de abuso de confiança fiscal ou contra a segurança social para, alegadamente, pagarem retribuições aos trabalhadores. Nem mesmo a tentativa

---

21 Vejam-se, por exemplo, os crimes previstos nos artigos 321.º e seguintes do já citado decreto-lei n.º 36/2003, os quais preveem infrações contra a propriedade industrial, que incluem a violação do exclusivo da patente, o uso ilegal de marca e a violação de denominação de origem.

22 Cfr. artigos 23.º e 24.º do citado decreto-lei n.º 28/84 (Infrações contra a Economia e a Saúde Pública), que preveem, respectivamente, os crimes de fraude sobre mercadorias e contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares.

23 Norma cuja introdução na ordem jurídica portuguesa, em ruptura com o velho dogma da irrelevância do “erro de Direito”, foi determinada pela obra de Figueiredo Dias *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, 2.ª ed., 1978. Sobre a aplicabilidade do regime em direito penal econômico, ver Faria Costa, op. cit., pp. 123 a 125.

de recorrer ao estado desculpante para eximir esses agentes de responsabilidade penal se tem revelado frutífera.<sup>24</sup>

Por fim, ao contrário do que sucede no direito penal de justiça, em que a responsabilidade penal das pessoas coletivas tem sido considerada excecional –<sup>25</sup> por razões que encontram a sua origem em concepções de culpa de índole psicológica ou baseadas no livre arbítrio –, no direito penal secundário, consagra-se com generosidade a responsabilidade penal das pessoas coletivas (sem prejuízo da concomitante responsabilidade penal das pessoas singulares).<sup>26</sup> Essa solução é imposta pela necessidade de se evitar que o crime se constitua em uma atividade vantajosa, no âmbito da qual a punição de pessoas singulares surja como um risco empresarial aceitável. Todavia, a evolução recente assinala a consagração crescente da responsabilidade penal das pessoas coletivas no âmbito do direito penal primário e até no domínio do terrorismo.<sup>27</sup>

Se podemos aceitar, com relativa pacificidade, essa caracterização do direito penal econômico e do direito penal secundário em geral, hoje, coloca-se uma questão premente a propósito desses sub-ramos do direito penal: nas últimas décadas – a partir dos anos 1980 –, tem sido vindo a ser desenvolvido um “Direito Penal de primeira velocidade” (um “direito penal do inimigo”, para utilizar a controversa expressão de Jakobs),<sup>28</sup> que engloba vários institutos de direito penal substantivo e adjetivo mais severos, eficazes e céleres do que aqueles que caracterizam o direito penal clássico. Os conceitos abrangentes de autoria e atos executivos, a previsão de crimes de perigo abstrato, a punição dos atos preparatórios, a responsabilidade penal das

---

24 Vejam-se, entre outros, os acórdãos do STJ de 13 de dezembro de 2001 (proc. n.º 2448/01) e de 18 de junho de 2003 (proc. n.º 3723/02), consultáveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), que recusam a justificação ou a desculpa do crime de abuso de confiança, por direito de necessidade, conflito de deveres ou estado de necessidade.

25 Cfr. art. 11.º do Código Penal.

26 É o que determina, por exemplo, o n.º 3 do art. 3.º do citado decreto-lei n.º 28/84 (Infrações contra a Economia e a Saúde Pública).

27 Cfr. *supra*, nota 9.

28 Cfr. Jakobs, G., *Das selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderung der Gegenwart, in Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausende* (org. Eser e Hassemer), 2000, pp. 47 a 57.

pessoas coletivas,<sup>29</sup> as ações encobertas,<sup>30</sup> a perda de bens cuja proveniência seja inexplicável,<sup>31</sup> a proteção de testemunhas,<sup>32</sup> a quebra dos sigilos bancário e fiscal<sup>33</sup> e a figura do arrependido<sup>34</sup> constituem alguns dos meios privilegiados de que os Estados

---

29 A responsabilidade penal das pessoas coletivas consagrada para o crime de terrorismo pela lei nº 52/2003, de 22 de agosto, na sequência da aprovação da decisão-quadro nº 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho.

30 Tendo começado por ser autorizadas apenas para o tráfico de drogas, as ações encobertas são hoje previstas pela lei nº 101/2001, de 25 de agosto, no âmbito do inquérito e do "pré-inquérito", em relação a um vasto elenco de infrações que inclui, para além de outros crimes graves, violentos ou "organizados", o branqueamento, a corrupção, o peculato, a participação econômica em negócio, o tráfico de influência, a fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção, as infrações econômico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática, as infrações econômico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional, a contrafação de moeda ou títulos e os crimes relativos ao mercado de valores mobiliários. Ver, sobre o regime das ações encobertas, o que escrevi em "O 'agente encoberto' na Ordem Jurídica portuguesa", *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, C.E.J., 2004, pp. 11 a 41.

31 A lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, prevê que, no caso de condenação por crimes de tráfico de droga, terrorismo e organizações terroristas, tráfico de armas, corrupção passiva e peculato, branqueamento de capitais, associação criminosa, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio e lenocínio e tráfico de menores, assim como contrafação de moeda e de títulos equiparados, será perdida a favor do Estado, por se presumir resultante da atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito. Esse regime ainda é compatível com a presunção de inocência, consagrada no nº 2 do art. 32º da Constituição, na medida em que a condenação penal não assenta em nenhuma presunção ou "inversão do ónus da prova". A perda de bens constitui apenas uma consequência da condenação assente numa presunção que cabe ao arguido afastar. Uma presunção que fundamentasse a própria condenação penal seria materialmente inconstitucional. Por seu turno, uma solução como o crime de "riqueza injustificada", previsto no art. 28º da lei nº 11/2003, de 28 de julho, na Região Administrativa Especial (da República Popular da China) de Macau, parece uma forma engenhosa de iludir a presunção de inocência, para além de se mostrar dificilmente conciliável com um direito penal do fato. Na verdade, a norma (apenas aplicável a titulares de cargos públicos e trabalhadores da Administração Pública, obrigados a apresentar declarações de rendimentos e interesses patrimoniais) pune com pena de prisão até três anos e com multa até 360 dias quem, por si ou por interposta pessoa, esteja na posse de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações. Essa solução é orientada para o combate à corrupção e explica-se pela circunstância de este ser um "crime sem vítima", cuja prova é da maior dificuldade. Todavia, a única forma de conciliar o regime com os princípios constitucionais de Direito Penal será entender que ela tipifica uma espécie de crime de falsas declarações. Assim, na difícil luta contra o crime económico, seguir-se-á o método usado contra Al Capone, punindo um delito secundário de forma instrumental. De todo o modo, trata-se de uma solução restrita, que não abarca os casos em que não seja exigível declaração de rendimentos e interesses patrimoniais.

32 A lei nº 93/99, de 14 de julho, contempla os regimes de ocultação e teleconferência, reserva do conhecimento da identidade da testemunha, medidas e programas especiais de segurança e o reconhecimento de testemunhas especialmente vulneráveis. A reserva do conhecimento da identidade, dada a sua conflitualidade com o princípio do contraditório, é aplicável apenas aos casos de tráfico de pessoas, associação criminosa, terrorismo e organizações terroristas, bem como associações criminosas dedicadas ao tráfico de droga, e não pode constituir fundamento exclusivo ou decisivo da condenação - o que significa que não pode constituir, pelo menos no termo do julgamento, conditio sine qua non da condenação. A referida lei foi regulada pelo decreto-lei nº 190/2003, de 22 de agosto.

33 É a citada lei nº 5/2002, que prevê também a quebra do segredo bancário e fiscal nas fases de inquérito, instrução e julgamento, "se houver razões para crer que as respectivas informações têm interesse para a descoberta da verdade". Mas a quebra depende sempre de despacho fundamentado da autoridade judiciária competente (o Ministério Público durante o inquérito; o juiz nas fases restantes do processo) - cfr. art. 2º, nº 1 e 2.

34 A Lei de Combate ao Terrorismo (lei nº 52/2003, de 22 de agosto) prevê vários casos de impunidade ou atenuação especial para arrependidos (artigos 2º, nº 5, 3º e 5º-A, nº 3), o mesmo se passando, por exemplo, em matéria de corrupção (art 374º-B do Código Penal).

européus, incluindo Portugal, se têm prevalecido para lutar contra o terrorismo e a criminalidade organizada (a que também se chama, com alguma fluidez terminológica, criminalidade altamente organizada ou criminalidade organizada transnacional). Os institutos mais polêmicos têm sido a criminalização do “enriquecimento ilícito”, que o Tribunal Constitucional português considerou inconstitucional, por não se fundar num fato ilícito concreto e abalar a presunção de inocência<sup>35</sup> e a chamada delação premiada, tendo em conta a sua envolvimento ético-jurídica e o perigo de conduzir à “falsificação de prova” (sobretudo se for considerada prova exclusiva ou decisiva).

Na ordem jurídica portuguesa, o Código de Processo Penal contém, logo em nível de definições básicas, as noções de terrorismo e criminalidade violenta ou altamente organizada.<sup>36</sup> Essas noções, no entanto, são muito amplas, abrangendo, por exemplo, a trivial ofensa à integridade física simples. Por seu turno, a legislação extravagante consagra elencos de crimes que vão variando de caso para caso. Desse modo, no âmbito do combate à criminalidade econômica e financeira e da proteção de testemunhas ou das ações encobertas, vai-se alterando, às vezes sem razão plausível, o rol de crimes considerados mais graves. Por fim, a própria Constituição, que já introduzira esses conceitos a propósito do tribunal do júri,<sup>37</sup> acolheu-os para admitir, excepcionalmente, a extradição de cidadãos nacionais e as buscas domiciliárias noturnas.<sup>38</sup> Entretanto, a Constituição não os delimita

---

35 Cfr. os Acórdãos do Tribunal Constitucional 179/12, de 4 de abril, e 377/15, de 27 de julho, ambos prolatados em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade.

36 Art. 1º, nº 2.

37 Na sequência da experiência terrorista “doméstica”, que se estendeu até meados dos anos 1980 (quando cessou a atividade das F. P. 25 de Abril), a segunda revisão constitucional (lei constitucional nº 1/89, de 8 de junho) introduziu, pela primeira vez, o termo “terrorismo” no art. 210º, nº 1 (atual art. 207º, nº 1), afastando a possibilidade de o júri intervir no julgamento dos crimes de terrorismo. A quarta revisão constitucional (lei constitucional nº 1/97, de 20 de setembro) estendeu a proibição do júri à criminalidade altamente organizada. Em ambos os casos, pretende-se evitar que cidadãos comuns sejam sujeitos a ameaças e coações inerentes a esses crimes, o que poderia pôr em causa a realização de justiça e constituiria um risco injusto para pessoas que não são profissionais do foro.

38 Cfr. os artigos 33º, nº 3, e 34º, nº 3, respectivamente. A primeira norma, introduzida pela quarta revisão constitucional (lei constitucional nº 1/97, de 20 de setembro), prescreve que “a extradição de cidadãos portugueses do território nacional só é admitida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo”, abrindo uma brecha na proibição, até então absoluta, de extradição de cidadãos nacionais, em nome da cooperação internacional. A segunda norma, resultante da quinta revisão

ou utiliza com uniformidade.

Além dessa flutuação conceitual, questiona-se ainda se é legítimo aplicar a toda criminalidade econômica o regime do terrorismo e da criminalidade altamente organizada. Na verdade, o direito penal econômico e o direito penal secundário, no seu todo, começaram por constituir um “direito penal de segunda velocidade”, aparentemente menos grave do que o direito penal primário ou de justiça (o de homicídios, violações, sequestros, roubos e todos aqueles crimes que contribuem para uma espécie de definição material, implícita na sistemática dos códigos penais e decorrente da exigência de correspondência material entre eles e a ordem axiológica constitucional). Ter-se-á tornado hoje o direito penal primário ou de justiça em um direito penal de segunda classe? Fenômenos terroristas como os que presenciamos no novo século justificam cabalmente a criação de institutos mais severos, eficazes e expeditos para prevenir, investigar e sancionar certos crimes. No entanto, há um núcleo essencial de direitos, liberdades e garantias que não pode ser afetado nessa luta contra o crime, sob pena de descaracterização do Estado de Direito Democrático. A presunção de inocência, o direito de ser representado por

---

de morte, para dar exemplos, inserem-se nesse núcleo intangível.

A grande vantagem estratégica do Estado de Direito Democrático na luta assimétrica contra o terrorismo e a criminalidade organizada advém da sua superioridade ético-política.<sup>39</sup> A necessidade de

---

constitucional (lei constitucional nº 1/2001, de 12 de dezembro), foi ditada pela necessidade de reforçar os meios de combate ao crime, contemplando exceções à inviolabilidade do domicílio durante a noite: “Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei”. Antes, a Constituição proibia, sem exceção, a entrada não autorizada no domicílio de qualquer pessoa durante a noite, o que se explicava devido às buscas e detenções que a polícia política levava a cabo, antes de 1974, durante a noite. Nesse caso, a revisão constitucional acolheu críticas que denunciavam o absurdo de não ser possível intervir mesmo em casos de flagrante delito. Todavia, essas críticas assentam numa imprecisão e suscitam um reparo. A imprecisão deriva de ser sempre possível entrar no domicílio alheio, também durante a noite, nas situações de legítima defesa, direito de necessidade e consentimento presumido. O reparo assinala que a amplitude do conceito de flagrante delito – que abarca o quase flagrante delito e a presunção de flagrante delito, e diz respeito a quaisquer crimes – não exclui abusos. De qualquer modo, é curioso assinalar que a necessidade político-criminal que conduziu à revisão constitucional só se concretizou numa alteração do Código de Processo Penal (art. 177º) introduzida pela lei nº 59/2007, de 4 de setembro, aprovada na sequência do projeto apresentado pela Unidade de Missão para a Reforma Penal por mim coordenada.

39 Ver, sobre a resposta do Estado de Direito Democrático ao terrorismo, o que escrevi em

respeitar regras, que circunstancialmente é tida como desvantagem, acaba por se tornar um trunfo decisivo. Como assinala Fernanda Palma, a ideia de um direito penal do inimigo é insustentável por pressupor que o Estado de Direito tem legitimidade para punir aqueles que exclui do seu próprio âmbito e por admitir, tendencialmente, a ausência de limites quanto a certos crimes.<sup>40</sup>

Admitindo-se, porém, que o terrorismo e a criminalidade altamente organizada requerem a aplicação de certos institutos especiais, pergunta-se se toda a criminalidade econômica, só parte dela ou até nenhuma parte merece ser incluída nesse âmbito. A tal propósito, julgo que devemos fazer uma distinção que me parece valer para todo o direito penal e que permite distinguir três níveis de gravidade: o direito penal do terrorismo e da criminalidade organizada, o direito penal primário ou de justiça e o direito penal secundário (entendendo-se que, nesse último, a pena de prisão, por exemplo, deve ter uma aplicabilidade excepcional). Um quarto nível, formalmente exterior ao Direito Penal, mas com ele aparentado, é constituído pelo direito de mera ordenação social. Há crimes econômicos que devem ser incluídos no primeiro nível. É o que sucede, de forma notória, com crimes de financiamento do terrorismo, branqueamento ligado ao tráfico de drogas ou corrupção no aparelho de Estado. Nesses exemplos, estão em questão condutas que põem em causa bens jurídicos de dignidade idêntica à dos protegidos pelas incriminações do terrorismo e da criminalidade organizada. Outros crimes econômicos devem ser integrados ao direito penal de justiça. Será o caso, em geral, da corrupção e do peculato, sedimentados durante séculos na nossa consciência ético-jurídica e tradicionalmente inseridos nos códigos penais. Por fim, há situações que reclamam um tratamento menos severo e se enquadram no direito penal secundário. Para recorrer a um exemplo expressivo, pense-se no abate de um porco, fora do matadouro, no decurso de uma festa

---

"Terrorismo e insegurança. A resposta portuguesa", R. M. P., nº 98 (2004), pp. 77 e ss.

40 Afirma a autora, de modo incisivo, que "...qualquer Ordem Jurídica concreta, exactamente por pretender ser Direito, não pode conceber uma qualquer pessoa como seu inimigo, sob pena de deixar de ser, quanto a essa pessoa, Direito." Cfr. Palma, Fernanda, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, 2005, pp. 227 e 278.

popular.<sup>41</sup> As infrações econômicas devem, por conseguinte, ser distribuídas equinamente pelos quatro referidos níveis do direito sancionatório público. Não obstante, quando hoje se fala em direito penal econômico, sobretudo no contexto da União Europeia e da cooperação internacional, tem-se em mente a criminalidade mais grave, que reclama a aplicação dos instrumentos previstos para o terrorismo e a criminalidade organizada. Nesse contexto, quais são os grandes desafios que se colocam hoje aos Estados democráticos?

Em primeiro lugar, à semelhança do que tem sucedido em matéria de terrorismo, é desejável que a comunidade internacional tente elaborar um conceito de criminalidade organizada e, dentro deste, um conceito de criminalidade econômica organizada. É óbvio que não se trata de um simples esforço teórico, mas antes, de um conceito funcional, orientado teleologicamente, que permita um combate à criminalidade mais grave em escala global.

Em segundo lugar, é necessário assumir a criminalidade econômica mais grave como alvo prioritário no plano da prevenção e da investigação criminal, atribuindo-lhe os meios humanos, tecnológicos e legais adequados. Em Portugal, apesar de o princípio da legalidade dominar o processo penal e de o princípio da oportunidade ter um papel aparentemente secundário, esse desígnio foi assumido através da aprovação de uma lei-quadro da política criminal, que contempla prioridades e medidas no âmbito da prevenção e investigação de crimes. Tal lei (nº 17/2006, de 23 de maio) também foi aprovada na sequência de um projeto apresentado em 2006 pela Unidade de Missão para a Reforma Penal.<sup>42</sup>

Em terceiro lugar, parece necessário criar, sobretudo no plano processual, um conjunto de regimes de aceites pela generalidade

---

41 Abstraindo de uma eventual restrição típica em nome de um critério de adequação social ou de uma hipotética justificação, o fato corresponde a um crime tipificado na alínea b) do nº 1 do art. 22º do citado decreto-lei nº 28/84.

42 Ao abrigo da lei-quadro, são aprovadas, de dois em dois anos, leis de política criminal pela Assembleia da República, mediante proposta do Governo, e depois de ouvidas as magistraturas e os órgãos de polícia criminal. Presentemente, está em vigor a lei nº 72/2015, de 20 de julho.

dos Estados em matéria de interceptação de comunicações, ações encobertas, proteção de testemunhas e arrependidos e perda de bens, entre outros. Sem esse denominador comum, para além de se correr o risco óbvio de ineficácia, as proibições de prova podem conduzir ao fracasso de processos da maior importância.

Em quarto lugar, seria útil aprofundar um princípio de aproveitamento de atos e fases processuais na cooperação policial e judiciária internacional. Tem-se referido com insistência, a propósito do combate ao terrorismo, à necessidade de as provas serem transmitidas e aos aceites entre autoridades de diferentes Estados estabelecidos. Esse impulso merece um enquadramento mais vasto no contexto do citado aproveitamento de atos ou fases processuais.

Em quinto lugar, sublinha-se a importância da cooperação entre os serviços de informações e entre estes e os órgãos de polícia criminal. Situando-se a atividade dos serviços de informações numa fase prévia em relação à investigação criminal, tal atividade pode antecipar fenômenos especialmente ofensivos ao Estado de Direito Democrático. Acresce que o fim da Guerra Fria criou na generalidade dos serviços de informações uma apetência para se dedicarem à prevenção do terrorismo e da criminalidade organizada, dado o decréscimo de importância relativa da espionagem. À escala da União Europeia, essa orientação deveria ser assumida por uma entidade cooperativa que não elimine a autonomia dos serviços de informações de cada Estado-membro (a *European Union Intelligence and Situation Centre* (INTCEN) é o embrião dessa organização).

Em sexto lugar, os sistemas de investigação criminal e judicial têm de se reapetrechar para conseguirem investigar, perseguir e julgar crimes de elevada complexidade técnico-financeira. A preparação predominantemente jurídica dos magistrados não lhes permite compreender sempre os meandros de “megaprocessos” de elevada complexidade. Para além do reforço da formação e da contratação de assessores especializados, não é de excluir, nesse domínio, a criação de tribunais especializados.

Em sétimo e último lugar, é importante alargar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional aos mais graves crimes econômicos (e de outra natureza, por mais que o terrorismo global justificasse um tribunal internacional com competência especializada). Por outro lado, não podemos esquecer de que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional só será efetiva quando os Estados de vocação “imperial” a ele aderirem.





## **CAPÍTULO 6**

# **GOVERNANCE DO SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICA**

LUIS FELIPE SALOMÃO

JOÃO DORIA

PEDRO PITA BARROS

FERNANDO LEAL DA COSTA



## **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pós-graduado em direito comercial. Foi diretor-presidente da Escola Nacional da Magistratura e presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. É ministro do Superior Tribunal de Justiça.

## **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E O PAPEL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O debate acerca de questões jurídicas brasileiras e portuguesas é muito importante e frutífero, sendo certo que esse intercâmbio é fundamental para o desenvolvimento de políticas públicas e empresariais de qualidade.

O olhar que ora se apresenta não é puramente de governança, mas advém de uma visão jurídica mais focada nos profissionais da saúde pública e privada no Brasil. Para tanto, serão apresentados dois casos do Superior Tribunal de Justiça. O primeiro trata do acesso a medicamentos (Recurso Especial nº 1.069.810/RS) e o outro é sobre dano moral quando há descumprimento nos contratos de plano de saúde (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 520.390/RJ). Esses dois casos exemplificam a judicialização atualmente na área da saúde.

Com efeito, inicio esclarecendo que a figura do *médico* é repleta de simbolismo. O médico é representado por Esculápio, Deus grego retirado com vida do ventre da mãe, que faleceu no parto. Essa é a primeira simbologia que representa a vitória da vida sobre a morte. Ele também é representado como filho de Apolo com a mortal Coronis, e detinha o poder de curar os enfermos. A sua imagem é a de um homem com barba, o que simboliza a experiência; o ombro direito descoberto, representando a simplicidade; o cajado como a firmeza na hora da cirurgia e do diagnóstico; e a serpente, que é considerada um animal sagrado

na Grécia antiga, pois sua troca constante de pele representa a renovação e o seu veneno, em dosagem correta, é o meio utilizado para a cura.

No início, a história registra um grande conflito entre a “medicina mágica” – considerada um desígnio divino – e a “medicina como ciência”. A obra que talvez melhor represente esse confronto, do ponto de vista poético, é o livro de Gabriel Garcia Marques, “Do Amor e outros Demônios”, no qual ele conta a história de uma pequena marquesa que foi mordida por um cachorro portador de febre raivosa. A marquesa era tratada com sessões de exorcismo, quando, na verdade, ela havia contraído a doença por intermédio da mordida do cachorro.

Esse tipo de confusão sempre foi muito presente na medicina. O código de Hamurabi (1790 a.C.), por exemplo, exposto no Museu do Louvre, previa, em caso de insucesso médico, pena de amputação das mãos ou morte, mesmo sem que houvesse culpa.

Na verdade, porém, como Hipócrates demonstrou (em 460 a.C.), a doença é um processo natural, com influência de fatores externos, e, de fato, quando o direito observou com rigor científico a atividade médica, apurou que não poderia haver condenação sem culpa (*Lex Aquilia* – 468 a.C.).

O movimento sempre foi pendular.

Na Idade Média, surgiu a doutrina jurídica chamada de responsabilidade eufemística – quase uma irresponsabilidade total –, pois decorria da confusão entre desígnios divinos com o estágio da doença.

No século XX, em contrapartida, veio a exacerbação da responsabilidade e a ampliação da judicialização da saúde, especialmente a partir dos anos 1980, com a medicina de massa.

No caso da judicialização da saúde no Brasil, uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2010, informou o ajuizamento de cerca de 240 mil ações referentes ao tema da saúde, reivindicando medicamentos, internação, plano privado e plano público de saúde, dentre outras.

Uma experiência muito interessante, consubstanciada na Resolução nº 238/2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), são os Comitês Estaduais de Saúde. Existem já em vários Estados da Federação brasileira e possuem uma formação multidisciplinar, contando com promotores de justiça, defensores, médicos, profissionais da área de saúde pública e privada, que, de maneira rápida e prévia à decisão do magistrado, resolvem diversas questões.

Durante a I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, ocorrida recentemente no Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao ser abordado o tema de saúde, percebeu-se a inexistência de mecanismos eficazes e atuantes de solução desses problemas antes de irem à justiça. Há uma grande incidência de demanda judiciais com um custo elevadíssimo para o erário (setor público) e para os planos de saúde (privados).

Quais são os fatores preponderantes para essa situação?

O primeiro fator é a queda de qualidade no ensino da graduação. A medicina já não é um curso de excelência em muitos países, pois houve ampliação no número das faculdades e isso gerou um deficit na formação de bons profissionais.

Outra questão é que a medicina hoje é, em regra, de massa: internações, exames, medicamentos em grande escala, surgimento dos planos de saúde, de seguros de saúde; uma coisa é decorrente da outra.

Veja-se o exemplo dos EUA. Segundo uma pesquisa realizada pouco tempo atrás, em cada 7 médicos, 4 estão sofrendo processos de valores elevados. A partir da década de 1980, esse número começou a se multiplicar em vários países.

No Brasil, como se disse, acrescente-se que ainda há uma ausência de mecanismos eficazes de soluções extrajudiciais e, nesse caso, apesar de ser um setor bastante *regulado* – a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) regulamenta a atividade no setor de Planos de Saúde –, há também a questão da equação do contrato, ou, em outras palavras, seu equilíbrio econômico-financeiro. Algumas demandas reivindicam coberturas de doenças

não asseguradas pelo contrato, e o Judiciário acaba concedendo esse benefício por questões humanitárias ou utilizando o argumento condicional da universalização da saúde. Diversas teorias são debatidas nos processos judiciais (por exemplo: reserva do possível, teoria dos jogos) em decisões consideradas individualistas, associadas a uma gama de outros problemas.

O custo da incidência da indenização por dano moral em caso de descumprimento contratual é outro fator que precisa ser igualmente mais bem apreciado.

Há pouco tempo, a Segunda Seção do STJ apreciou, no julgamento do Recurso Especial nº. 1.361.182/RS, controvérsia sobre o prazo de prescrição para usuários de planos de saúde privados reivindicarem diferenças cobradas a mais pelos planos. A relatoria do acórdão coube ao ministro Marco Aurélio Bellizze. Nesse caso, houve discussão muito grande sobre se o prazo seria de 3, 5 ou 10 anos, de acordo com a legislação brasileira. Se o prazo fosse de 10 anos, percebeu-se que oneraria em demasia os planos de saúde, concluindo-se, ao final, pela incidência do prazo de 3 anos.

Existe um ditado, conhecido de quem estuda a área jurídica na saúde, que afirma: “Não há doenças; na verdade, há doentes, e cada um reage de uma maneira diferente às doenças e à medicação”. A doença começa, mas não se sabe exatamente como termina. Neste ponto, entram fatores randômicos que são inerentes à atividade e à ciência médica.

A conduta do médico também tem que ser avaliada no exato momento de se aferir a culpa, e, conforme o estágio atual da ciência e o padrão médio de atuação profissional, fatores amiúde não levados em consideração pelo juiz, mas que são adágios definitivos para quem analisa demandas como essas.

Dentro dessa linha, em breve será decidido, no âmbito do STJ, o que é tratamento experimental, seu conceito e se ele deve ser um desdobramento do tratamento da doença. No julgamento do Recurso Especial nº. 1.279.241/SP e do Agravo em Recurso

Especial nº. 988.070/SP, houve debate sobre medicamentos ainda não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e tratamentos não aprovados no Brasil, mas que eram recomendados pelos médicos. A jurisprudência do STJ ainda está sendo formada sobre essas questões, se há o dever do Plano de Saúde de arcar com os custos de tratamentos e medicamentos experimentais.

De outra parte, a jurisprudência do STJ já consagrou a ideia de cobertura integral do tratamento da doença pelo plano de saúde, de modo que é vedado restringir o tipo de tratamento. Também não podem recusar ressarcimento a próteses e órteses, no entanto, como consequência desta intervenção, claro que ocorre a quebra da equação do contrato.

A questão do *homecare*, por exemplo, é hoje, na jurisprudência do STJ, concedida como extensão do tratamento, ou seja, se é uma necessidade decorrente da doença e o médico o recomenda, o plano de saúde tem que arcar com o custo. Isso gera uma mudança na equação do contrato, sendo preciso a necessária atenção a esse ponto.

A atividade médica faz surgir inúmeras relações complexas, visto que envolvem o médico, o paciente, o Estado, os hospitais, as clínicas e seus administradores, além dos pesquisadores, das seguradoras e dos planos de saúde privados. Há uma pluralidade de relações jurídicas, muitas delas multilaterais, para as quais o direito precisa apresentar soluções, e o Judiciário, como terceiro imparcial, deve resolver de modo adequado os conflitos que venham a eclodir.

Muito se discutiu sobre a responsabilidade civil médica, se ela deveria vir consagrada de maneira destacada na lei e se haveria necessidade de uma lei especial que dispusesse sobre o ato médico. Finalmente, aprovou-se a lei nº 12.843, de 2013, que dispõe sobre o exercício da medicina, muito embora ela não conceitue precisamente o que é ato médico, diferenciando-o do ato de auxiliar. Apenas a prática e o caso concreto é que permitirão definir o que é um e o que é outro.

De outra parte, tem-se que os pressupostos da responsabilidade do profissional médico são os mesmos da responsabilidade civil em geral (conduta voluntária, dano injusto, nexo de causalidade). A obrigação médica foi conceituada como obrigação de meio e de resultado.

De fato, no caso dos médicos, a obrigação em regra é de meio, o que gera uma divisão no ônus da prova. As exceções são a cirurgia plástica (estética, não a reparadora), a anesthesiologia, a radiologia e a anatomopatologia. Nestes casos, há uma inversão da regra do ônus da prova. Nessa esteira, é bem de notar que o *sistema da culpa*, como pressuposto para responsabilização do profissional médico, é o mais aceito no mundo todo.

A propósito, recentemente, na Segunda Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.285.483/PB, foram excluídos do âmbito do Código de Defesa do Consumidor (CDC) – que é outro diploma legal que se aplica às relações multilaterais envolvendo esses diversos profissionais – os Planos de Saúde de Autogestão, que têm lógica de custeio bastante diferente.

Na sequência, e para encerrar, desejo apresentar alguns casos julgados no Superior Tribunal de Justiça como exemplos desse processo de judicialização da saúde.

No primeiro caso, dois princípios constitucionais entram em conflito. O primeiro é o da universalização da saúde e da necessidade do tratamento médico adequado a todo paciente; o outro é que o Estado não pode sofrer sequestro de suas verbas, sobretudo em um caso particular, quando envolve obrigação ou determinação para cumprimento de obrigação específica. Nesse conflito, o STJ acabou estabelecendo uma regra. Hoje, os juízes estão vinculados a esse precedente (Recurso Especial nº 1.069.810/RS) e deferem o medicamento com base no laudo médico.

Outro estudo de caso que merece ser analisado refere-se ao dano moral. No início, a jurisprudência do STJ, no campo geral do direito obrigacional, era no sentido de que não cabia dano moral por

simples descumprimento de contrato. Esse entendimento também foi aplicado ao eventual descumprimento de contrato por parte dos planos de saúde (Recurso Especial nº 439.410/SP). No entanto, mesmo sem demonstração de má-fé por parte da operadora do plano de saúde, em um precedente de 2004, essa posição foi revista no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 520.390/RJ, no qual foi estabelecido que, em caso de recusa da seguradora em custear o tratamento de saúde, sempre será devida indenização pelo dano moral provocado, que, à luz do direito brasileiro, tem por base o Código de Defesa do Consumidor.

Para finalizar, quero mencionar o poeta Ricardo Reis, heterônimo do grande Fernando Pessoa, médico de profissão, que viveu emigrado alguns anos no Brasil, educado num colégio de jesuítas. Dominava a forma dos poetas latinos e proclamava a disciplina na construção poética. Ricardo Reis é marcado por uma profunda simplicidade da concepção da vida e por uma intensa serenidade na aceitação da relatividade de todas as coisas.

É o heterônimo que mais se aproxima do criador.

“Para ser grande, sê inteiro: nada  
Teu exagera ou exclui.  
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és  
No mínimo que fazes.  
Assim em cada lago a lua toda  
Brilha, porque alta vive.”



## JOÃO DORIA

Bacharel em psicologia pela Universidade de Paris e mestre em direito pela Universidade de Sussex. Presidiu o Instituto Brasileiro de Turismo, o Conselho Nacional de Turismo e a Paulistur, além de ter sido secretário municipal de Turismo de São Paulo. Fundou o Grupo Doria e o Grupo de Líderes Empresariais, onde preside o Comitê Executivo. É prefeito de São Paulo e recebeu o prêmio Person of The Year 2017, concedido anualmente em Nova York pela Brazil American Chamber.

## A GESTÃO DA SAÚDE NA CIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo é um município com 12 milhões de habitantes que tem as virtudes e os problemas de um país. Um dos seus problemas principais é gestão da saúde, que configura o mais grave tema na Administração Pública. Assim, não é um problema só da cidade de São Paulo, mas é comum a todos os municípios brasileiros e portugueses. A saúde se constitui no problema mais preocupante porque aflige as populações mais pobres que vivem nas periferias. Mesmo São Paulo sendo a cidade economicamente mais importante do país e a terceira maior metrópole do mundo, ela não é diferente quanto ao tema da saúde.

### PROGRAMAS DESENVOLVIDOS

No início de 2017, São Paulo tinha 486 mil pedidos na fila de espera por exames na rede pública municipal. Havia casos que chegavam a esperar por até 2 anos. Somente com gestão, visão e planejamento foi possível enfrentar um problema de quase meio milhão de pessoas aguardando por exames. A partir disso, foram identificados hospitais privados e da rede pública estadual que tinham uma vacância, principalmente, nos seus horários noturnos. Um hospital opera 24 horas por dia com todos os seus equipamentos e médicos disponíveis, funcionando 365 dias por ano. No entanto, a partir das 20 horas, no horário noturno, há uma ocupação mínima dos equipamentos médicos. Diante disso, foi proposto aos gestores dos hospitais que eles recebessem pela

tabela do Sistema Único de Saúde (SUS) – que é uma tabela federal que regula todos os exames desse sistema no Brasil –, sem nenhum valor adicional àquilo que a prefeitura já pagava por esses serviços nos hospitais públicos municipais.

O programa foi denominado “Corujão da Saúde” e ocupou espaços ociosos de hospitais privados e públicos. Foram necessários 10 dias para formalizar os acordos, os convênios com os hospitais, sobretudo com os de administração privada. Esses acordos fizeram a fila de espera por exames ser zerada em menos de 3 meses, com quase 340 mil exames realizados. No entanto, em uma cidade com 12 milhões de habitantes, a demanda cotidiana é muito grande e, por isso, prazos-limite foram estabelecidos para a realização de novos procedimentos médicos.

Os exames com caráter de urgência devem ser feitos em, no máximo, 30 dias, enquanto outros, em casos de menor complexidade, podem ser realizados em até 60 dias. Se houver qualquer situação que eleve esses prazos, o programa emergencial voltará a ser praticado, já que os convênios continuam em vigor com os hospitais, exercendo a mesma tabela do SUS.

Além desse programa, também foi estabelecido o Remédio Rápido. O consumo de medicamentos pela população sem recursos é muito grande na cidade de São Paulo. A licitação pública no Brasil para compra de medicamentos leva entre 120 e 150 dias para seguir os procedimentos burocráticos determinados pela legislação. Assim, para atender rapidamente aqueles que estavam sem receber remédios em hospitais e farmácias, foi realizado um acordo com diversos laboratórios brasileiros e internacionais. O governo do estado de São Paulo, por meio do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), nessa ação, dispensou a cobrança de alguns impostos sobre esses medicamentos, economia que representou em torno de 19% do preço total.

Depois da primeira ação emergencial, estabeleceu-se um fluxo de compras por meio de licitação para dar conta da demanda. Também houve a revisão de logística e distribuição de

medicamentos de forma mais inteligente, seguindo uma lógica parecida como as que adotam as farmácias privadas. Nessas duas ações, percebe-se uma conexão importante entre os setores público e privado para a melhoria da qualidade de vida na cidade de São Paulo.

Um outro programa, desenvolvido em maio de 2017, é o “Corujão da Cirurgia”, que se baseia no mesmo princípio do “Corujão da Saúde”: são utilizados os horários disponíveis nos centros cirúrgicos dos hospitais públicos do estado para reduzir a fila de cirurgia na cidade.

## **GESTÃO DIGITAL**

O desenvolvimento desses programas e de parcerias são frutos de boas práticas de gestão e de administração na busca por soluções para problemas constantes nos municípios brasileiros. Além desses programas, São Paulo será a primeira cidade a viabilizar, no celular, o prontuário eletrônico, que vem sendo desenvolvido pelo Ministério da Saúde. Esse prontuário agiliza procedimentos e facilita o diagnóstico.

Por último, as administrações modernas devem adotar medidas que permitam a gestão digitalizada, utilizando a tecnologia a serviço da saúde pública. Além de acelerar os processos de gestão e aumentar a eficiência, a digitalização dificulta a corrupção, pois aumenta a transparência dos procedimentos e dos dados. Essa gestão digital deve ser aplicada a todas as áreas da Administração Pública municipal além da saúde, como educação, transporte e cultura. Para a adoção desse novo modo de administrar, um bom time faz-se necessário, com pessoas competentes, honestas e dispostas.



## PEDRO PITA BARROS

Possui licenciatura, doutorado e agregação em economia. É professor catedrático da Faculdade de Economia e vice-reitor da Universidade Nova de Lisboa. Membro do *EC Expert Panel on Effective ways of Investing in Health*, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, do Conselho Superior de Estatística, da Direção do Instituto de Políticas Públicas Thomas Jefferson - Correia da Serra, do *Editorial Board do Office of Health Economics*. Também é *research fellow* do *Centre for Economic Policy Research* (Londres).

## **PRINCIPAIS ASPECTOS DA GOVERNANÇA NA ÁREA DA SAÚDE**

O tema da “Governança no Sistema de Saúde Pública” vai ser abordado sob a perspectiva econômica. O primeiro aspecto importante é perceber a complexidade dos sistemas de saúde. Geralmente, quando se discute em economia, fala-se em oferta e procura. A procura na área da saúde tem características distintas, que afetam o papel dos diferentes modelos de governança. A procura por cuidados de saúde é um conceito diferente da procura da saúde. Essa distinção é necessária porque, muitas vezes, há a defesa de direitos em termos de acesso à saúde quando, na verdade, só se consegue exprimir o direito em termos de acesso a cuidados de saúde. Não é possível garantir a saúde da pessoa em si. Essa procura por cuidados de saúde é, frequentemente, delegada, isto é, agentes dentro do sistema de saúde decidem por outros. Como caso principal, os médicos decidem pelos doentes. Essa pequena mudança na forma de determinar o consumo dos recursos faz com que a lógica de procura e oferta na área da saúde seja bastante diferente da dos mercados habituais. Esse é um primeiro elemento que vai fazer diferença nos modelos de governança.

O segundo aspecto é o princípio adquirido de que as sociedades querem dar a seus cidadãos a proteção financeira contra os custos de estarem doentes. Essa proteção, do ponto de vista econômico, corresponde a dar seguro saúde, público ou privado, ou seja, é uma forma simples de fazer com que as pessoas não deixem de ter acesso a cuidados de saúde, por falta de condições financeiras,

quando deles necessitarem. A partir desse princípio, são necessárias instituições que ofereçam e organizem essa proteção financeira, interferindo no jogo de procura e oferta. Esse princípio é aceito por muitas sociedades e implica modelos de governança diferentes dos que seriam aplicados caso o princípio não estivesse presente. Nenhuma discussão e construção do modelo de governança em saúde pode deixar de abordar estes dois aspectos.

Uma implicação imediata da lógica da proteção financeira é que o princípio do utilizador pagador (muitas vezes usado em outras áreas de intervenção pública, como, por exemplo, nas autoestradas) deixa de fazer sentido na área da saúde. Outros conceitos que são frequentes em modelos de governança de outras áreas de administração pública, portanto, têm que ser adaptados quando usados nessa área.

## **DESENHO INSTITUCIONAL**

Alguns autores do Observatório Europeu do Sistema e Políticas de Saúde definem governança em sistemas de saúde “como o enquadramento que permita resolver conflitos em relações e uma complexa teia de interações econômicas”, ou seja, governança é a escolha da estrutura de tomada de decisão que está presente, de como se aplicam políticas de saúde em um sistema de saúde e de como se coloca um quadro geral em funcionamento.

Há cinco características que devem estar presentes para a boa governança dos sistemas de saúde: mecanismos de responsabilização, participação dos interessados, integridade, capacidade política e um bom desenho institucional.

O modelo de governança afeta diretamente o funcionamento do sistema de saúde e um mau sistema de saúde afeta o desenho do modelo de governança. Há muito se tenta desenhar com cuidado o modelo jurídico de governança baseado em regras gerais. Tentamos condicionar a intervenção de todos os agentes econômicos, atendendo aos seus interesses para levá-los numa determinada direção, na qual a natureza deles encontrará uma

forma de atingir os objetivos que tiverem; ou seja, o modelo de governança não dita todas as decisões que os agentes econômicos precisam tomar, mas estabelece o quadro em que muitas dessas decisões podem ser tomadas. Logo, temos que pensar em como os diferentes interesses evoluem, pois os modelos de governança em saúde, muitas vezes, evoluem. Um dos aspectos sobre os quais se tem menos controle são as evoluções e os acontecimentos não planejados que impactam no setor de saúde. Um exemplo é a (re) composição do setor privado que tem ocorrido em Portugal. Se há 40 ou 50 anos havia uma predominância de consultórios privados ou individuais, ou de dois ou três médicos por consultório, nos últimos 20 anos, grandes grupos econômicos começaram a atuar na área da saúde e abriram hospitais, sobretudo em zonas urbanas. Isso fez com que os médicos que trabalhavam em pequenos consultórios passassem a trabalhar no contexto da atividade hospitalar. Surge, assim, a atividade em consultórios privados dentro do hospital, enquadrada numa atividade econômica diferente. Essa evolução faz com que o relacionamento do cidadão com o setor privado seja diferente do passado, também alterando as expectativas e as exigências que o cidadão tem na sua relação com o setor público. Por outro lado, grupos econômicos privados, ao criarem esses hospitais e se envolverem com atividades no setor da saúde, criaram também uma concorrência pelos melhores profissionais, ou seja, profissionais de alta qualidade que trabalham no Serviço Nacional de Saúde (SNS) passaram a ser recrutados pelo mercado privado. Isto também altera a forma de funcionamento do setor público, pois, a partir dessas exigências diferentes, o modelo de governança que lida com recursos humanos dentro do setor público deve mudar o seu formato.

Pesquisas realizadas em Portugal, em 2013 e 2015, demonstram a diminuição no número de pessoas que foram ao consultório privado de pequena dimensão e o aumento do número de pessoas que foram na urgência de um hospital privado. Essa pequena mudança de comportamento na utilização de serviços de saúde do setor privado criou uma percepção pública de falta

de capacidade de resposta do setor público, o que obrigou este último a reagir. Por isso, o modelo de governança pensado para o setor público também deve considerar essas evoluções informais.

### **ANTECIPAÇÃO DE EFEITOS**

Outro aspecto importante para a atual governança na área de saúde é a fixação dos preços de novos medicamentos. Hoje, processos de avaliação econômica de tecnologias de saúde estabelecem se um medicamento é bom ou não para ser produzido e qual o seu preço no sistema de saúde – ou seja, um aspecto de governança, em um sentido de processo da decisão, foi transformado em modelo implícito de fixação de preços. Nós estamos criando modelos de governança que depois refletem efeitos não antecipados de mecanismos que tenham determinados objetivos. Logo, o modelo de governança destinado a um propósito pode, na verdade, ter efeitos perversos se todas as consequências não forem antecipadas, incluindo as formas de reação dos diversos agentes econômicos.

O problema dos preços dos novos medicamentos é um problema crescente nos níveis europeu e mundial, e traz uma mudança fundamental em relação ao passado. Geralmente, não se colocava muito a questão dos preços sobre novos medicamentos porque dizia-se que era preciso pagar pela inovação. A inovação era protegida e acomodada. Hoje, essa lógica está sofrendo uma alteração na ideia de governança como estrutura de decisão.

### **DÍVIDA DOS HOSPITAIS PÚBLICOS**

Muitos hospitais públicos portugueses possuem dívidas com a indústria farmacêutica. Elas são constantes e não são um problema de medicamentos, mas de governança e gestão. Percebe-se que assim é quando se chega a um determinado limiar de dívida e todos os governos injetam dinheiro para pagá-la. Neste momento, baixa-se o valor da dívida, mas a dinâmica subjacente de crescimento da despesa, que deu origem a ela, não muda. O problema permanece e, inevitavelmente, renova-se a situação. Se

há um próximo problema de dívidas que crescem de uma forma permanente, isto é um problema de gestão. É uma dificuldade cara aos ministros da Saúde em termos de funcionamento do setor e também é um problema de definição de governança da atividade de gestão hospitalar. A governança em saúde tem as suas complexidades, e dificuldades existem por haver falhas de *accountability*.

## **CONCLUSÃO**

Em suma, governança em saúde pode ser vista, a partir de um ponto de vista econômico, como uma estrutura de tomada de decisão no contexto de uma complexa teia de relações, com imperfeições e evoluções informais que surpreendem e geram efeitos inesperados, que podem ser adversos. Assim, os problemas no desempenho global do sistema de saúde são problemas originados nas deficiências na governança existente. O desafio de se estabelecer um bom modelo de governança na saúde decorre dessa presença de elementos próprios do setor.



## FERNANDO LEAL DA COSTA

Licenciado em medicina pela Universidade de Lisboa. Foi ministro da Saúde, secretário-adjunto de Estado do ministro da Saúde, consultor da Casa Civil do Presidente da República de Portugal e subdiretor-geral da Saúde. É médico, professor associado convidado da Escola Nacional de Saúde Pública e membro da Comissão de Avaliação de Medicamentos da Autoridade Nacional dos Medicamentos. Também é membro não executivo do Conselho de Administração da *Walk'in Clinics*.

## **OFERTA E CONTROLE DO SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE**

Apesar de afastado da política, mantenho grandes preocupações com a prestação e com a organização da saúde, principalmente porque continuo a exercer a medicina. Entendo que a governança na saúde deve ser entendida, essencialmente, como uma forma transparente de exercer a gestão e o governo, ou seja, por meio da prestação de contas por quem provê os cuidados e por quem gere a saúde.

### **SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE**

A Constituição da República Portuguesa tem, no art. nº 64, o que basicamente formata a governança da saúde em Portugal. Este artigo consagra o direito à proteção da saúde. Sublinho: o direito à proteção da saúde, e não, como muitas vezes se ouve, o direito à saúde, apesar de muitos repetirem que a saúde é um direito. Seria bom se a saúde fosse de fato um direito. Infelizmente, ser saudável não depende de direitos, depende de muitos fatores que não controlamos. Acima de tudo, independentemente da nossa condição pessoal ou social, temos direito a que nos protejam a saúde. O mesmo artigo da Constituição diz que o cidadão tem o direito da proteção à sua saúde, mas também tem o dever de tudo fazer para mantê-la. As pessoas tendem a focar naquilo que são os direitos, e não nos deveres. Por outro lado, também, este artigo define que o direito à proteção da saúde é exercido através de um serviço nacional de saúde que é universal, geral e

tendencialmente gratuito. Considerando a situação atual, a forma como este artigo foi pensado e escrito está desfasada da realidade e das possibilidades atuais da República Portuguesa.

Não é por causa da Constituição que o serviço nacional de saúde é pior ou melhor. Nós temos um serviço nacional de saúde que deve ser universal, geral e, tendencialmente, gratuito. É “universal” porque abrange não só todos os cidadãos portugueses, como também aqueles cidadãos de outros países, à luz de acordos que estabelecem o direito ao acesso à prestação de cuidados de saúde em Portugal, como é o caso dos países africanos de língua oficial portuguesa (PALOP), o Brasil e países da comunidade europeia. Portugal tem, e deve orgulhar-se disso, a tendência de acolher e tratar sem perguntar como vai ser paga a conta no fim.

Não sei se o serviço nacional de saúde é tão geral como a Constituição prevê, ou como estava no espírito do legislador, do constitucionalista. A verdade dos fatos é que, por definição, o serviço de saúde nunca pode ser completo e totalmente abrangente. Com a evolução da tecnologia de saúde, não é sustentável prover tudo a todos. Não seria possível. No entanto, deve-se introduzir uma lógica de racionalização e, desse ponto de vista, eu entendo que o serviço nacional da saúde é geral na medida em que deve poder dar os cuidados devidos, com efetividade comprovada e com uma relação de custo sobre o benefício que seja aceitável na perspectiva do contribuinte, para todos aqueles que deles necessitem. Ser “geral” é garantir o que seja efetivo quando se demonstrar necessário. Essa é uma área na qual os *stakeholders*, nomeadamente a indústria e outros prestadores, fazem legítima pressão no sentido de obrigar o Estado, como o principal pagador, a comprar de tudo, preferencialmente, sem discutir o preço, o que felizmente já não acontece.

Sobre ser “tendencialmente gratuito”, a sociedade portuguesa não foi, ainda hoje, capaz de resolver o que isso quer dizer. É certo que nós temos um sistema mitigado de copagamentos no ato da prestação, do qual está dispensada mais da metade da população portuguesa. A parte que não está dispensada é aquela que paga

mais impostos, porque nós temos um sistema fiscal progressivo. Logo, isso está, claramente, onerando com um duplo pagamento aqueles que mais pagam impostos, levantando sérias questões em relação à justiça e à própria constitucionalidade da gratuidade do sistema nacional de saúde.

Em Portugal, por razões constitucionais e econômicas, não é possível a lógica do *opt out*, como existe em outros países, na qual o cidadão decide se prefere pertencer ao sistema nacional de saúde ou prefere ter um seguro saúde. No nosso país, não existem condições que possam eximir um cidadão de pagar a parte de impostos que deve ao Estado, tal como nunca se poderia impedir um cidadão de se servir do SNS, já que a própria Constituição garante uma cobertura geral e universal, tendencialmente gratuita no ponto de prestação dos cuidados. Dito isso, penso que há algumas matérias que merecem reflexão em torno da discussão de constitucionalidade e do controle de custos.

## **CONTROLE DOS CUSTOS**

Nós já decidimos que não é através das vias da universalidade, da mitigação ou da diminuição desta que vamos poupar custos nas nossas prestações de serviço nacional de saúde. Continuaremos a tratar quem nos procurar no serviço nacional de saúde, desde que com direito legal a essa prestação, pese embora a existência de situações de garantia de assistência humanitária. Não iremos reduzir o conceito de acesso universal para garantir poupanças.

Isso, por outro lado, leva-nos a tentar, de alguma forma, controlar os custos por meio de uma boa e correta avaliação da racionalidade do uso de determinadas tecnologias, medicamentos e meios de diagnóstico em particular. Essa racionalidade é a forma ética e tecnicamente certa de influenciar e modelar o caráter geral do SNS, separando o essencial do acessório, o indispensável do supletivo, o básico do especializado. Isto leva-nos, também, à necessidade de discutir, de forma transparente, a capacidade remuneratória do serviço nacional de saúde, a par da capacidade de aquisição de tecnologias, tendo em vista a diminuição custos.

Um SNS universal e geral, confrontado com toda a ótica da função pública, dificilmente poderá remunerar como o setor privado, que escolhe clientes e cobra o que estes estejam dispostos a pagar. É evidente que toda essa questão é mais complexa do que parece, porque em cada momento da governança temos confrontos com “adversários” que de alguma maneira influenciam a prestação do serviço nacional de saúde. É uma discussão longa, mas deve-se notar que, não havendo boa governança, os recursos nunca serão suficientes para a tarefa que é imposta ao Estado.

## **O PAPEL DOS CIDADÃOS**

Deve-se discutir, ainda, uma questão essencial para a governança no sistema de saúde, que é o papel dos cidadãos, pagadores e beneficiários desse sistema, na própria governança do sistema. A Constituição portuguesa prevê que os cidadãos tenham o dever de pugnar e manter a sua saúde. Os cidadãos precisam fazer escolhas de índole pessoal, comportamental, bem como devem ser informados o que a sua saúde custa. Em boa verdade, o SNS não é gratuito para ninguém, por via de impostos diretos ou indiretos, e compete a quem o paga, aos contribuintes, um papel significativo na formulação e no acompanhamento das escolhas políticas que, favorecendo a saúde, implicarão detrimento de outros tipos de serviços da Esfera do Estado.

Concluo dizendo que temos um sistema de governança complexo, necessário e imperfeito. Tivemos melhorias significativas ao longo dos últimos anos, e destaco que não é por causa dos mais velhos que, hoje em dia, o serviço nacional de saúde é mais caro. Ele é mais custoso porque a tecnologia que usamos é desproporcionalmente cara em relação ao benefício que dela se tira. Dito isso, e sabendo que há muitos *stakeholders* que promovem interferências naquilo que há de ser a governança justa e racional, eu termino dizendo que não há saúde sem que ela seja exercida em todas as políticas, mas há, porventura, demasiada política na saúde.





# CAPÍTULO 7

## **GOVERNANCE DAS AUTORIDADES REGULADORAS DA ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO**

PAULO DE TARSO SANSEVERINO

MURILO PORTUGAL

MANUEL CABUGUEIRA



## **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Doutor e mestre em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Atualmente, é ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor de direito civil. Também é autor dos livros Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor, Contratos Nominados II e Princípio da reparação integral - Indenização no Código Civil, além de ter diversos artigos publicados em revistas jurídicas.

## PAULO DE TARSO SANSEVERINO

### **PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA ATIVIDADE REGULATÓRIA**

O tema que eu escolhi abordar dentro do debate “A governança das autoridades reguladoras da economia e do desenvolvimento” é o papel do Poder Judiciário em conferir segurança jurídica à atividade regulatória. Não se discute que a atividade regulatória está submetida ao controle judicial, mas a grande questão é como o Poder Judiciário pode realizar esse controle sem desnaturar a atividade regulatória. Eu dividi a minha exposição em três partes: a primeira é uma análise da regulação do mercado do Brasil; a segunda parte trata, brevemente, do princípio da segurança jurídica; e a terceira parte, mais especificamente, aborda a jurisprudência a respeito da atividade regulatória dos tribunais brasileiros.

#### **REGULAÇÃO DO MERCADO NO BRASIL**

A expressão *mercado* entrou num vocabulário popular, mas as pessoas não sabem exatamente o seu significado. É uma expressão polissêmica, com uma multiplicidade de sentidos, podendo ser tanto o mercado como local que fazemos as compras, as feiras etc., como também – e esse é o ponto que interessa – a noção econômica de mercado, que foi sintetizada por Adam Smith. De acordo com este autor, o mercado é identificado como uma “mão invisível” que comanda as relações entre produtores e consumidores, permitindo a autorregulação dos preços mediante a atuação da lei da oferta e da procura. Essa noção econômica representa o *locus* no qual há a formação dos preços em geral, pela simples contraposição dessa lei. Esse mercado ideal em que

vai se estabelecer o equilíbrio entre preço, qualidade de produtos e serviços, e a capacidade de inovação tecnológica, é uma utopia. Na prática, nós temos diferentes setores e mercados (financeiro, de capitais, securitário, de telefonia etc.) que atuam ao mesmo tempo. O problema é que, em vários desses setores, ocorrem falhas e distorções que promovem, eventualmente, a formação de monopólios ou oligopólios, com controle dos preços, abuso do poder econômico e assim por diante. Ao longo da história, várias tentativas de intervenção no mercado foram feitas. A experiência mais radical talvez tenha sido a dos Estados totalitários em regime comunista. A intervenção fortíssima acabou sendo desastrosa, e a regulação excessiva não trouxe bons resultados. A solução desenvolvida, especialmente a partir da experiência norte-americana com a Escola de Chicago, foi tentar estabelecer um controle setorial dos mercados.

A opção brasileira, a partir da Constituição Federal de 1988, foi conferir, por meio dos artigos 173 e 174, a função de agente normativo e regulador ao Estado, no sentido de uma regulação da atividade econômica pública e da privada, cabendo a ele, fiscalizar, incentivar e planejar toda a atividade econômica. Em síntese, a atividade de regulação busca estabelecer um controle sobre esses diferentes setores do mercado, estabelecendo estruturas conformadoras das suas práticas e as formas de organização e atuação dos seus agentes. Assim, desenvolveram-se entidades reguladoras voltadas para diferentes setores, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), que observa, por exemplo, questões relacionadas à concorrência e ao aumento dos preços, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), entre outras.

A grande questão é como deve ser a atuação dessas agências reguladoras, preservando a segurança jurídica dos vários interessados, pois há o interesse delas, o das empresas reguladas e do público consumidor. Como se consegue conciliar os diversos interesses na perspectiva da segurança jurídica?

## **SEGURANÇA JURÍDICA**

O que é segurança jurídica? O princípio da segurança jurídica busca resguardar a estabilidade das relações jurídicas em geral, tutelando a confiança do titular do direito de que o seu direito vai ser respeitado. O professor Joaquim Gomes Canotilho<sup>1</sup> formula o princípio da segurança jurídica em sentido amplo: "O direito de um indivíduo poder confiar em que os seus atos e as suas decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes invalidas a ele se ligam os efeitos jurídicos previstos no ordenamento jurídico.". Em síntese, nós temos duas grandes vertentes: de um lado, a clareza e a transparência dos atos de um poder público; de outro lado, o respeito aos direitos individuais aos efeitos jurídicos praticados por cada cidadão.

No Brasil, o princípio da segurança jurídica está previsto na Constituição em vários momentos. Ele aparece como um grande valor, como princípio, como regra, e pode ter duas grandes perspectivas: a estática, que é a ligação com a ideia de Estado de direito, e a dinâmica, que é a que nos interessa. Esta última possui três grandes aspectos: a confiabilidade, a intangibilidade jurídica de situações individuais e a previsibilidade das soluções jurídicas.

O primeiro aspecto,- a certeza do direito, refere-se à possibilidade de se saber antecipadamente o conteúdo do direito, permitindo-se o conhecimento das principais instituições integrantes da ordem jurídica. No caso das agências reguladoras, esse aspecto pode ser visto no prestígio da competência dessas agências e também na própria autonomia delas. Nesse ponto, há uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal (STF), cujo relator foi o ministro Nelson Jobim, que reconheceu a autonomia das agências reguladoras - logo, a certeza do direito. O segundo aspecto, confiabilidade do direito, é o cálculo prévio que se faz tendo como base o respeito fundamental aos direitos, às instituições e às regras que regulam as relações jurídicas. Segurança jurídica implica não apenas o conhecimento das regras, mas também o

---

1 Professor da Universidade de Coimbra.

cálculo prévio de que essas regras vão ser respeitadas. A confiança é especialmente importante no caso das agências reguladoras: é preciso acreditar que as regras e os atos normativos editados pelas agências vão ser respeitados também. O terceiro aspecto é a previsibilidade das consequências dos efeitos jurídicos, ou seja, que esses efeitos também vão ser respeitados; aqui interessa, principalmente, a confiança do público consumidor de que os seus direitos estão assegurados. Esse cálculo é feito *a posteriori*. Logo, temos três grandes visões do princípio da segurança jurídica.

Merece destaque a visão mais moderna do princípio da segurança jurídica na ideia da proteção da segurança. O ministro Gilmar Mendes trouxe, em vários julgamentos no STF, contribuições da doutrina alemã, trazendo uma nova vertente do princípio da proteção da confiança. Estabelecidas essas duas premissas, passo para o exame da jurisprudência no exame da questão de assegurar, de garantir a segurança jurídica às atividades das agências reguladoras.

## **JURISPRUDÊNCIA DAS ATIVIDADES REGULADORAS**

Como tem sido feito o controle judicial pela jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente do Superior Tribunal de Justiça (STJ)? Qual é a situação atual da jurisprudência do STJ a esse respeito? O STJ possui várias questões decididas sobre atividades reguladoras, tanto no âmbito das sessões de direito público como também nas sessões de direito privado.

O STJ é composto por 33 ministros: três estão na administração do tribunal e os outros 30 dividem-se em três seções: a de direito público, a de direito privado e a criminal. Essa matéria chega às seções de direito público e de direito privado. Na seção de direito público, há um acórdão recente de relatoria do Ministro Herman Benjamin, de dezembro de 2016, que sintetiza a visão do STJ a respeito das atividades das agências reguladoras. A discussão era sobre uma multa que havia sido imposta pela ANTT, tendo-se decidido que: "Consoante precedentes do STJ, as agências reguladoras foram criadas no intuito de regular, em sentido

amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação.”, ou seja, concluiu que “não há ilegalidade configurada na espécie na aplicação da penalidade pela ANTT, que agiu no exercício do seu poder regulamentar”. Esse acórdão sintetiza a orientação jurisprudencial do tribunal no sentido de respeitar a competência das agências reguladoras nas suas atividades de regulação daquele setor do mercado.

Na mesma linha, temos um outro precedente, de relatoria do ministro Luiz Fux, quando este ainda integrava o STJ. O acórdão era da primeira seção do tribunal e discutia-se a regulamentação feita pela Anatel sobre o repasse do Programa de Participação Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) para as tarifas telefônicas. O ministro Fux esclareceu que, neste caso, a discriminação na fatura do valor atinente às contribuições para o PIS e para o Cofins foi uma solução encontrada para facilitar a verificação das variações no valor da tarifa, não havendo prejuízo nem para o usuário, nem mesmo para o prestador de serviço. O tribunal reconheceu a validade dessa opção feita pela agência reguladora para a discriminação dessas tarifas nas faturas telefônicas em geral. A solução prática adotada pela Anatel não significou uma elevação disfarçada do valor exigido pelos usuários das tarifas telefônicas. Novamente, a jurisprudência do tribunal prestigiou a atividade, a solução encontrada pela agência reguladora.

No plano do direito privado, eu selecionei dois acórdãos que foram julgados pela segunda seção e que indicam o respeito da jurisprudência pela atividade das agências reguladoras, procurando prestigiar a sua atuação. O primeiro é um caso envolvendo tarifas bancárias e o segundo é sobre a cláusula de reajuste do valor das mensalidades de planos de saúde no caso de pessoas idosas.

Em relação às tarifas cobradas por instituições financeiras, na verdade, neste caso, temos a atuação do Banco Central, mais especificamente do Conselho Monetário Nacional (CNM), como

autêntica agência reguladora do mercado financeiro. A discussão que chegou até o STJ era sobre as tarifas de abertura de conta, de cadastro e de emissão de carnê. A discussão sobre a validade dessas tarifas é imensa. A segunda seção prestigiou as resoluções do CNM, que eram aplicadas pelo Banco Central, reconhecendo que houve uma variação na posição das autoridades reguladoras a respeito dessas tarifas. Até 2008, a postura era não intervencionista e permitia-se a cobrança de tarifa sem maiores problemas. No entanto, começou a haver um grande aumento nesse valor. Por exemplo, fazia-se o financiamento do automóvel com juros zero, mas este era compensado pelas tarifas bastante elevadas, e muitas destas não eram previstas ou reguladas pelo Banco Central. Em abril de 2008, o Banco Central editou uma resolução estabelecendo quais cobranças de serviços bancários poderiam ser realizadas e entendeu-se que essa cobrança ficara limitada às hipóteses taxativamente previstas em normas padronizadoras emitidas pelo Banco Central do Brasil.

Em dezembro de 2016, nós julgamos uma ação que envolvia o reajuste da mensalidade dos planos de saúde por mudança de faixa etária. Esse é um problema extremamente delicado porque envolve a legislação que regulamenta os planos de saúde, o código do consumidor e o estatuto do idoso, ou seja, envolve toda a complexidade normativa que temos no Brasil e que é uma dificuldade com a qual os operadores do direito têm que lidar. Começou-se a discutir a validade desses reajustes – especialmente quando a pessoa completa 59 anos –, que causam um salto no valor das prestações. Isso gerou um grande debate dentro da jurisprudência, especialmente na segunda seção. Chegou-se ao consenso, após longo debate, que se prestigiou a orientação traçada pela agência reguladora (ANSS). Permitiu-se, apenas em casos concretos, se o juiz verificar uma abusividade muito grande no ajuste da tarifa, que se possa fazer o controle, mas, de modo geral, foram respeitadas as balizas traçadas na regulamentação da agência reguladora e foi reconhecida a validade desse reajuste. Um acórdão muito interessante é o Recurso Especial nº 1.568.244 do Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva,

que traça todo o balizamento para efeito de reconhecimento da validade da norma da agência reguladora e o estabelecimento de critérios para controle no caso concreto da verificação de eventual abusividade.

○ ponto em comum que nós temos entre a orientação da jurisprudência, tanto da seção de direito público como na de direito privado no tribunal, é de prestigiar as agências reguladoras. Temos uma noção muito clara da importância dessa atividade, inclusive na prevenção dos litígios que acabam chegando em números cada vez maiores ao Poder Judiciário. Se as agências reguladoras tiverem realmente uma atuação efetiva no mercado, certamente o número desses litígios deve diminuir. Em síntese, pode-se observar que o Poder Judiciário tem procurado prestigiar a atuação das agências reguladoras, em nome da segurança jurídica, efetuando um controle restrito da legalidade da sua atuação no mercado. ○ que se espera delas é que cumpram adequadamente o seu papel, atuando com isenção e imparcialidade na regulação dos diferentes setores do mercado, atendendo aos seus próprios interesses, aos das empresas reguladas e, principalmente, aos do público consumidor brasileiro.



## MURILO PORTUGAL

Bacharel em direito pela Universidade Federal Fluminense, diplomado em desenvolvimento econômico pela Universidade de Cambridge e mestre em economia pela Universidade de Manchester. Atuou no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e foi assessor na Casa Civil, chefe da Assessoria Econômica da Secretaria Geral da Presidência da República, secretário do Tesouro Nacional, diretor-executivo do Banco Mundial, diretor-executivo e vice-diretor geral do Fundo Monetário Internacional, além de secretário-executivo do Ministério da Fazenda. É presidente-executivo da Federação Brasileira de Bancos e presidente da Associação de Educação Financeira do Brasil.

## MURILO PORTUGAL

### **A GOVERNANÇA DAS AUTORIDADES REGULADORAS DA ECONOMIA E DO DESENVOLVIMENTO<sup>1</sup>**

A interação entre o direito e a economia tem crescido de forma extremamente rápida e profícua para ambos os campos de conhecimento, desde os trabalhos pioneiros de Ronald Coase, Calabresi, Garry Becker e Richard Posner – apenas para citar alguns dos desbravadores do tema na Universidade de Chicago – nas décadas de 1970 e 1980. Tendo em conta essa proveitosa relação de saberes, pretendo abordar o tema da governança das autoridades reguladoras sob uma perspectiva econômica. Dentro desse enfoque econômico, tenciono cobrir quatro tópicos:

- Razão para regular: falhas de mercado;
- Falhas de governo, efeitos negativos da regulação estatal e desregulamentação;
- Governança dos reguladores como resposta às falhas de governo e mecanismo para melhor regulação;
- Aspectos da regulação e supervisão do setor bancário.

Começo esta exposição tomando emprestada e adaptando uma frase famosa do grande estadista britânico Winston Churchill

---

<sup>1</sup> As opiniões expressas neste texto são pessoais e não devem ser atribuídas ou associadas a qualquer entidade em que o autor trabalhe ou tenha trabalhado.

a respeito da democracia: o livre mercado é o pior sistema econômico para equilibrar a demanda e a oferta, e para alocar recursos escassos para fins alternativos, com exceção de todos os demais sistemas que têm sido experimentados de tempos em tempos até aqui. O livre mercado certamente não é perfeito, porque a perfeição só existe na fé, seja na forma religiosa, seja na forma ideológica, ou nos modelos abstratos. Se considerado perfeito, o livre mercado serve apenas como um recurso metodológico para isolar e estudar melhor as propriedades e os efeitos de uma determinada variável.

No mundo real, o livre mercado apresenta várias imperfeições, que foram descobertas aos poucos pelos responsáveis pelo Estado e pelos homens de negócios, e foram estudadas e racionalizadas pelos economistas sob a designação de **falhas de mercado**. Essas imperfeições levaram os governos a buscar o controle dos preços, das vendas e da produção de certas empresas privadas, a requerer licença prévia e a estabelecer padrões de desempenho para certas atividades econômicas privadas. Esse movimento dos governos se traduziu nas formas usuais de regulação econômica, em um esforço para evitar que decisões privadas desconsiderassem o interesse público. Esses são a essência e o porquê da regulação econômica.

Para corrigir **falhas de mercado**, pode-se recorrer ou à regulação ou à propriedade estatal. A experiência empírica sugere que a regulação tem sido a melhor opção. Três dessas chamadas falhas de mercado estão na origem da maior parte das tentativas do setor público de regular a economia e o desenvolvimento.

A primeira falha é o **monopólio natural**, que ocorre nas atividades em que há grandes economias de escala. Quanto maior é a empresa, menores ficam os custos – circunstância que acaba levando a um fornecedor único. Quando há uma situação dessas, o monopolista pode praticar preços acima do custo marginal de produção, sem risco de atrair concorrentes capazes de cobrar menos. Nesse caso, o livre mercado não funciona. Foi o que aconteceu, por exemplo, com as estradas de ferro no século

XIX, nos Estados Unidos, país em que as tarifas de frete e de passageiros do transporte ferroviário são reguladas desde 1887. Não é economicamente sensato construir duas linhas férreas paralelas, pois não há competição na prestação desse tipo de serviço. É importante acentuar que a competição é o mecanismo pelo qual o livre mercado funciona, equilibrando a demanda e a oferta e alocando recursos eficientemente.

Os setores em que há monopólio natural podem mudar com o desenvolvimento tecnológico. Hoje, por exemplo, não é mais necessária uma linha física para transmitir os sons por telefone. Conseqüentemente, o monopólio natural nessa indústria, que levou à sua regulação nos Estados Unidos desde 1910, deixou de existir, pelo menos nesse formato.

Uma variante do monopólio natural é o caso de recursos naturais escassos e não renováveis que são amplamente usados na economia e que, por isso, podem permitir aos seus controladores cobrar preços exagerados – uma forma de cobrança acima dos custos marginais de produção, que os economistas chamam de “rendas”. São exemplos desse caso o gás natural e o petróleo, que, em certos países, em determinados períodos, também passaram a ser objeto de regulação e concessão ou exploração direta do Estado.

Uma segunda falha de mercado são as chamadas **externalidades negativas**, que são custos não capturados pelo sistema de preços. Um exemplo clássico é a poluição atmosférica gerada pela produção de energia a partir de combustíveis fósseis, como o carvão e o petróleo, que afeta negativamente não apenas aqueles que consomem a energia, mas toda a sociedade. Nesse caso, a regulação estatal procura estabelecer limites para as emissões de gases poluidores, padrões mínimos de engenharia ou a obrigatoriedade de uso de certos equipamentos.

Uma terceira falha de mercado são as **informações assimétricas**, que ocorrem quando uma das partes de um contrato ou de uma transação tem mais e melhor informação

do que a outra parte, sendo muito custoso ou impossível para a parte em desvantagem obter a informação completa, e quando o custo dos erros é desproporcionalmente elevado para a parte em desvantagem informacional. Essa é a falha de mercado que ocorre no setor financeiro e que leva à necessidade de regulação. Ocorre também na indústria farmacêutica, na prestação de serviços médicos e em outras indústrias e serviços especializados. Por exemplo: é muito difícil para o paciente adquirir todas as informações sobre sua condição de saúde, os tratamentos disponíveis, os riscos e os efeitos colaterais envolvidos. Os custos de uma decisão errada podem ser catastróficos. A regulação, nesse caso, se dá, então, com o licenciamento de produtos e profissões, e o estabelecimento de padrões mínimos de desempenho.

A informação assimétrica gera duas falhas de mercado bastante comuns no setor financeiro: **seleção adversa e risco moral**. A **seleção adversa** acontece quando se seleciona ou se exclui a pessoa errada. O **risco moral** se verifica quando a parte em uma transação muda o seu padrão de comportamento após a assinatura do contrato. Como exemplo, temos o caso do tomador de um empréstimo bancário que sabe mais sobre a sua situação financeira e patrimonial e sobre suas intenções e disposição de pagar o empréstimo do que o banco que empresta. No limite, quando não há informações adequadas, o banco pode tomar a decisão errada, seja aumentando os juros, seja emprestando a quem não deveria, ou recusando um empréstimo a quem deveria emprestar. Em todas essas situações, a seleção adversa gera custos sociais. Os casos de risco moral são também comuns no setor financeiro. Por exemplo: o tomador de um seguro pode mudar os seus hábitos após o contrato de seguro, assumindo mais riscos por se saber protegido dos efeitos destes.

A conclusão é que, quando há falhas de mercado, a famosa mão invisível de Adam Smith não funciona bem.

## **FALHAS DE GOVERNO, EFEITOS NEGATIVOS DA REGULAÇÃO ESTATAL E DESREGULAMENTAÇÃO**

Assim como a mão invisível do mercado não funciona em alguns casos, a mão visível e pesada do governo tampouco tem êxito em algumas ocasiões. Além das falhas de mercado, existem também as **falhas de governo**, expressão cunhada pelo economista Ronald Coase.<sup>2</sup> Uma falha de governo ocorre quando a intervenção governamental produz alocação de recursos e resultados mais ineficientes do que aqueles que decorreriam caso não houvesse nenhuma intervenção, até mesmo em mercados que não preenchem as condições necessárias para haver competição perfeita e resultados sociais ótimos.

Vários tipos de falhas de governo têm sido apontados na literatura especializada, tais como: lei das consequências não desejadas, subsídios perversos, deslocamento do setor privado pelo governo (*crowding out*), desperdício governamental, problemas de revelação de preferências, ilogicidades da ação coletiva, problemas de principal-agente etc. Vamos dar ênfase às duas falhas mais relevantes para o nosso tema: a **captura do regulador pelo regulado e a inconsistência temporal** dos governantes, políticos e reguladores.

O conceito de **captura do regulador pelo regulado** foi apresentado por George Joseph Stigler.<sup>3</sup> Em trabalho conjunto com Claire Friedland, Stigler argumentou que a regulação da indústria de energia elétrica norte-americana não tinha gerado os efeitos esperados nos preços e questionou a criação de tantas agências reguladoras nos Estados Unidos.<sup>4</sup> Como resposta a esse questionamento, Stigler sugeriu que a regulação excessiva tinha como sua principal origem a atuação política de algumas indústrias interessadas em obter proteção da competição e das forças de mercado,<sup>5</sup> tendo em vista que várias indústrias

---

2 Professor da Faculdade de Economia da Universidade de Chicago nos anos 1960.

3 Professor da Universidade de Chicago e ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1982.

4 Stigler, J. George; Friedland, Claire, *What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity*, in *The Journal of Law and Economics*, v. V, out. 1962.

5 Stigler, J. George, *The Theory of Economic Regulation in Bell Journal of Economics and Management Sciences*, n. 3, 1971.

reguladas acabavam capturando os reguladores e estimulavam o estabelecimento de regulação além do que seria justificável pelas falhas de mercado.

Vários estudos empíricos acerca de indústrias reguladas nos Estados Unidos mostraram efeitos inexistentes ou negativos da regulação governamental. Estudos sobre a indústria de transporte, por exemplo, demonstraram pouco efeito da regulação sobre o nível de preço. Na regulação da telefonia, os reguladores mostraram uma tendência de evitar aumentos de tarifas para usuários locais, transferindo alguns custos para as tarifas de ligações de longa distância, num mecanismo de subsídios cruzados. Estudos sobre as indústrias do gás e da aviação mostraram igualmente problemas regulatórios. Outros estudos argumentaram que as agências reguladoras sofriam forte influência política do governo e procuravam manter os preços baixos por razões políticas, e não por motivos de eficiência econômica.

A segunda falha de governo relevante para nossa discussão é a chamada **inconsistência temporal e visão míope dos governos**, que enxergam, principalmente, o período do calendário eleitoral. A inconsistência temporal é a situação na qual as preferências do tomador de decisão mudam com o passar do tempo de tal maneira que uma preferência futura pode se tornar inconsistente com a preferência expressa num momento passado. Essa falha leva a tomadas de decisões não sustentáveis, que, embora produzam resultados temporários favoráveis, geram efeitos negativos no futuro. O problema da inconsistência temporal, com governos preocupando-se principalmente com o impacto de suas decisões no período eleitoral, mas descurando-se de repercussões negativas posteriores, levou a sugestões de que algumas agências reguladoras governamentais devem ter autonomia em relação às autoridades políticas.

As análises críticas de economistas sobre a regulação governamental nos anos 1970 e 1980 e a insatisfação popular com alguns efeitos e custos da regulação levaram a um movimento de desregulamentação nos Estados Unidos a partir dos anos 1980. Entretanto, a mera desregulamentação pode não ser a resposta adequada para os excessos de regulamentação e para as falhas

de governo naqueles casos em que existem importantes falhas de mercado, sendo a regulação de qualidade nesses setores um elemento essencial para o bom funcionamento da moderna economia de mercado.

### **GOVERNANÇA DOS REGULADORES COMO RESPOSTA ÀS FALHAS DE GOVERNO E MECANISMO PARA MELHORAR A REGULAÇÃO**

○ que fazer para manter e melhorar a regulação em indústrias e setores em que as falhas de mercado são efetivamente intensas? Ao mesmo tempo, o que fazer para evitar as falhas de governo e a ineficiência dos órgãos reguladores? Como compensar as falhas da mão invisível sem cair nas garras da mão visível e pesada do governo?

Algumas das respostas a essas questões são a **reforma, o aperfeiçoamento e o fortalecimento da governança dos reguladores da economia e do desenvolvimento**. A governança dos reguladores seria, assim, a mão que ajuda a evitar as falhas da mão invisível do mercado e também as da mão visível e pesada do governo. A natureza e a qualidade da regulação dependem de **quais** regulamentações específicas são estabelecidas, de **quando** e **como** os reguladores focam sua atuação, das estruturas existentes para **limitar sua discricionariedade e assegurar sua autonomia**, e dos **métodos para garantir o cumprimento** das regulamentações estabelecidas.

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), entidade internacional que, nas últimas décadas, vem se distinguindo como uma das mais respeitadas fontes de boas práticas regulatórias, publicou, em 2005, **oito princípios para a boa regulação**:<sup>6</sup>

- Servir a objetivos claramente identificados e ser efetiva em atingir esses objetivos;
- Ter sólida base legal e empírica;
- Produzir benefícios que superem os custos;

---

<sup>6</sup> *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*, OECD, 2005.

- Minimizar custos e imperfeições do mercado;
- Promover a inovação;
- Ser clara, simples e prática;
- Ser consistente com outras políticas e regulações;
- Ser o mais possível compatível com a competição, o comércio e o investimento nos níveis doméstico e internacional.

Como a governança é um mecanismo essencial para atingir bons resultados, a OCDE, em 2014, complementou esses princípios da boa regulação e publicou **sete princípios para a boa governança regulatória**, operacionalizando alguns dos temas abordados nos princípios da boa regulação e acrescentando novos temas.<sup>7</sup> Os princípios da governança são:

- **Clareza sobre o papel da regulação**, com objetivos claros para o regulador, funções compatíveis com tais objetivos e mecanismos de coordenação com outros organismos relevantes;
- **Prevenção de influência indevida e manutenção da confiança**, dando independência para os reguladores, cujas decisões e funções regulatórias devem ser conduzidas com integridade, assegurando a prevalência da lei e propiciando um ambiente favorável ao investimento;
- **Governança e processo decisório independentes**, com arranjos de governança que assegurem o funcionamento efetivo, que

---

<sup>7</sup> *The Governance of Regulators*, OECD, 2014.

preservem a integridade regulatória e que atinjam os objetivos pretendidos;

- **Responsabilização e transparência** na ação dos reguladores perante os Poderes Executivo e Legislativo, perante os regulados e o público em geral;
- **Engajamento** com os regulados e terceiros interessados, para aumentar a efetividade da regulação, mas evitando a captura regulatória e conflitos de interesse;
- **Recursos financeiros** suficientes para alcançar os objetivos, mas de forma a não influenciar as decisões e contribuir para o atingimento imparcial e eficiente dos objetivos;
- Avaliação de desempenho dos reguladores, para mostrar o impacto de suas ações e decisões, melhorar seus sistemas e processos internos, demonstrar sua efetividade e gerar confiança no sistema regulatório.

A OCDE apresenta uma descrição detalhada não só do conteúdo de cada um desses princípios, como também exemplos práticos de como eles podem ser postos em ação.

Malcolm Sparrow<sup>8</sup> acentua que os reguladores encontram-se sob forte pressão e enfrentam uma grande variedade de demandas, frequentemente contraditórias:

- Ser menos intrusivo, mas mais eficiente;
- Focar seus esforços, mas ser consistente;
- Lidar com assuntos importantes, mas não ultrapassar a sua autoridade estatutária;

---

8 Professor da Kennedy School of Government, da Universidade de Harvard.

- Ser mais acessível à comunidade que regula, mas não ser capturado pela indústria.

Para enfrentar os desafios da regulação, Sparrow sugere ser necessário abandonar o velho modelo de regular, caracterizado por uma postura reativa e adversária guiada por incidentes, e adotar um novo modelo focado na prevenção, com parcerias empenhadas em solucionar problemas.<sup>9</sup> O regulador deve focar em impacto e resultados, adotando um enfoque de controle de riscos e solução de problemas, investindo em parcerias colaborativas, identificando e resolvendo problemas relevantes.

A experiência empírica do Brasil com agências reguladoras da economia e do desenvolvimento é relativamente recente. Embora o surgimento de reguladores do mercado financeiro e da concorrência date da década de 1960 – como a criação do Banco Central em 1964, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em 1962, da Superintendência de Seguros Privados (Susep) em 1966 e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em 1976 –, o estabelecimento de agências reguladoras independentes foi intensificado a partir da implantação do Plano Real, em 1994.

Entre 1996 e 2001, foram criadas novas agências reguladoras, como a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), em 1996, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), em 1997, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional do Cinema (Ancine), em 2001, e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), em 2005. A experiência tem tido altos e baixos. Numa avaliação da estrutura regulatória do Brasil conduzida em 2008, a OCDE reconhece avanços, mas, ao mesmo tempo, aponta deficiências. A avaliação assinala que a escolha do melhor modelo institucional para a governança regulatória permanece aberta e que há necessidade de assegurar recursos, objetivos claros, mais autonomia e menos interferência política. A análise

---

<sup>9</sup> Sparrow, M., *The regulatory craft: controlling risks, solving problems and managing compliance*, 2000, Brookings Institution Press, Washington.

da OCDE também salienta que o Brasil carece do uso sistemático de ferramentas regulatórias e que a transparência, a consulta pública, o processo decisório baseado em evidências empíricas e a responsabilização precisam ser melhorados. Aqui, apenas a questão da regulação do setor bancário será comentada.

### **REGULAÇÃO PRUDENCIAL E SUPERVISÃO DO SETOR BANCÁRIO**

Historicamente, os bancos são o setor mais regulado e supervisionado da economia, tanto em nível doméstico como internacional. O motivo é que o setor bancário é permanentemente assolado por intensas assimetrias de informações, problemas que ocorrem não apenas nas relações em que o banco empresta aos seus clientes, como exemplificado anteriormente, mas também nas relações dos bancos com seus depositantes, que podem afetar a sua própria solidez. Por exemplo, no sistema de reserva fracionária em que operam os bancos modernos, com ausência de um emprestador de última instância e de um sistema de seguro de depósitos, um rumor de que um banco não é sólido pode levar à quebra desse banco e a uma corrida bancária. Nesse caso, mesmo quem sabe que o rumor sobre a solidez do banco é falso só tem uma conduta racional: correr ao banco para sacar, porque, dado o problema de informação assimétrica, se muitos acreditarem no boato e tentarem retirar o dinheiro, o banco vai à falência. Em razão da elevada interconexão existente entre bancos no sistema bancário, uma corrida a um banco, se não controlada, pode se transformar numa corrida a vários bancos e numa crise bancária. A possibilidade de ocorrer essa situação gerou a criação de bancos centrais, para emprestar livremente, a uma taxa punitiva, para todos os bancos solventes em casos de dificuldades temporárias de liquidez. Essa hipótese situacional também levou ao estabelecimento de seguros de depósitos pelos governos.

Por outro lado, o fato de os bancos privados saberem-se protegidos pelo banco central acarreta o problema do risco moral, com o banco eventualmente tomando riscos excessivos, cujas consequências negativas terão que ser assumidas pelo poder público. O mesmo acontece com os depositantes, que, ao se saberem protegidos por seguro de depósitos governamental,

podem confiar seu dinheiro a bancos menos sólidos. A resposta a esses problemas de informação assimétrica, seleção adversa e risco moral é a regulação prudencial, conduzida em conjunto com a supervisão do sistema bancário pelo poder público.

**Ondas de regulação e de desregulamentação bancária** têm sucedido ao longo da história. Ondas de regulação normalmente ocorrem na sequência de sérias crises bancárias, com os governos tentando regular os problemas que provocaram a última crise. A regulação de problemas do passado, contudo, não impede o surgimento de novos problemas. Já as ondas de desregulamentação geralmente são provocadas por mudanças estruturais significativas nas condições macroeconômicas e/ou por inovações financeiras que aumentam a competição no mercado financeiro.

A Grande Depressão dos anos 1930, que causou a suspensão de operações de 20% dos bancos que operavam nos Estados Unidos, levou à criação da *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) para operar um seguro governamental de depósitos bancários. As alegações de que uma das razões das falências de bancos eram perdas geradas pela compra e venda de instrumentos financeiros securitizados levaram à edição da lei bancária de 1933, a famosa Lei Glass-Steagall, que, entre outras medidas de controle, separou os bancos comerciais dos bancos de investimentos, proibiu os bancos comerciais de operarem com instrumentos securitizados e estabeleceu limites para a taxa máxima de juros que os bancos poderiam oferecer aos depositantes para evitar competição excessiva. O período entre a década de 1930 e os anos 1970 foi marcado por restrições a taxas de juros, depósitos compulsórios punitivos, mecanismos de controle direto e localizado da oferta de crédito, além de dissuasão moral dos bancos.

Os choques macroeconômicos dos anos 1970, representados pelo fim, entre 1973 e 1976, do sistema de *Bretton Woods* de taxas de câmbio fixas, pelos choques do petróleo de 1973 e 1978 e pela forte alta da taxa de juros nos Estados Unidos em 1979-1980 para combater a inflação, levaram a um movimento de desregulamentação bancária nos países industrializados

nas décadas de 1980 e 1990. Os limites de taxas de juros para captação de depósitos tiveram de ser abolidos em razão da forte elevação da taxa básica de juros. Com o fim dos controles cambiais, as medidas de controle direto de crédito tiveram de ser descontinuadas, já que, num regime sem eles, tais medidas quantitativas podiam ser evitadas e geravam vantagens competitivas para bancos estrangeiros. Restrições quantitativas e outras formas de racionamento do crédito tiveram de ser substituídas pelo uso mais intenso de taxas de juros. A regulação prudencial do capital dos bancos como forma de melhorar sua solvência passou a ser favorecida como o principal instrumento para a estabilidade financeira.

Como resposta a essas mudanças e aos problemas bancários gerados pela crise da dívida latino-americana dos anos 1980, os reguladores norte-americanos engajaram-se em negociações com suas contrapartes europeias e japonesas para reforçar a cooperação internacional, negociando o primeiro acordo internacional para requerimentos de capital bancário baseados no risco. O Comitê da Basileia, que havia sido criado em 1974 pelos países desenvolvidos para enfrentar os problemas gerados pela falência do banco alemão *Herstatt* e do banco norte-americano *Franklin National*, aprovou, em 1988, um acordo para a "convergência internacional da mensuração de padrões de capital". O acordo definia um valor mínimo de 8% dos ativos ponderados pelos riscos, a serem mantidos como capital pelos bancos internacionais, valor este que deveria ser alcançado até 1992. Padrões percentuais para ponderação de risco foram definidos para os principais ativos bancários (empréstimos e financiamentos concedidos pelos bancos). O capital dos bancos foi classificado em dois níveis: capital principal ou nível I, composto por ações e lucros retidos, e capital suplementar ou nível II, composto por provisões, outras reservas, reavaliação de alguns ativos acima do custo histórico, entre outros. Esse acordo posteriormente ficou conhecido como Basileia I, em razão das mudanças subsequentes que os acordos de Basileia sofreriam com o passar do tempo.

Antes mesmo que as regras de Basileia I fossem completamente implementadas por todos os seus membros, a crise asiática de 1997 levou a novas modificações, consolidadas num novo acordo, aprovado em 2004, conhecido como Basileia II. Foram aprovados “25 princípios fundamentais da supervisão bancária efetiva” e um “novo modelo de adequação do capital” baseado em três pilares: requerimentos mínimos de capital, supervisão da adequação de capital e fortalecimento da disciplina de mercado. Foram adotados também modelos alternativos para a mensuração de riscos: um modelo padronizado e modelos internos desenvolvidos por cada banco, que poderiam ter um formato básico ou avançado.

A crise financeira internacional de 2007-2009 levou a uma nova onda de regulação bancária. As regras de Basileia III procuraram enfrentar alguns dos problemas que ficaram evidentes na crise, no que se refere à regulação prudencial. As novas regras se concentraram em quatro grandes temas: (a) capital dos bancos: com o objetivo de aumentar a quantidade e melhorar a qualidade do capital mínimo que os bancos são obrigados a manter como proporção dos seus ativos ponderados pelos respectivos riscos, bem como de criar colchões de capital para circunstâncias especiais; (b) liquidez: criação de dois índices para ampliar a liquidez no curto e no longo prazos; (c) novo índice de alavancagem; e (d) regras mais exigentes para as instituições financeiras: seja pelo tamanho da instituição, seja pelo seu grau de interconexão com os demais componentes da economia, as instituições financeiras têm importância sistêmica nacional ou internacionalmente.

Os principais debates sobre a governança dos reguladores do mercado bancário ecoam alguns dos tópicos mencionados anteriormente, como o **problema da inconsistência temporal**.<sup>10</sup> Como o *trade-off* entre inflação e desemprego é fortemente determinado pelas expectativas de inflação, um banco central pode anunciar antecipadamente que seguirá uma política de baixa inflação para influenciar as expectativas de inflação dos agentes privados. Após os agentes privados já terem agido com base

---

10 Os economistas Kydland e Prescott ganharam o prêmio Nobel de Economia em 2004 estudando esse problema no caso das autoridades monetárias. Ver: Kydland, F. e E.C. Prescott “Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans”, in *Journal of Political Economy*, 1977.

nessas expectativas de baixa inflação, incorporando-as aos preços e salários que estabeleceram e negociaram, pode haver uma grande pressão política ou incentivo para a autoridade monetária renegar sua promessa e adotar uma política monetária expansionista para aumentar o emprego no curto prazo. Contudo, como a economia não consegue, no longo prazo, exceder o seu produto potencial ou reduzir o desemprego para abaixo da sua taxa natural com base em estímulo monetário, essa expansão monetária gerará inflação mais elevada no futuro. Sabendo disso, os agentes privados não confiam nas promessas de autoridades monetárias que dispõem de grande discricionariedade para mudar suas decisões e/ou são fortemente influenciadas pelo governo. Por isso, o mero anúncio de uma política de baixa inflação pelo banco central não é crível sem o simultâneo comprometimento dessa política com uma regra clara de procedimento e sem independência do banco central para implementá-la.

No **debate entre regras versus discricionariedade**, é alegado que um sistema de regras limita a possibilidade de resposta ótima a eventos não antecipados, já que até mesmo as regras mais bem desenhadas não dispõem de capacidade perfeita de previsão das circunstâncias futuras - o que é verdadeiro. Entretanto, o regime de completa discricionariedade pressupõe a existência do governante iluminado e benevolente, que sempre decide conforme o interesse público de longo prazo - o que frequentemente não é verdadeiro. Por essa razão, como indicado por Kydland e Prescott, a manutenção de uma conduta temporalmente consistente não é crível num sistema de completa discricionariedade e pressão política. Desse debate, surgiram sistemas de **discricionariedade restringida**, como é o caso do sistema de metas de inflação, em que o banco central tenta alcançar metas preestabelecidas, mas tem certa discricionariedade em quando e como reagir a choques de oferta.

Além das questões da autonomia e da discricionariedade *versus* regras, outro tema relevante ligado à governança é a dúvida sobre se o banco central deve ter um mandato duplo para conduzir a política monetária e, ao mesmo tempo, garantir a estabilidade financeira. Nos países desenvolvidos em geral, agências distintas

são responsáveis por essas duas incumbências, com o banco central se encarregando da política monetária e do controle da inflação, e outra agência governamental tratando da estabilidade financeira. As críticas relacionadas à concentração das duas atividades em um único regulador ponderam que os objetivos inerentes a cada uma delas podem ser inconsistentes entre si. O banco central poderia, por exemplo, afrouxar os requisitos regulatórios de capital e liquidez dos bancos privados para estimular a economia ou deixar de elevar a taxa de juros quando recomendado para o controle da inflação, por preocupação quanto ao impacto do aumento da taxa de juros sobre a estabilidade financeira, ou, ainda, utilizar instrumentos regulatórios prudenciais com objetivos macroeconômicos de reduzir a inflação, no lugar de subir a taxa de juros. Entretanto, após a crise financeira de 2007-2009, a opinião, antes majoritária, a favor da separação dessas duas funções em entidades distintas tem se alterado na direção de um banco central independente, designado para desempenhar ambas as atribuições, em virtude das sinergias que assim seriam geradas.

Um terceiro problema é o da **troca de informações e coordenação entre os reguladores do setor financeiro**. Dadas as especificidades de determinados mercados financeiros, na maioria dos países, é necessário que esses mercados sejam regulados e supervisionados por reguladores distintos. As bolsas de valores, os mercados de capitais, seguros e previdência privada usualmente apresentam reguladores distintos do sistema bancário. Contudo, os segmentos do mercado financeiro são fortemente interligados. Eventos que acontecem em um segmento podem afetar todos os demais, sendo importante uma intensa e constante troca de informações entre os respectivos reguladores. Igualmente, por meio do uso de derivativos e outros instrumentos financeiros, operações que atingem os mesmos resultados podem ser executadas por instrumentos bancários, ou do mercado de seguros, ou do mercado de capitais. Assim, assimetrias e inconsistências entre as regulações desses segmentos tendem a ser exploradas pelos mercados. Problemas semelhantes de coordenação e harmonização podem ocorrer entre os países. Discrepâncias importantes entre os sistemas

regulatórios nacionais podem incentivar a **arbitragem regulatória** por parte das grandes instituições financeiras globais. Sem uma estreita troca de informações entre supervisores nacionais, é difícil para um supervisor em um país específico ter visão completa do que os grandes bancos internacionais fazem em diferentes mercados nacionais e dos riscos agregados que podem estar assumindo. Não há, tampouco, um mecanismo internacional para enfrentar as dificuldades de instituições sistemicamente importantes que atuam em vários países. Se ocorrer a quebra de uma grande instituição sistêmica, as autoridades têm de optar entre duas alternativas pouco atraentes: fornecer financiamento público em montantes elevados ou depender de uma legislação de insolvência normalmente mal equipada para reestruturar eficientemente as instituições financeiras. Em vista disso, os reguladores e supervisores têm buscado uma forma eficiente e ordenada para tratar a resolução de um banco ou grupo financeiro com importância sistêmica e com atuação simultânea em vários países.

O setor bancário brasileiro é um caso de sucesso em termos de boa regulação e supervisão, de bom relacionamento entre regulador e regulado, bem como de comportamento prudente e profissional de seus banqueiros, que souberam tirar ensinamentos das crises enfrentadas nos anos 1980 e 1990. A regulação prudencial no Brasil sempre foi mais exigente do que o requerido pelos padrões internacionais. A supervisão proativa e presente beneficia-se de grande volume de informações de qualidade e bastante detalhadas sobre cada banco individualmente. O resultado é um setor bancário extremamente sólido, bem capitalizado, com elevado nível de provisionamento, altamente líquido, pouco alavancado e, por isso, bastante resistente a choques. O índice médio de capitalização é de 17,2% dos ativos ponderados pelo risco, em comparação com uma exigência regulatória mínima de 10,5%. O capital principal, de melhor qualidade, encontra-se na faixa de 12,7%. As provisões para empréstimos em atraso representam praticamente o dobro da carteira de créditos inadimplentes acima de 90 dias. O índice de liquidez de curto prazo equivale a mais de 200% do valor das saídas de recursos em um cenário de estresse,

e as fontes de liquidez de longo prazo equivalem a mais de 100% do montante de empréstimos de longo prazo.

Para concluir, tecerei algumas observações sobre as interações entre o direito e a economia.

O Judiciário, em razão da tendência crescente de judicialização de conflitos, tem exercido cada vez mais um papel proativo, com influência decisiva na atividade econômica. Certamente, promover a eficiência econômica não é o único nem o principal objetivo das leis e da jurisprudência, que se preocupam principalmente com a justiça e a equidade. Apesar disso, e até mesmo em prol destas, promover a eficiência econômica deveria ser uma consideração importante da lei e da jurisprudência.

Mudanças de regras geram mudanças no comportamento futuro dos agentes econômicos, no caso de interações voluntárias em que duas partes são ligadas por um contrato e um preço. Uma mudança imposta pela lei ou pela jurisprudência nos termos de um contrato já existente poderá resultar em alteração no futuro preço de mercado do bem, serviço ou direito que está sendo transacionado. Essa imposição de mudança pode produzir efeitos radicalmente diferentes dos desejados pela mudança legislativa ou jurisprudencial. Como o economista Ronald Coase argumentou, num regime de custos de transação positivos, a natureza das leis e a jurisprudência são fatores determinantes do desempenho da economia. Quando os custos de transação são maiores do que o ganho gerado pela redistribuição causada por mudança imposta legal ou judicialmente, a contratação pode simplesmente cessar. Ao aumentar ou reduzir a segurança jurídica dos contratos livremente negociados dentro de um arcabouço legal previamente conhecido pelas partes, o Judiciário tem um impacto importante na economia.





## **MANUEL CABUGUEIRA**

Licenciado em economia pela Universidade Portucalense, mestre em gestão e estratégia industrial e doutor em economia pela Universidade Técnica de Lisboa. É consultor principal do Centro Jurídico da Presidência do Conselho dos Ministros e professor da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias.

## **COASE, A “PEDRA FILOSOFAL” DA REGULAÇÃO E A GOVERNANÇA DOS REGULADORES**

No texto seminal de enquadramento da política da regulação, o economista Roger Noll começa por estabelecer que, “numa perspectiva limitada e mais complexa da regulação, a visão normativa da teoria econômica do bem-estar constitui uma teoria positiva da governança se as condições do teorema de Coase se concretizarem: a informação é perfeita e acessível sem custo e o processo político é livre de custos de transação”.<sup>1</sup>

Para um economista que estuda teoria da regulação, esta frase é entusiasmante, pois cria a ilusão de que a regulação pode ser um exercício positivo. As condicionantes do teorema de Coase são apresentadas como uma “pedra filosofal” da regulação, que permitem responder ao condicionalismo do normativo com a certeza da técnica positiva quando se procura desenhar uma intervenção pública que maximize o bem-estar. Num cenário ideal, é possível conciliar as perspectivas normativa e positiva da regulação, definindo-se as condições que permitem encontrar uma solução positiva de distribuição dos recursos que é ótima para a sociedade e que, nessa perspectiva, cria um ótimo normativo de maximização do bem-estar.

No entanto, tal como os esforços da alquimia antiga saíram frustrados e nunca transformaram um metal não nobre em ouro, também os reguladores modernos têm dificuldade em encontrar

---

<sup>1</sup> Noll, R, 1989, Coase.

as condições ideais para criar uma “reação alquímica” que permita, de forma positiva, responder às ineficiências do mercado satisfazendo as exigências normativas.

Neste quadro, importa perguntar o que falha – mais interessante (e porventura relevante): importa questionar se é mesmo pretendido realizar esse exercício alquímico em que o raciocínio positivo, fundado na técnica econômica, integra as preocupações normativas, de base política.

### **AS FALHAS DO MERCADO: A VISÃO CLÁSSICA E A MODERNA IRRACIONALIDADE**

A primeira das questões está largamente respondida e encontra-se bem enraizada no seio da teoria do interesse público: o que falha é o mercado.<sup>2</sup>

As falhas de mercado estão bem identificadas, são abundantemente discutidas na literatura e agrupam-se em três tipos: falha de existência, quando existem externalidades e o mercado não gera um preço que reflita o custo social associado à utilização dos recursos econômicos; falha de estrutura, quando o mercado tem características que o impedem de ser eficiente, tais como economias de escala, de rede, ou outras economias que suportam a existência de monopólios naturais; falha de incentivo, quando a informação é imperfeita, havendo incerteza e assimetrias de informação, que põem em causa a capacidade de decisão.<sup>3</sup>

Essa visão neoclássica, mais mecânica (ou, como diria Coase, orgânica), tem agora que ser complementada com uma quarta falha que acontece no mercado e que tem origem nos decisores. Para surpresa dos manuais tradicionais de microeconomia, as pessoas também falham – ou, na perspectiva mais realista de Herbert Simon, economista norte-americano, quando decidem, são racionais, mas apenas limitadamente.<sup>4</sup>

Nessa perspectiva, e numa visão mais moderna das falhas

---

2 Noll, R., 1989, Baldwin, R. et al, 2011.

3 Bator, F., 1958, Arrow, K., 1969, Noll, R., 1989, Baldwin, R. et al, 2011.

4 Simon, H., 1947.

de mercado, importa introduzir um elemento novo que escapa à visão neoclássica: o papel do comportamento humano quando é condicionado pela forma como acede, conhece, processa e utiliza a informação. Como explica o economista Richard Baldwin,<sup>5</sup> hoje em dia, a incerteza, que explica a falha por incentivo, já não está associada ao risco tal como definido por Frank Knight, economista norte-americano,<sup>6</sup> segundo o qual o fator fundamental é a capacidade para atribuir uma probabilidade a um evento incerto, mas antes um risco comportamental que se relaciona à forma como o decisor reage atendendo à informação de que dispõe.

A questão encontra os primeiros contributos nos textos de Herbert Simon, que destaca que o decisor econômico é intencionalmente racional, mas apenas consegue sê-lo de forma limitada,<sup>7</sup> propondo que se “substitua a racionalidade global do homem econômico por um comportamento racional que seja compatível com a informação disponível e a capacidade de computação que é realmente detida pelos organismos, incluindo o homem, nos ambientes em que este existe” e, acrescentamos nós, decide.<sup>8</sup>

Aprofundando essa ideia, mais recentemente, os teóricos Kahneman e Tversky<sup>9</sup> estruturaram o processo de decisão humana em cenários de risco, sublinhando a relevância das probabilidades atribuídas às perdas e aos ganhos esperados, bem como à tendência de valorizar as perdas esperadas face aos ganhos esperados, ou seja, o presente face ao futuro. Como Kahneman explica posteriormente<sup>10</sup>, o objetivo da moderna teoria comportamental passa pela incorporação da psicologia na análise econômica (a que Simon já se referia em 1957), procurando encontrar tendências/desvios sistemáticos associados à forma como os decisores aplicam heurísticas, reagem em cenários de

---

5 2011.

6 1921.

7 Simon, H., 1947.

8 Simon, H. 1957.

9 1979.

10 2003.

incerteza e são sensíveis à forma como os problemas são colocados.

Em um desenvolvimento paralelo, Thaler, economista, e Snustein, professor de Harvard,<sup>11</sup> com o conceito de *nudge*, alertam para a importância da arquitetura das opções quando se pretende prever o comportamento dos decisores sem pôr em causa a amplitude das escolhas e sem impor proibições. O comportamento já não é, apenas, estudado como um desvio, mas passa a ser analisado como um instrumento de intervenção e um elemento de política.

Esses caminhos, que estão a ser trilhados na moderna teoria comportamental, colocam o centro das atenções na tendência para o “irracional”, alertando para os desvios face aos padrões de decisão esperados e discutindo novas formas de desenho das intervenções no mercado. A sua relevância já é assumida de forma transversal, tal como se pode ver no relatório da OCDE sobre regulação e economia comportamental,<sup>12</sup> do Banco Mundial sobre a mente, a sociedade e o comportamento<sup>13</sup> e, mais recentemente, com a criação do *science hub* da Comissão Europeia, centrado na aplicação do comportamento à política pública.<sup>14</sup>

A integração dos desvios comportamentais no momento de decisão e a importância da informação, sua existência e forma como é disponibilizada assumem, dessa forma, um papel relevante na compreensão das falhas de mercado e devem ser consideradas quando são discutidas as intervenções que procuram responder a essas questões.

## **OS INCENTIVOS DA INTERVENÇÃO: EFICIÊNCIA E BEM-ESTAR**

---

11 2008.

12 Lunn, 2014.

13 2015.

14 ver o texto de 2016.

Após essa reflexão sobre as falhas de mercado, conscientes da necessidade da intervenção, importa, então, discutir os objetivos que dão suporte à intervenção.

Essa questão é mais complexa. Admitindo uma abordagem positiva, qual o objetivo que a regulação deve perseguir? A eficiência? E qual o critério? Pareto, Kaldor-Hicks? Algum desses critérios é exequível como padrão para avaliar a qualidade de uma intervenção no mercado? Estes critérios respondem aos anseios normativos?

A visão neoclássica da regulação introduz o princípio de Pareto<sup>15</sup> como linha orientadora para a maximizadora do bem-estar. É quase que intuitivo aceitar que se contribui para essa maximização e para uma distribuição ótima de recursos sempre que for possível melhorar a posição de um agente econômico sem pôr em causa o bem-estar dos restantes. Apesar de facilmente aceite e compreensível, a questão coloca-se na sua aplicação.

Os economistas Kaldor e Hicks<sup>16</sup> transformam essa medida de eficiência em algo mais exequível com a introdução de critérios de compensação. Esses autores defendem que existem acréscimos de bem-estar sempre que, após um pagamento de compensação, todos fiquem na mesma situação de bem-estar e alguém fique melhor. Igualmente intuitivo, sujeito a críticas atendendo aos evidentes efeitos de redistribuição, mas mais próximo de uma visão aplicada da regulação econômica.

Independentemente do critério de eficiência pelo qual se dê suporte a uma intervenção positiva, a questão é, no entanto, se esse critério resiste ao teste normativo que vai além da eficiência. Quando se pensa em uma intervenção de defesa do interesse público, a eficiência é apenas um dos critérios, sendo ainda necessário ponderar a eficácia e a equidade (os 3 Es), sendo esta última ainda mais complexa, quando se introduzem os princípios da equidade intra e intergeracional (associados ao conceito de sustentabilidade que resultou da Declaração do Rio sobre Meio

---

15 1909.

16 1939.

Ambiente e Desenvolvimento, de 1992).<sup>17</sup>

Face a uma exigência mais ampla, será que a intervenção de um regulador pode ser puramente positiva ou é realmente necessário introduzir um componente normativo na intervenção pública? Será que devemos discutir a existência de mais uma falha de mercado, a “falha política”, ou seja, a incapacidade para produzir o resultado socialmente pretendido?<sup>18</sup>

Essa é uma das discussões mais interessantes a desenvolver quando se aborda a governança de um regulador. Sabemos que a intervenção é orientada para a resolução de uma falha de mercado, mas como se define o critério de avaliação e de sucesso dessa intervenção? É apenas o critério de eficiência ou exige-se algo mais? Qual o papel do regulador quando lhe são impostas exigências que vão além da eficiência econômica?

O que se (pode) exige(ir) de um regulador

O professor da Universidade de Harvard, Malcom Sparrow,<sup>19</sup> começa o seu livro sobre a “arte da regulação” referindo-se às pressões “sem precedentes” a que o regulador (utilizando, aqui, o conceito anglo-saxônico, mais amplo) está sujeito quando se confronta com uma

*vasta, mas muitas vezes contraditória, panóplia de exigências: deve ser menos intrusivo – mas mais eficaz; mais amigável e cuidadoso – mas castigando qualquer transgressor; de concentrar os seus esforços – mas garantir consistência em toda a sua intervenção; mais expedito nas decisões – e mais cuidadoso nas intervenções futuras; focado nos assuntos mais importantes – mas sem sair dos limites estritos das suas competências; mais próximo à comunidade regulada – mas sem ser capturado*

---

17 Ver Relatório Brundtland.

18 Confraria, 2010.

19 2000.

*pela indústria.*

É uma realidade que os reguladores não vivem tempos fáceis. No entanto, olhando para todo o século de experiência, também é uma realidade que nunca os viveram. A sociedade e, fundamentalmente, os decisores políticos não têm uma visão estável sobre o papel e as funções dos reguladores. A visão e a intervenção de organismos, que se querem independentes, nem sempre se coaduna ao ciclo econômico e político. Se, em épocas de crescimento econômico e de fortalecimento da intervenção privada, a desregulamentação pode dar espaço para uma maior regulação, em períodos de restrição econômica, de convulsão nos mercados e na sociedade, a regulação pode ser observada como uma via menos incisiva e segura de intervenção que, face à menor rigidez, pode mesmo ser "culpada" de todos os males, desajustamentos, precipitações e supostas irracionalidades comportamentais.

Concordando com a posição de Sparrow, e em atenção às exigências inconsistentes que vão se impondo aos reguladores, a questão que se coloca é a de saber se o regulador é (dever ser) chamado a intervir em situações que exigem ponderação política e que, como tal, são claramente normativas. Não interessa encontrar uma resposta ajustada a um ciclo econômico particular ou de reação a uma maior exigência que se coloque sobre os reguladores ou de maior descrença para com o seu papel. Importa refletir sobre a essência da regulação e decidir se pode ou não ser, fundamentalmente, um ser exercício de base objetivo, distanciado das questões normativas e das "falhas políticas".

Em 2014, em um relatório de boas práticas relativas à "Governança dos Reguladores", a OCDE dá, em três momentos, contributos relevante para esta discussão. Primeiro, no quadro do conceito amplo de regulação, define o regulador como

*"uma entidade que está estatutariamente autorizada a utilizar instrumentos legais para atingir objetivos políticos, impondo obrigações*

*ou estabelecendo exigências através de instrumentos tais como o licenciamento, as permissões, a acreditação, as aprovações, as inspeções”.*

Acresce, depois, que “todas as atividades e decisões dos reguladores devem ser objetivas, imparciais, consistentes e especializadas”. Referindo-se diretamente à distribuição de poderes e já no quadro da independência e da separação entre a intervenção legislativa, de regulamentação, e a regulação, recomenda que

*Sempre que a decisão de regulação envolva juízos de valor (que possam ser informados por recomendações independentes e técnicas), será mais apropriado atribuir o poder de decisão ao gabinete ministerial responsável naquela legislatura. Por exemplo, as decisões, controversas, de planeamento que envolvam a ponderação de objetivos políticos são, tipicamente, feitos pelo governo eleito e pelos seus ministérios. Em contraste, decisões que se enquadram em critérios objetivos, mesmo que imponha, algum grau de ponderação, seriam melhor atribuídas a outras entidades públicas fora do circuito do governo central.*

Conjugando esses três contributos (que não substituem uma leitura atenta do relatório), a posição expressa pela OCDE vai no sentido de se estabelecer uma separação clara entre as dimensões de intervenção política, de suporte legislativo com orientação e ponderação normativa, e a intervenção de regulação, técnica e positiva, na persecução dos objetivos que lhe foram atribuídos.

É claro que a existência do regulador está presa a um objetivo, é restringida por limites e tem uma dimensão de independência

na intervenção. Esses fatores são consequência de uma decisão política e, por isso, obedecem a um enquadramento político. Tal como resulta da definição proposta, o regulador existe enquanto entidade a quem foram atribuídas competências de intervenção no mercado na busca pelo objetivo que lhe foi imposto e está delimitado.

O que se argumenta é que, uma vez delimitado esse objetivo, identificada a falha de mercado, estabelecida a exigência da promoção da concorrência ou de ganho de qualidade e acesso, o regulador deve assumir-se como uma entidade que se encontra objetivamente focada no seu cumprimento, sem preocupações que envolvam ponderações normativas.

Em tal cenário, deve o regulador afastar-se por completo do processo de decisão política, em particular no que se refere à sua área de intervenção? Não. O regulador é um interlocutor fundamental, com conhecimento específico, que tem acesso a informações relevantes e que conhece o mercado e os seus atores. Nesse sentido, pode, e deve, contribuir nos processos de desenho, implementação e avaliação das intervenções públicas no setor económico em que atua. É nesse quadro que a OCDE atribui ao regulador três funções na sua relação com os agentes políticos.<sup>20</sup> “Em virtude da sua familiaridade com o setor regulado e atendendo à sua responsabilidade última de implementação das decisões políticas”, o regulador: (i) deve contribuir para a operacionalização das médias que são adotadas a político, mais amplo; (ii) deve desenvolver e provar médias de intervenção que integram uma perspectiva de longo prazo (mais estável do que aquelas pressão aos ciclos políticos); (iii) deve estar envolvido na criação e revisão das políticas públicas, disponibilizando informação relevante e que possa promover o desenvolvimento setorial.

Como se trata de uma entidade a quem foram atribuídas competências e que detém os instrumentos para, idealmente,

---

20 2014.

de forma independente, intervir sobre o mercado, essa relação com o poder político e com o Legislativo não deve ficar apenas na colaboração, mas deve ter, igualmente, uma dimensão de responsabilização. Enquanto agente que defende o interesse público, intervém nos mercados e condiciona e influencia o comportamento dos agentes econômicos, o regulador deve responder pelas suas decisões e dar conta dos seus resultados. Nesse quadro, deve responder ao Poder Legislativo e estar sujeito à revisão judicial. Com o primeiro, em uma posição de prestação de contas e informação sobre a atividade e os resultados; com o segundo, na salvaguarda dos direitos, das obrigações e das competências que lhe são atribuídas, mas também daqueles agentes econômicos cuja atividade influencia.

## **CONCLUSÃO**

Retomando o ponto inicial, e apesar de todas as dúvidas, recupera-se a perspectiva coaseana e acredita-se que pode existir uma “pedra filosofal” da regulação, um cenário em que o regulador apenas intervém numa perspectiva positiva, prosseguindo em direção a um objetivo, que é a eficiência econômica.

Conscientes de que esse trabalho não é fácil, bem como atendendo à complexidade dos problemas e das exigências que se colocam aos reguladores, queremos acreditar que é possível identificar situações em que a intervenção pública se pode resumir a uma orientação positiva da atuação dos agentes privados em um esforço de promoção da eficiência e, por essa via, do bem-estar.

No discurso de aceitação do Nobel, Coase<sup>21</sup> cita um dos seus colaboradores, o economista Harold Demsetz, atribuindo-lhe a seguinte frase: “desde a publicação da Riqueza das Nações [1776] (...) um dos principais objetivos da teoria econômica tem sido o de formalizar as proposições de Adam Smith”.

Sobre a intervenção do Estado na economia, Adam Smith começa por alertar para as dificuldades, depois de sublinhar que

---

21 1991.

*(...) estando afastados todos os sistemas tanto de incentivos como de restrições, o óbvio e simples sistema de liberdade natural estabelece-se por si próprio. (...) O Soberano fica totalmente liberto de um dever, cuja tentativa de concretização o exporá sempre a variadíssimas desilusões e para a perfeita realização do qual jamais bastaria a simples sabedoria ou conhecimento humano – o dever de superintender o trabalho das pessoas privadas e de o dirigir para as atividades, mais necessárias à sociedade. Segundo o sistema da liberdade natural, o soberano tem apenas três deveres para cumprir”: proteger a sociedade da violência e das invasões; proteger a sociedade das injustiças e da opressão; “o dever de criar e preservar certos serviços públicos e certas instituições públicas que nunca poderão ser criadas ou preservadas no interesse de um indivíduo ou de um pequeno número de indivíduos, já que o lucro jamais reembolsaria a despesa de qualquer indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos, embora possa, muitas vezes, fazer mais do que reembolsar esse lucro a uma grande sociedade.*

Nesse trecho, Adam Smith reduz a intervenção do Estado na economia, em resposta a uma falha de mercado, de incentivo: não existe um lucro suficiente para que um agente econômico tenha o incentivo para entrar no mercado. Simultaneamente, mostra-se descrente sobre a possível intervenção de orientação dos comportamentos privados, orientação essa que estaria sujeita a “variadíssimas desilusões” e exigiria mais do que a “simples sabedoria e conhecimento humano”.

Coase traduz essas descrenças nas falhas da regulação, demonstrando depois que existem cenários em que a intervenção,

positiva, de um agente público pode promover a eficiência, contribuindo para o aumento de bem-estar.

Adam Smith estava certo quando afirmava que esse esforço está sujeito a “variadíssimas desilusões”. Queremos acreditar, no entanto, que a ciência econômica evoluiu ao longo dos últimos séculos, criando a “sabedoria” (os instrumentos) necessária, para que o exercício de “superintendência” seja possível, sempre que assumido por uma entidade com as competências e com as condições necessárias para que possa contribuir efetivamente para a eficiência.

Bibliografia

Arrow, K. 1969, *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-Market Allocation*, in *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PBB-System*, Joint Economic Committee, 91st cong., 1st sess.

Baldwin, Robert and Cave, Martin and Lodge, Martin. 2011, *Understanding regulation: theory, strategy, and practice Business & management* (2nd). 2nd, Oxford University Press, Oxford, UK.

Bator, Francis M., (1958). *The Anatomy of Market Failure*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 72, issue 3, pp. 351 a 379.

Joint Research Center, European Commission, 2016, *Behavioral Insights Applied to Policy*, European Report.

Coase, Ronald. 1991, *The Institutional Structure of Production*, Nobel Prize Lecture.

Coase, Ronald. 1960, *The Problem of Social Cost*, in *The Journal of Law & Economics*, 3, pp. 1 a 44.

Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1987, *Nosso Futuro Comum* (Relatório Brundtland), Oxford University Press.

Confraria, João. 2010, *Regulação e Concorrência. Desafios do século XXI*, 2. ed., Economia Coleção, Campus do Saber, nº10.

Simon, Herbert A. 1947, *Administrative Behavior*, 4th ed., Macmillan, New York.

Simon, Hebert A. 1957, *Administrative Behavior: A study of decision-making processes in administrative organization*, Macmillan, New York, 2nd ed., 1957.

Hicks, J. R., 1939. *The foundation of Welfare economics*, *Economic Journal*, 49, pp. 696 a 712.

Kahneman, D.; Tversky, A. 1979, *Prospect theory: An analysis of decision under risk*, *Econometrica*, 47, pp. 263 a 291.

Kahneman, D. 2003, *Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics*, *The American Economic Review*, 93(5), pp. 1449 a 1475.

Kaldor, Nicholas. 1939, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, *The Economic Journal*, 49(195), pp. 549 a 552.

Lunn, P. 2014 , *Regulatory Policy and Behavioural Economics*, OECD Publishing, Paris.

Noll, Roger. 1989, *Chapter 22 Economic perspectives on the politics of regulation*, Handbook of Industrial Organization, Volume 2, 1989, pp. 1253 a 1287.

OECD. 2014, *The Governance of Regulators*, OECD Publishing, Paris.

Pareto, Vilfredo. 1909, *Manual of Political Economy*, Edited by Montesano, Aldo; Zanni, Alberto; Bruni, Luigino; Chipman, John S.; McLure, Michael, 2014, OXFORD University Press.

Sparrow, Malcom. 2000, *The Regulatory Craft: Controlling Risks, Solving Problems, and Managing Compliance*, Brookings Institution Press.

Thaler, Richard; Snustein, Cass. 2008, *Nudge: improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press.





## CAPÍTULO 8

# O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO É REFORMÁVEL?

ANTONIO ANASTASIA

ARLINDO CHINAGLIA

JORGE REIS NOVAIS



## **ANTONIO ANASTASIA**

Bacharel em direito e mestre em direito administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi vice-governador e governador do estado de Minas Gerais. É senador da República do Brasil.

## **SISTEMA SEMIPRESIDENCIAL PARA O BRASIL, UMA PROPOSTA**

"O presidencialismo de coalizão é reformável?" O tema é um grande desafio. Por conseguinte, as respostas podem ser múltiplas. Cada um, com sua visão individual, por sua trajetória e pela consolidação e sedimentação cultural e política de nação, apresenta uma crítica própria ao sistema, identificando dificuldades nos diversos modelos. Afinal, felizmente, por não se tratar de ciência exata, a resposta à indagação é sempre subjetiva.

Vários especialistas brasileiros e estrangeiros se debruçaram sobre o tema ao longo dos últimos anos. Tradicionalmente, indaga-se se o presidencialismo, na sua quintessência, poderia ser compatível com a ideia da coalizão, pois ele não admitiria o multipartidarismo muito forte e, ao mesmo tempo, a divisão de poderes. A prática demonstrou o inverso. A aplicabilidade diuturna das instituições, especialmente no caso brasileiro, levou a um outro caminho.

No nosso caso, houve uma evolução muito interessante do sistema político. Após a independência, nós tivemos um sistema imperial monárquico que durou quase 70 anos e que levou o Brasil a uma estabilidade única na América Latina naquele período; um sistema que, enquanto os nossos vizinhos se conflagravam em guerras civis e quarteladas, nós do Brasil tivemos relativa tranquilidade e normalidade.

A monarquia foi superada pela República Velha, que, por seu turno, não podia ser considerada democracia, porque era uma República autocrática e aristocrática. Somente a partir de 1946 que, iniciados os partidos nacionais, tivemos uma consolidação, de fato, de um sentido democrático mais forte.

No primeiro governo eleito em 1945, que tomou posse em 1946, nós já tínhamos uma visão de um presidencialismo de coalizão, pois o presidente Eurico Gaspar Dutra fez um ministério composto não só pelas forças que o apoiaram – o Partido Social Democrático (PSD) e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) –, mas, na época, também elementos da União Democrática Nacional (UDN), que era o grande partido de oposição.

A origem da expressão “presidencialismo de coalizão” é atribuída ao professor Sérgio Abranches, usada em 1988 pela primeira vez; a partir de então, essa tem sido uma questão muito estudada entre nós. Quais são as características fundamentais desse regime que, a partir de 1988, tornou-se necessário? No caso brasileiro, a hipertrofia do Poder Executivo leva a que tenhamos, na nossa realidade constitucional, uma grande gama de poderes, funções e atribuições desse Poder. Isso leva, no primeiro momento, a um enfraquecimento do Poder Legislativo, que fica com um número menor de atribuições. A questão orçamentária e financeira talvez seja a maior característica, especialmente vis-à-vis com a realidade norte-americana, pois a Federação no Brasil foi muito diminuída. Com isso, governadores e prefeitos acabam tendo um papel menor.

Essa hipertrofia tornou-se característica do modelo brasileiro. Temos um regime no qual o chefe do Poder Executivo é, ao mesmo tempo, chefe de Estado e chefe de Governo. Nesse sentido, ele detém uma miríade de poderes em termos orçamentários e administrativos, tendo, à sua mercê, medidas provisórias sobre todos os assuntos. Isso leva a um enfraquecimento total do Poder Legislativo. Por que seria necessário, então, o presidencialismo de coalizão? Porque há a necessidade de se cooptar a maioria parlamentar, já que, não só no Brasil, mas nos demais países da América Latina, o presidente não elege com seu partido maioria parlamentar.

## **O PROBLEMA DA RESPONSABILIZAÇÃO**

Tendo em vista esse cenário, o que observamos na prática é que o fortalecimento excessivo do Poder Executivo é sinal de sua própria fraqueza. Um Poder Executivo moderadamente forte é mais salutar do que um excessivamente forte, com muitas atribuições. No regime democrático, as matérias têm que ser submetidas ao Parlamento, e isso leva à formação de uma composição pluripartidária, que atende pela alcunha de presidencialismo de coalizão. É o que vemos no Brasil. Essa composição passa a depender da habilidade do Presidente da República, uma característica pessoal que exige capacidade política de coordenação, prestígio e autoridade moral, para compor um governo com tantas forças políticas antagônicas, gerando, muitas vezes, um governo sem unidade e coordenação. A coordenação repousa exclusivamente sobre a sua personalidade e capacidade. Essa questão é grave, porque a eleição presidencial acaba atraindo as atenções, e as eleições parlamentares correm a reboque. Os partidos e os parlamentares acabam importando pouco no processo eleitoral.

É um verdadeiro paradoxo que se forma. No presidencialismo de coalizão, o Poder Executivo é forte nas atribuições, mas acaba enfraquecido pela ação do Parlamento. Os parlamentares, na origem, fracos, fortalecem-se na imposição de exigências e na composição multipartidária em um quadro no qual é extremamente diversificada a composição dos partidos. Nesse cenário, ocorrem os conflitos que temos hoje, bem como a ausência de unidade dentre os membros do Congresso Nacional brasileiro.

Se há o presidencialismo de coalizão, deveria haver um pressuposto de que não só as habilidades do presidente seriam necessárias para mandar, mas os parlamentares que integram e apoiam os governos também deveriam ter algum tipo de responsabilidade de governo. Atualmente, eles não têm. Todo o ônus está direcionado ao chefe do Executivo e, portanto, à sua capacidade e habilidade de coordenar e compor o governo multipartidário.

Essa ausência de responsabilidade talvez seja a chave para a modificação que precisamos fazer. A partir do pressuposto de que o regime é democrático, há a necessidade imperiosa de participação ativa do Poder Legislativo nas decisões. Por outro lado, não existe a maioria necessária do partido presidencial; aliás, no modelo brasileiro, o partido do presidente nem sempre é fiel. Assim, torna-se necessária essa composição. Mas ela precisa ser feita - e aqui está o desafio - de forma a trazer, implicitamente, uma responsabilidade. Essa responsabilidade só pode vir se fizermos a modificação institucional do modelo do presidencialismo de coalizão, que poderá continuar existindo e vigorando com as mesmas características, porque irá exigir uma responsabilidade de governo para os membros do Parlamento. O presidencialismo não pressupõe somente as benesses outorgadas pelo presidente, ferramentas que estão à disposição para "cooptar" a maioria no Congresso, mas também reciprocamente, em mão dupla, de modo a impor a esses membros do Parlamento responsabilidades mais robustas.

## **UMA PROPOSTA**

Mudanças são imprescindíveis para evitarmos uma crise mais profunda oriunda do choque entre a opinião pública, o Parlamento e o chefe do Poder Executivo. Precisamos reduzir os poderes presidenciais, dividir responsabilidades. A diminuição dos poderes presidenciais, especialmente em matéria financeira e orçamentária, e mesmo na questão de nomeações e provimento de cargos, certamente será positiva para o nosso regime democrático, permitindo um presidencialismo de coalizão mais consentâneo com a realidade brasileira. Para isso, será necessário atribuir responsabilidades de governo ao Parlamento.

O Congresso Nacional não deve ficar completamente isento às necessidades nacionais em termos de responsabilidade. Os partidos majoritários que compõem a coalizão têm de participar, não só votando, mas apresentando soluções para o país.

É nesse sentido que minha proposta avança, ao estabelecer um critério híbrido, no qual teríamos um gabinete indicado pelo presidente, para evitar a coabitação, com a coordenação de um primeiro-ministro indicado por ele – portanto, da sua linha ideológica e partidária –, desde que esse tivesse a maioria necessária na coalizão, com aprovação de plano do governo. Se houver o divórcio, deverá haver a possibilidade de dissolução do Congresso para novas eleições. Certamente uma ideia ousada.

Mas essa possibilidade de dissolução levaria à responsabilidade por parte da coalizão, porque o impasse teria um custo político parlamentar, o que hoje não há. Assim, haveria a possibilidade de termos um presidencialismo de coalizão com mais responsabilidade, mitigando poderes, responsabilidades e atribuições do presidente – que hoje são reconhecidamente excessivos –, ao mesmo tempo em que ocorre a possibilidade de um fortalecimento da Federação, o que é importante.

Da mesma forma, o estabelecimento da cláusula de barreira e o fim das coligações proporcionais são fundamentais; o primeiro e essencial passo para impedirmos o esfacelamento total do quadro partidário nacional.

O presidencialismo de coalizão é reformável. O estabelecimento de um novo modelo depende do imaginário geral, da consciência, da trajetória, da sedimentação das tradições políticas, culturais e institucionais de cada país. No caso do Brasil, parece-me que, com a tradição da eleição direta do presidente, que dificilmente será reformada, e com um Executivo relativamente forte, que é o modelo tradicional brasileiro, o possível é compatibilizar esse sistema democrático com um prestígio maior do Parlamento. Isso só será possível se nós imputarmos responsabilidades de governo ao Legislativo e criarmos mecanismos para que essa responsabilidade seja efetiva, mitigando, ao mesmo tempo, os poderes do Executivo Federal, para que a democracia se consolide e prestigie ainda mais o funcionamento das instituições.



## **ARLINDO CHINAGLIA**

Graduado em medicina pela Universidade de Brasília. Foi presidente da Câmara dos Deputados, secretário de subprefeituras da cidade de São Paulo, líder de governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, da presidente Dilma Rousseff e da bancada do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados. Ademais, foi presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle, do Sindicato dos Médicos do Estado de São Paulo, secretário-geral nacional e presidente do PT no estado de São Paulo. Atualmente, é deputado federal pelo estado de São Paulo e presidente do Parlamento do Mercosul.

## **REFORMAR O PRESIDENCIALISMO NO BRASIL**

No dia 21 de abril de 2017, completaram-se 24 anos do segundo plebiscito que ratificou o presidencialismo no Brasil. O primeiro ocorreu ainda em 1963, quando o povo decidiu pelo direito de João Goulart assumir plenamente a presidência da República, após a renúncia de Jânio Quadros. Se, em 1963, o povo rechaçou o parlamentarismo, pensado, na época, como muleta institucional de uma crise que culminou no golpe de 1964, em 1993, passados poucos anos da transição democrática, o mesmo povo ratificou sua vontade de apontar soberanamente o chefe de governo e de Estado, dizendo "eu quero votar para presidente".

Esses fatos históricos não podem ser ignorados em qualquer debate que se faça sobre o assunto. Afinal, a opção presidencialista foi a única opção confirmada duas vezes pela vontade direta do povo, em toda a nossa história republicana. O presidencialismo está enraizado na política, na cultura e nos costumes do Brasil. Além disso, sabemos que, no mundo inteiro, mudanças de sistema de governo, uma vez consolidada a democracia, são raras, difíceis e, muitas vezes, representam um tiro no escuro.

É fato, no entanto, que hoje vivemos uma situação de grande desconfiança em relação à política, um afastamento dos partidos políticos e um questionamento radical, no sentido etimológico do termo, quanto à atividade política. Diversos desses questionamentos atacam as próprias convicções democráticas que construímos, muitas vezes, com bastante esforço. Não acho

que muitos deles nos façam bem, mas são uma realidade nova com a qual temos de lidar. Vivemos, portanto, antes de mais nada, uma crise de legitimidade política, que deve nos levar a discutir seriamente suas causas, para que também pensemos nas possíveis soluções com mais clareza.

Em primeiro lugar, é preciso apontar que a crise não é só nossa. Mesmo nos países europeus membros da OCDE, em 2013, a confiança média nos governos atingiu menos de 40%, chegando a menos de 30% no caso dos partidos políticos.<sup>1</sup> Ao que parece, portanto, essa crise de legitimidade é mundial e envolve diversos países, sejam eles presidencialistas ou parlamentaristas. Muitos dos fatores ainda estão por ser mapeados.

Alguns especialistas, no entanto, apontam que as possíveis causas vão desde a diversidade e complexidade crescentes em nossas sociedades até questionamentos muito profundos acerca dos estrangulamentos econômicos aos quais os governos do mundo inteiro estão submetidos hoje.<sup>2</sup> Nesse cenário, não raro temos visto forças políticas cuja vocação democrática é no mínimo duvidosa, oferecendo, com frases feitas, soluções fáceis para problemas muito complexos.

Apesar de estarmos falando de uma crise que é mundial, temos que reconhecer, por outro lado, que, no caso brasileiro, ela possui um componente institucional importante, de tal maneira que precisamos, a partir da nossa história, fazer um balanço acerca do funcionamento de nossas instituições. Como já apontam muitos cientistas políticos, hoje, mais importante do que discutir sistemas fechados, abstratos e indivisíveis, como problemas irremediáveis ou soluções mágicas, é discutir as variações institucionais, como as instituições realmente funcionam em cada caso.<sup>3</sup>

Isso implica discutir nosso sistema eleitoral e os incentivos que

---

1 OECD, 2014, p. 22.

2 Innerarity, 2017, p. 146.

3 cf. Cheibub, 2006, p. 166.

ele gera, a organização dos partidos e das coalizões, bem como alianças políticas feitas dentro e fora do Congresso. Penso serem esses alguns dos temas que influenciam mais diretamente no funcionamento do nosso sistema político; portanto, é sobre eles que precisamos nos debruçar. De nada adianta discutir grandes sistemas e suas pretensas qualidades ou falhas inarredáveis se não discutirmos aquilo que, no dia a dia de cada sistema, realmente faz diferença.

Nos sistemas parlamentaristas, por exemplo, discute-se quantos votos de desconfiança podem acontecer a cada ano, se o voto precisa apontar um novo chefe de governo ou não, dentre outras questões. O fato é que todo o sistema precisa lidar com questões de desempenho, governabilidade e legitimidade que não são resolvidos pela simples troca de um sistema por outro.<sup>4</sup> Mais uma vez – é preciso ser dito –, problemas de governabilidade, instabilidade e crises de legitimidade da democracia não são privilégio dos sistemas presidencialistas e estão acontecendo em todo o mundo, a olhos vistos.

Gostaria de propor, portanto, um balanço da nossa crise institucional do ponto de vista do nosso próprio sistema, até porque creio fortemente que a solução possa se dar dentro dele. Há muito a ser feito, e algumas medidas já discutimos por muitos anos. Gostaria de falar, portanto, de um ponto de vista interno ao presidencialismo brasileiro, ao qual não raro nos referimos como “presidencialismo de coalizão”.

Como se sabe, o termo “presidencialismo de coalizão” surgiu ainda em 1988, com um texto do cientista político Sérgio Abranches, que, na época, tratava-o como uma especificidade brasileira, que mesclava uma difícil conjunção entre presidencialismo, sistema proporcional e multipartidarismo.<sup>5</sup> Se o próprio autor do texto levantava dúvidas acerca do funcionamento de um presidencialismo baseado em grandes coalizões, não faltou quem vaticinasse desde sempre que o sistema brasileiro estava fadado a

---

4 cf. Lacerda, 2016.

5 Abranches, 1988.

não funcionar, porque geraria fortes incentivos à fragmentação e à patronagem,<sup>6</sup> dificultando tanto a formação de governos quanto perpetuando práticas atrasadas e antirrepublicanas.

Se considerarmos a história dos últimos governos, com exceção talvez do segundo governo da presidente Dilma, por um viés muito restrito, o do sucesso legislativo, o fato é que o sistema “funcionou”. Os sucessivos governos conseguiram aprovar a maioria de suas propostas no Poder Legislativo.<sup>7</sup> Hoje, no entanto, um mal-estar, muitas vezes sub-reptício, emerge e nos questiona sobre os custos, nem sempre explícitos, do “funcionamento” do nosso sistema e, mais do que isso, sobre para quem ele tem funcionado.

O certo é que promulgamos a Constituição em 1988, democratizamos o país e tivemos diversas conquistas em momentos que representaram o ápice de um processo de lutas, que contou com a participação das universidades, dos estudantes, dos cientistas, dos operários. Foram momentos do que chamamos de “ascenso” das lutas populares. Logramos, mais tarde, vencer a hiperinflação, conquistar o aumento real no salário do trabalhador e, durante um período, reduzir as desigualdades. Tivemos, portanto, importantes conquistas sob esse sistema.

Mas o povo questiona hoje, sabidamente, um modelo político que, se por um lado, permitiu-nos uma série de conquistas, mostrou-se, ao mesmo tempo, distante da realidade desse povo, incapaz de galvanizar ou mesmo incorporar seus anseios. Se falamos antes em crise de legitimidade, alguns falam em crise de “representatividade” e outros, em crise da própria ideia de representação. Há mesmo quem fale de um movimento de negação da representação nos dias de hoje.

Seja como for, temos o dever, diante do mal-estar com o sistema político, de voltar às origens. Em minha opinião, devemos priorizar a fonte da qual emana o poder e, como diz a nossa Constituição, “todo o poder emana do povo”. Digo isso porque

---

6 cf. Ames, 2003.

7 cf. Freitas, 2016.

não se pode analisar abstratamente qualquer modelo sem considerar, antes de mais nada, a quem ele serve, sem considerar os interesses da população. A questão fundamental, portanto, passa pela garantia de um voto soberano, livre, sem a subordinação a nenhum outro interesse, a começar pelo interesse econômico. Por isso é tão importante discutir, por exemplo, o financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais, tema que gostaria de aprofundar em um outro momento.

Proponho, portanto, que o desafio da reforma do sistema político deve mirar na vontade do povo, em fazer com que este possa expressar sua vontade. Isso está relacionado às diversas formas pelas quais o povo pode participar da formação da vontade política, seja diretamente, seja por meio da representação.

A representação direta deve ser incorporada para mudar esse cenário. Há muitas medidas ou experiências de participação no orçamento, no controle dos gastos públicos, na formulação e fiscalização de políticas públicas, das quais poderíamos falar. Atualmente fala-se inclusive em iniciativa popular com assinatura eletrônica. Eu sou do tempo de assembleia, prefiro a troca de ideias ao vivo sobre as decisões coletivas, mas são debates que precisamos travar. Hoje, no entanto, vou me concentrar no sistema partidário e em como o voto nos partidos se transforma em cadeiras no parlamento – portanto, no sistema eleitoral. Aqui, podemos ter uma chave importante para enfrentar a crise que estamos vivendo.

As organizações partidárias, não só no Brasil, mas em todo o mundo, foram o principal meio pelo qual o povo conseguiu organizar sua vontade nas sociedades de massas. Um governo de muitos, como deve ser qualquer governo, para funcionar, precisa agregar uma miríade de anseios, identidades e interesses, muitas vezes em territórios de dimensões continentais. Na modernidade, foram os partidos que tornaram isso possível. Hoje, mesmo os críticos dos partidos políticos sabem que uma democracia, para funcionar, não pode prescindir deles.<sup>8</sup> Mesmo na atualidade, os defensores das chamadas “candidaturas avulsas”, às quais

---

8 DURVERGER, 1980

me oponho, sabem que um parlamento sem partidos seria simplesmente impensável.

Sei que esse ponto de partida pode parecer, no presente, para certo senso comum, um tanto estranho. É preciso dialogar com esse sentimento. Ainda que eu mesmo tenha sido dirigente partidário, identifico-me com as pessoas que hoje desconfiam dos partidos e de seus dirigentes. Onde estiver o ser humano, haverá possibilidade de vício, e temos visto muitos vícios entre os partidos e seus dirigentes. Contudo, gostaria de insistir nesse ponto, porque, se os partidos são, atualmente, parte do problema, são também parte imprescindível da solução.

São os partidos que podem garantir, contra o personalismo do nosso sistema, mais identidade programática às discussões políticas. São os partidos que podem assegurar, contra as ameaças constantes à governabilidade, a estabilidade política ao país. São os partidos que podem garantir, contra a política fisiológica, uma política institucionalizada, uma força política da qual o povo possa cobrar, coletivamente, o apoio a determinadas ideias ou programas, o que seria impossível em nível individual.

Com base nesses pressupostos, elenco alguns pontos para o nosso debate. Decerto eles não resolverão todos os nossos problemas, mas estou convicto de que fazem parte do início de reformas mais profundas a serem travadas no nosso sistema político. Eles dizem respeito, sobretudo, à organização dos partidos dentro e fora do Congresso, suas relações com os governos e, sobretudo, com o povo brasileiro.

### **SISTEMA ELEITORAL, CLÁUSULA DE BARREIRA E COLIGAÇÕES**

A primeira questão que eu gostaria de colocar diz respeito à forma do voto e aos incentivos que ela cria na política brasileira. Nossa história, nossa tradição de votar na pessoa, no candidato, vem de longe, e as reformas institucionais que vivenciamos sobre o assunto acabaram por confirmar essa tradição ao invés de se

sobreponem a ela.<sup>9</sup> É verdade que nem todas as tradições são ruins, mas, nesse caso, o que decidimos perpetuar? A ideia da política pequena, feita no varejo, baseada em pretensas ou reais qualidades pessoais de cada político. Trata-se de uma tradição personalista, herdada da política dos coronéis e das oligarquias.

Nesse sistema, o eleitor pode até olhar o histórico de cada candidato, o partido, a coerência, etc., mas, mesmo assim, cada um dos eleitos passa a ser um ator deslocado do seu conjunto. Isso faz, muitas vezes, com que os próprios anseios desse ator sejam anseios individuais, e não de conjunto. O resultado é que as grandes questões nacionais ficam em segundo plano, e instala-se uma confusão ideológica que passa um péssimo sinal para a população.

Defendo que um país como o nosso, com tradição de política personalista, precisa fortalecer os partidos políticos e dar clareza à discussão programática. Penso, portanto, que seria um grande avanço para a democracia brasileira a adoção do voto em lista pré-ordenada. Com o voto em lista, partidos e candidatos precisam apresentar um programa claro e estão vinculados, pelo voto, a esse programa. Isso implica também mais responsabilidade do Parlamento pelas suas decisões, uma vez que o parlamentar passará a estar mais ligado a um projeto coletivo, cioso tanto da importância de cumpri-lo quanto dos limites do orçamento disponível.

Além desses fatores, o voto em lista também pode funcionar como um poderoso instrumento de combate à corrupção eleitoral, uma vez que, em cada circunscrição, cada partido passaria a fazer apenas uma campanha, e não 30, 50, 70 campanhas eleitorais, como ocorre hoje. A lista, portanto, tem o potencial poderosíssimo de derrubar os custos de campanha, diminuindo a pressão por recursos, lícitos ou ilícitos. Ainda seriam imensamente facilitadas a prestação de contas e a fiscalização das eleições por parte da Justiça Eleitoral. Para se ter uma ideia, em 2016, a Justiça

---

9 cf. Pires, 2009.

precisou fiscalizar mais de 500 mil candidatos!<sup>10</sup> Com a lista, passaria a fiscalizar apenas 28 campanhas proporcionais em cada circunscrição.

Por fim, a lista favoreceria uma melhor captação das preferências da coletividade. Se determinado programa ou ideologia tem maioria na sociedade, que tenha o direito de transformar essa maioria em cadeiras; se for minoria, que tenha convicção democrática, paciência e sabedoria de trabalhar até as próximas eleições para tentar disputar suas ideias no imaginário popular. *A contrario sensu*, não há evidências de que a lista reduza a renovação,<sup>11</sup> representando, na verdade, o sistema proporcional em sua inteireza, porque permite captar, em cada momento, a correlação de forças entre os segmentos e as ideologias presentes na sociedade. Não é à toa que a maioria dos países que adotam o sistema proporcional empregam a lista pré-ordenada.<sup>12</sup>

A lista é importante também porque temos hoje um Parlamento no qual o maior partido elege, no máximo, de 15 a 20% dos representantes, e isso, mais uma vez, causa uma confusão programática tremenda, fazendo com que o presidente eleito precise solicitar apoio até mesmo àqueles que eram seus adversários no período eleitoral. A lista permitiria que tivéssemos mais clareza sobre quem governa e quem é, em cada momento, maioria e minoria.

Isso nos leva a duas outras medidas que precisam ser tomadas, que são a proibição das coligações proporcionais no Brasil e a implementação de uma cláusula de barreira.<sup>13</sup> Atualmente,

---

10 Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-08/tse-contabiliza-mais-de-503200-candidatos-para-eleicoes-municipais-de-2016>. Acesso em: 21 dez. 2017.

11 Matland; Studlar, 2004.

12 Reynolds et. al., 2008.

13 No dia 4 de outubro de 2017, alguns meses após esta intervenção, as mesas da Câmara e do Senado Federal promulgaram a Emenda Constitucional nº 97, que estabeleceu o fim das coligações nas eleições proporcionais a partir de 2020 e estabeleceu uma cláusula de desempenho que atingirá o patamar de 3% ou 15 deputados federais após o período de transição. Apenas os partidos que atingirem esse patamar terão acesso aos recursos do fundo partidário e ao direito de antena previstos na Constituição. A cláusula não impede, no entanto, que os partidos participem da distribuição de cadeiras, como ocorre com a cláusula de barreira tradicional.

temos a câmara mais fragmentada do mundo,<sup>14</sup> na qual nenhuma força política consegue se fazer proeminente. Mais uma vez, esse quadro gera incentivos ruins para barganhas por apoio e faz da instabilidade política algo natural. Mais uma vez, as mudanças precisam ir no sentido de dar mais clareza e coerência às forças políticas, o que facilita e estimula a cobrança popular.

Proibir as coligações proporcionais no Brasil daria ao eleitor melhores chances de identificar as forças políticas nas quais deposita seu voto. Hoje vota-se em um socialista e elege-se, na coligação, um liberal. Vota-se em um ateu militante e elege-se um pastor evangélico, e vice-versa. Além disso, sabemos que não raro esse tipo de coligação é utilizada para barganhas que, muitas vezes, não correspondem a um alinhamento ideológico e programático.

Em segundo lugar, parlamentos do mundo inteiro adotam cláusulas de barreira.<sup>15</sup> Como mencionei anteriormente, sou um defensor intransigente da importância dos partidos políticos. Durante a ditadura, nós lutamos muito para houvesse liberdade partidária, então não creio que o número de partidos seja um problema. Cada partido é uma entidade da sociedade civil. O problema passa a ser quando a criação de partidos se torna um vício, muitas vezes liderado por organizações familiares e incentivado pela boa vontade exagerada do fundo partidário. A partir daí, temos que fazer alguma coisa.

Assim, defendo a cláusula de barreira com base em dois fatores. Em primeiro lugar, partidos devem ser criados por motivação programática e não devem receber recursos do fundo partidário sem um mínimo de representatividade. Em segundo lugar, como falávamos anteriormente, precisamos de um Parlamento representativo, no qual maiorias e minorias se formem programaticamente, de maneira mais clara para governantes e governados. Um Parlamento com 30 partidos, muitos deles sem

---

<sup>14</sup> Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-a-camara-mais-fragmentada-em-todo-o-mundo-imp,1631324>. Acesso em: 21 dez. 2017.

<sup>15</sup> cf. Reynolds et al., 2008.

definição ideológica ou programática, sem partido dominante, tensiona governos, insufla a instabilidade e gera uma série de incentivos para barganhas sem fim.

Segundo algumas estimativas, a implantação de uma cláusula de barreira de 1,5%, que ainda é baixa, combinada ao fim das coligações proporcionais, faria diminuir imediatamente de 28 para 18 o número de partidos no parlamento. Além disso, ajudaria a puxar para cima o número de parlamentares das maiores bancadas, facilitando, ao mesmo tempo, a formação de governos e a organização da oposição.<sup>16</sup> Como já disse, o problema não está no número de partidos em si, mas na maneira como são formados e nas consequências do fisiologismo para a soberania popular.

Uma última medida para dar clareza e consistência programática, além de melhorar a governabilidade do nosso sistema, seria acabar com a soma do tempo de rádio e televisão nas coligações majoritárias. É na negociação do tempo que começam a se perpetuar, de maneira acentuada, vícios que continuam na composição de quaisquer governos e na estruturação de forças políticas. Mais uma vez, o alinhamento entre partidos precisa se dar com clareza programática. Precisamos eliminar do nosso sistema, de uma vez por todas, regras que geram incentivos para práticas fisiológicas e alinhamentos de conveniência.

## **PARA ALÉM DAS REFORMAS DO SISTEMA POLÍTICO, O CONTROLE POPULAR SOBRE O ESTADO**

Nenhuma das medidas acima servirá, no entanto, se o povo não se apoderar do sistema político como um todo. A política é um instrumento que serve tanto para oprimir quanto para libertar, e o povo brasileiro precisa tomar para si a responsabilidade sobre aquilo que é público.

Todavia, política não se faz apenas no Parlamento. Junto com a reforma do sistema político, também é preciso pensar na estrutura do Estado. Os vícios do presidencialismo de coalizão não residem

---

<sup>16</sup> cf. Nicolau, 2017, p. 146.

apenas na relação entre representantes e representados ou na relação entre os Poderes Executivo e Legislativo. Temos que jogar luz também sobre a estrutura do Estado brasileiro.

No Brasil, nós temos vários mecanismos de controle internos e externos. O problema é que nós percebemos, muitas vezes, a cada novo escândalo noticiado pela imprensa, que os controles são falhos. É preciso tanto aprimorá-los quanto fazer com que a população brasileira se aproxime e assuma a condução do Estado em suas mãos.

Temos, dessa maneira, várias lutas a serem travadas. Devemos retomar o debate programático sobre o sistema político brasileiro, com os diversos segmentos da sociedade, com partidos políticos e com a sociedade civil organizada, para que a política não seja tida por morta e possa ser vista como um instrumento de transformação social.

Penso que as propostas que elenquei aqui para o debate podem aprimorar sobremaneira o nosso sistema, melhorar nosso presidencialismo de coalizão. Elas têm o intuito de dar a ele mais clareza programática e estabilidade, podendo permitir que se comece a pensar em longo prazo, e não apenas nas próximas eleições. De todo modo, temos que ter sempre claro que nós, representantes, jamais substituiremos os representados, e que cabe ao povo, em última instância, ditar os rumos do sistema político no Brasil.

## Bibliografia

Abranches, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro*, in *Dados- Revista de Ciências Sociais*, vol. 31, n. 1, Rio de Janeiro, 1988, pp. 5 a 34.

Cheibub, João Antônio, *Presidentialism, Parliamentarism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Durverger, Maurice, *Os Partidos Políticos*, Rio de Janeiro, Editora Zahar/Brasília, Editora da UNB, 1980.

Freitas, Andréa, *O Presidencialismo de Coalizão*, Rio de Janeiro, Fundação Konrad Adenauer, 2016.

Lacerda, Alan Daniel Freire de, *Sistemas de Governo: Organizando a relação entre Executivo e Legislativo*, Curitiba, Appris Editora, 2016.

Nicolau, Jairo. *Representantes de quem? Os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2017.

OECD. *Lobbyists, Governments and Public Trust, Volume 3: Implementing the OECD Principles for Transparency and Integrity in Lobbying*, OECD Publishing, 2014.

Matland, Richard; Studlar, Donley, *Determinants of Legislative Turnover: A Cross-National Analysis*, in *British Journal of Political Science*, jan. 2004.

Pires, Juliano Machado, *A invenção da lista aberta: o processo de implantação da representação proporcional no Brasil*, (dissertação de mestrado), disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/4026>>.

Reynolds, Andrew; Reilly, Ben; Ellis, Andrew (org.), *Electoral System Design: The New International IDEA Handbook*, Stockholm, International Idea, 2008.





## **JORGE REIS NOVAIS**

Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Tem pós-graduação pela mesma faculdade, com equivalência a mestrado concedida pela Faculdade de Direito de Lisboa, e doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi consultor para assuntos constitucionais do Presidente da República e do primeiro-ministro de Portugal. É professor da Faculdade de Direito de Lisboa, especialista em direito constitucional, ciência política e direitos fundamentais.

### **VISÃO CRÍTICA DO SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO**

Eu sou um estrangeiro que discute o sistema político brasileiro. Eu conheço o Brasil devido a algumas visitas acadêmicas e, sobretudo, pelo contato anual com estudantes brasileiros que estudam na Faculdade de Direito. É isso que me permite discutir, de alguma forma, o sistema brasileiro.

A pergunta se o presidencialismo de coalizão é reformável é contraditória em si. A designação de presidencialismo de coalizão, adotada no Brasil, não é comum na ciência política internacional. Em Portugal e na França, por exemplo, há o semipresidencialismo; na Itália, há o parlamentarismo, e não vamos qualificar se é ou não de coalizão. Como a necessidade de fazer coalizões depende de fatores aleatórios, conjunturais, ela não pode ser reformável. Nós não podemos imaginar uma regra que altere os fatores aleatórios dos quais depende a necessidade de fazer coalizões. A pergunta de fundo é como reformar o sistema democrático brasileiro de maneira que funcione como o povo deseja. Pressupondo que o sistema não funciona bem e que poderia funcionar melhor, há, então, que reformá-lo, e deve-se pensar em como.

Na minha opinião, o problema atual não se encontra no presidencialismo em si, pois, ao observar os problemas ou os males do sistema democrático brasileiro, percebe-se que eles existiriam da

mesma maneira se fosse adotado um sistema semipresidencialista ou parlamentarista. Todos os vícios permaneceriam exatamente os mesmos, ou seja, a solução atual não está em mudar de sistema de governo.

## **SISTEMA PARTIDÁRIO BRASILEIRO**

A fonte do mau funcionamento do sistema democrático brasileiro é, em primeiro lugar, o sistema partidário. Um sistema partidário como existe atualmente no Brasil dificilmente funcionará bem, qualquer que seja o sistema de governo. Quando me refiro ao sistema partidário, não me refiro apenas à fragmentação, que, até certa altura, pode ser positiva. O fato de haver vários partidos não é negativo em si mesmo; o que pode ser negativa é a fragmentação tal como ela se reflete no Congresso brasileiro, junto com a ausência de consistência ideológica, de diferenciação programática, de possibilidade consciente de escolha do eleitorado, de possibilidade de responsabilização dos eleitos perante os eleitores. Todas essas dificuldades, com o atual sistema partidário brasileiro, não se resolvem. A fonte imediata do problema do mau funcionamento, portanto, está no sistema partidário.

Aprofundando essa ideia, contudo, percebe-se que a raiz última do problema não está verdadeiramente no sistema partidário. Enquanto o Brasil tiver o sistema eleitoral como o que tem hoje, nunca deixará de ter um sistema partidário que funciona mal como o atual – isto é, a raiz dos males do sistema partidário reside no sistema eleitoral. E não me refiro propriamente ao sistema eleitoral proporcional.

Portugal possui um sistema eleitoral proporcional, com governos de coligação ou de coalizão, com fragmentação partidária e pluripartidarismo, mas seu sistema democrático funciona bem. O atual governo português, por exemplo, assenta-se em uma coalização parlamentar, e alguns partidos que apoiam o governo português atual e que o sustentam no Parlamento não querem lugares no governo, não apoiam o governo para obter lugares, mas sim por razões programáticas, políticas, ideológicas;

logo, não são corrompíveis. O nosso sistema é proporcional e, no entanto, se o eleitorado português quiser castigar algum partido, castiga-o na próxima eleição. A escolha nas próximas eleições será uma escolha racional, consciente, que não tem a ver com pessoa, com populismo ou com eventuais financiamentos. Serão escolhas políticas, ligadas aos programas que se apresentam ao eleitorado e que o levam a optar por um ou por outro partido. Por que isso não funciona no Brasil? Por causa do sistema partidário e do sistema eleitoral.

## **PRESIDENCIALISMO**

Eu comecei dizendo que o presidencialismo não é responsável pelos problemas do Brasil, mas também arrisco dizer que, se nós conseguíssemos resolver os problemas dos sistemas eleitoral e partidário brasileiro, ainda assim o sistema democrático correria riscos por causa do presidencialismo.

O presidencialismo é um sistema muito complexo, que só funciona verdadeiramente bem nos Estados Unidos. Muito dificilmente ele é exportável em boas condições. Na Europa, por exemplo, esse sistema não funciona. Nunca haverá um presidencialismo nesse continente que seja compatível com a democracia e com o Estado de direito. Não significa que na América isso não possa acontecer, mas há muitos riscos. O presidencialismo tem características que conduzem, teórica e potencialmente, ou ao bloqueio, ou ao abuso de poder. O único país em que isso não acontece é nos Estados Unidos da América, pelo conjunto das instituições, da cultura e do sistema partidário.

## **SISTEMA ELEITORAL**

O sistema eleitoral português tem funcionado bem porque tem permitido alternância democrática, estabilidade, renovação e a presença de vários partidos no Parlamento. No entanto, há quem proponha a sua alteração. Há quem pretenda mudar para o sistema eleitoral proporcional preferencial. O voto preferencial é, no fundo, o que ocorre no Brasil.

Diz-se que o sistema de voto brasileiro é o sistema de lista aberta. Eu discordo. Lista aberta é quando o eleitor tem a possibilidade de escolher candidatos de várias listas. Não havendo uma lista fechada, ele escolhe candidatos de várias listas e compõe a sua própria lista. Isso não é possível para o eleitor brasileiro, pois ele só pode votar em uma ou em candidatos de uma única lista. O seu voto só favorece uma lista, mesmo que ele não saiba e que esteja votando em um candidato específico. O que o Brasil tem, portanto, é uma lista fechada, mas não bloqueada, ou seja, que permite estabelecer preferências consoante ao voto recebido pelos diferentes candidatos. Eu arrisco a previsão de que, enquanto o sistema eleitoral brasileiro for assim, não será possível mudar o funcionamento democrático em termos de sistemas partidário e político.

A primeira mudança que deve ser feita, portanto, é a do sistema eleitoral, sem pôr em causa o sistema proporcional. A questão das barreiras eleitorais é importante, mas, para mim, a principal questão é a de que o eleitor brasileiro deveria votar em partidos, em legendas. A esmagadora maioria do eleitorado brasileiro não sabe em quem votou nas últimas eleições. O eleitor não sabe como aquela pessoa em quem votou tem se comportado no Congresso. Isso não dá a possibilidade de modificar o seu voto em função daquilo que aconteceu nos quatro anos anteriores. No fundo, a democracia é a possibilidade de o eleitor castigar ou retribuir aquilo que foi feito nesse tempo. Enquanto se retirar essa possibilidade do eleitor, a vida democrática nunca melhorará. Esta só melhora quando os deputados e o governo sentem que há uma pressão do eleitorado, isto é, que, se não atuarem bem, podem ser punidos na eleição seguinte. Atualmente, no Brasil, isso não é possível, porque as pessoas votam sem saber quem estão elegendo, qual a força política que estão ajudando, quais são as diferenças programáticas e políticas entre elas. A mudança no sistema eleitoral permitiria a mudança posterior do sistema partidário.

## CONCLUSÃO

Essa é minha apreciação do sistema político brasileiro. Os sistemas só funcionam bem quando há um equilíbrio entre as várias instituições e entre os órgãos de poder. Todos os sistemas democráticos têm que garantir essa exigência.

No sistema parlamentar, o equilíbrio é assegurado, pois o Parlamento controla o governo, permite a sua formação, mas pode destituí-lo. No entanto, o governo não é só uma figura decorativa, também podendo dissolver o Parlamento. O equilíbrio do sistema parlamentar advém dessa relação.

O equilíbrio do sistema semipresidencial, que existe em Portugal, é um equilíbrio mais complexo, porque o governo sai do Parlamento. O Parlamento controla o governo, pode destituí-lo, mas há um terceiro órgão, o presidente eleito, que pode dissolver o Parlamento. É da interpenetração entre esses órgãos que se encontra o equilíbrio no funcionamento do sistema.

Como se encontra o equilíbrio no presidencialismo é algo difícil de perceber, mas é notório no sistema dos Estados Unidos. Nesse sistema, o Parlamento não pode destituir o Poder Executivo e vice-versa. Eles têm que coabitar durante os quatro anos, isto é, não há forma de resolver eventuais situações de bloqueio, de impasse, o que, por um lado, é bom, porque garante a estabilidade durante aqueles quatro anos, mas pode ser muito ruim se houver uma situação de bloqueio insuperável e não houver nenhuma válvula de escape. Nos Estados Unidos, não há dificuldade, porque nunca se chega a uma situação de bloqueio por um lado, nem se chega a uma situação de abuso de poder por parte do Presidente do outro.

Quais são as dificuldades da adaptação do presidencialismo na América Latina? A ausência das duas possibilidades supracitadas. O risco permanente da adaptação do presidencialismo na América Latina é o risco de poderes autoritários, de ditaduras ou de situações bloqueadas que tendem a ser desbloqueadas

ou por via autoritária, ou por via da corrupção, eventualmente - isto é, situações sempre anômalas e repudiáveis num sistema democrático. A raiz dos problemas da democracia brasileira, portanto, não é o presidencialismo, mas o sistema partidário, e os males do sistema partidário advêm do sistema eleitoral.





## **MARCELO REBELO DE SOUSA**

Licenciado em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) e doutor em ciências jurídico-políticas. Presidiu os Conselhos Científico e Pedagógico e o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL, foi professor da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas e da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e pertenceu à Comissão de Instalação e ao Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, onde é doutor honoris causa. Além disso, foi Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros e Ministro dos Assuntos Parlamentares e membro do Conselho de Estado, presidente da Assembleia Municipal de Cascais, vereador e líder da oposição na Câmara Municipal de Lisboa e Presidente da Assembleia Municipal de Celorico de Basto. Atualmente é professor catedrático da FDUL e presidente da República Portuguesa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

MARCELO  
REBELO  
DE SOUSA

Gostaria de começar por felicitar os organizadores do V Seminário Luso-Brasileiro de Direito, este ano, subordinado ao oportuno tema “Constituição e Governança”. Seminário que congrega tantos e tão reputados especialistas em Direito dos dois lados do Atlântico.

E permitam-me que cumprimente de modo muito efusivo, além do Senhor Diretor da Faculdade que acolhe uma vez mais este magno encontro, o Senhor Professor Carlos Blanco de Morais. O Professor Blanco de Morais foi o pioneiro, foi o entusiasta, é o dinamizador destes encontros e encontrou, nomeadamente no Ministro Gilmar Mendes uma alma gémea, tão gémea que passou a viver, parte do seu ano, em Lisboa, por sinal um dos sítios melhores de Lisboa, que é no Príncipe Real, e portanto teve bom gosto. Conhece a história de Lisboa. E em conjunto conseguiram pôr de pé aquilo que já é uma instituição.

E quando o Senhor Professor Blanco de Morais pergunta: o que faremos para o ano? Eu diria, conhecendo a sua imaginação e a do Ministro Gilmar Mendes nenhum de nós tem angústias. Sabemos que haverá um VI encontro, um VI seminário e que será melhor ainda do que o V o que se já diria praticamente impossível.

Este Encontro traduz a comunhão entre Portugal e Brasil. As várias comissões organizativas, o envolvimento dos especialistas dos dois países, os ricos painéis a que puderam assistir, nos últimos dois dias, confirmam-no.

Mas gostaria de sublinhar em particular a importância do tema e o modo como ele foi tratado, nesses diversos painéis, percorrendo aspetos tão diversos quanto a crise da democracia representativa e do sistema político, o sistema eleitoral, a prestação de serviços públicos, a mobilidade urbana, a prevenção de crimes financeiros, o sistema de saúde pública, as autoridades reguladoras, terminando com uma relevante reflexão sobre o sistema de governo do país irmão, o Brasil.

É inquestionável a existência de um direito de matriz lusófona e, em especial, de um direito constitucional de matriz lusófona.

Os valores fundacionais do constitucionalismo são comuns, tal como são partilhados os elementos culturais identitários das nossas duas pátrias. Apesar das opções próprias em matéria de sistema de governo, de forma ou estrutura do Estado, o que não deixa de refletir as diferenças óbvias de dimensão geográfica e populacional, nos aspetos fundamentais, como nos princípios e nos direitos acolhidos nas duas Constituições. É ampla a base comum e a influência recíproca.

Mas este Seminário, e bem, não se limitou a olhar para o passado, assinalando esses múltiplos traços comuns. Os temas propostos e a sua abordagem também apontaram os caminhos do futuro.

Se é certo que o fenómeno de afastamento dos eleitores dos eleitos é global, as suas causas são diferentes em função do contexto cultural. Neste sentido, para uma tal problemática é certamente possível encontrar respostas comuns entre os dois países, não obstante a distância, porventura de forma mais evidente do que com os nossos vizinhos. Dito de outra forma, há razões diversas para o afastamento de eleitos e eleitores no Brasil e em Portugal, mas há um traço comum que tem a ver com uma nova dimensão de tempo, uma nova dimensão de espaço, com a aceleração do tempo, com a regionalização e a globalização no espaço, com o peso da democracia mediática, com os novos fenómenos inorgânicos, com a dificuldade das velhas instituições

responderem em tempo adequado aos desafios emergentes. Afastando, naturalmente, aqueles que querem intervir e que pretendem intervir por meios cada vez mais expeditos, como a democracia eletrónica, daquilo que é a resposta lenta, clássica das instituições tradicionais. Isto sucede a nível estatal, sucede a nível supranacional. E esse distanciamento tem vindo a aumentar. É um dos problemas graves das nossas democracias

O mesmo se diga em relação aos novos desafios sociais, como a organização urbana, a mobilidade ou acesso aos serviços básicos. Neste aspeto, o Brasil, até pela experiência de grandes metrópoles como São Paulo, tem muito a ensinar. Assinalando os erros cometidos, mas também os êxitos que inquestionavelmente foram alcançados em diversas áreas. A experiência europeia de que Portugal tem beneficiado ao longo das últimas décadas, agora que estamos ainda a celebrar o trigésimo aniversário da adesão às Comunidade Europeias, não deixará de contribuir para aprofundar essa reflexão.

Mas um aspeto que não podemos nunca descurar, até para cumprir as nossas Constituições, é o tema da exclusão social e do acesso aos serviços essenciais, aqui bem expresso neste Seminário, no painel sobre "O Sistema de saúde pública". Em última análise, a razão de ser do Estado é a proteção da vida e do bem-estar dos seus cidadãos. Quando isso falha, são as próprias instituições que se encontram em rutura por muita robustez e equilíbrio que demonstrem. Propunha, por isso, uma reflexão sobre a existência, a sustentabilidade e a qualidade do Estado social dos nossos países. O combate à exclusão social deve ser um objetivo de todos que servem ao país, seja na política, na administração e nos tribunais. Não devem ser permitidos privilégios de classe, de rendimento, de estatuto social. Em última análise, é uma questão crucial de igualdade. Creio que nesta matéria, e sem prejuízo dos condicionamentos que a crise financeira fez sentir nos dois países, foram possíveis avanços significativos tanto em Portugal como no Brasil. O acesso a cuidados de saúde, de educação, aos bens de primeira necessidade, aumentaram o bem-estar e a qualidade

de vida das nossas populações, contribuíram para a melhoria do seu índice de desenvolvimento. Fazem-nos perspetivar um futuro melhor para as novas gerações.

Mas o modo como nos organizamos, como aproveitamos os recursos, como disciplinamos os comportamentos na vida pública, nas instituições, o funcionamento do setor financeiro tudo isso não é irrelevante para esses objetivos. Hoje, os meios são escassos em todo o mundo e nós, nos nossos países, ao longo dos últimos anos, temo-lo sentido com especial evidência. Devemos tentar fazer mais com menos, o que é um desafio em sociedades onde muito ainda tem de ser feito.

Em qualquer caso é já claro que não basta a proclamação grande e eloquente dos textos constitucionais. Os textos constitucionais são condição necessária, mas não condição suficiente. É essencial garantir a sua execução da forma mais eficiente possível, assegurando que eles não são apenas cumpridos, como atingem a faixa mais alargada da população.

Por isso falar de governança, como se fez neste Seminário, é também pensar como no momento presente podemos dar sentido prático aos direitos fundamentais, em especial aos que possuem natureza social, ao mesmo tempo garantindo que com os recursos existentes a população mais alargada pode aceder ao exercício daqueles direitos. Ou seja, é o equilíbrio entre a certeza do saneamento financeiro para a sustentabilidade das reformas sociais e a preocupação social que deve acompanhar o crescimento económico e a criação de emprego.

Mais uma vez felicito a organização muito oportuna e inteligente deste Seminário tendo a certeza que se vai repetir sempre orientado para a reflexão conjunta dos desafios dos nossos dois países. Enquanto caminharmos juntos podemos ajudar-nos mutuamente.

E aqui paro para dizer que as mais velhas gerações, também de juristas, tinham entre si um intercâmbio e um diálogo relativamente fácil e depois, houve um período, curto, de distanciamento. Em

Portugal, houve quem privilegiasse o diálogo com outros setores, outras áreas também no domínio jurídico. E no Brasil o mesmo distanciamento se notou.

E o que há de notável, e deve ser reconhecido à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e em particular no domínio do Direito Público, é que houve uma preocupação rápida de refazer pontes. Esta preocupação começou na viragem do século XX para o século XXI. Recuperando o tempo perdido, evitando que os jovens juristas brasileiros, ocupados com o debate com os seus pares latino-americanos ou norte americanos, se esquecessem do debate com a Europa e, em particular, com Portugal, que mais próximo estava na Europa. E que os juristas portugueses publicistas ocupados com o diálogo com os seus pares europeus, e aqui ali também com alguns pares de países africanos de língua portuguesa, se esquecessem do papel crucial dessa potência que é o Brasil.

E coube ao Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, e depois mais concretamente, primeiro com a liderança do Professor Jorge Miranda e depois com a liderança do Professor Blanco de Moraes levar por diante essa reaproximação e como as relações entre povos são relações entre pessoas de carne e osso que nascem de empatias, surgiu uma empatia entre o Professor Blanco de Moraes, o Ministro Gilmar Mendes e outros Mestres, aqui presentes, que vieram a compreender. Primeiro eram poucos. No I Seminário eram poucos e depois houve uma conquista progressiva que hoje transforma Portugal num centro normal de vida de milhares e milhares de intelectuais brasileiros. Em cada esquina de Lisboa e do Porto começamos a encontrá-los. Não é por acaso que um dos maiores empresários brasileiro escolheu para celebrar os seus 80 anos fechar a Quinta de Penha Longa e convidar 300 amigos para refletir sobre a vida, nessa idade, que noutros tempos era propecta e hoje é muito estimulante.

Não é por acaso que esta semana há uma multiplicação de acontecimentos luso-brasileiros. Mas nasceu largamente pela iniciativa de poucos e nesses poucos se contam os organizadores

destes Seminários. Porque hoje, dir-se-á, já não tem mérito. É uma realidade já vista encontrar um Professor, um Magistrado ou um Político brasileiro em cada esquina de Lisboa ou do Porto ou dos subúrbios, mas não era assim há 10 anos, há 15 anos ou há 20 anos. E essa é a grande lição. E olhando para o futuro, são muitos momentos em que iremos precisar do apoio uns dos outros. Essa é a comunidade de afetos, uma palavra de que eu gosto muito, que nos liga através da cultura, da língua e dos valores que partilhamos.

Mas porque há que reconhecer os méritos daqueles que iniciaram este caminho, haverá tempo com mais Seminários para ir reconhecendo o mérito dos que prosseguem o caminho, eu entendi que deveria aqui hoje anunciar a condecoração de um Professor brasileiro e de um Professor português. O Professor português, como de costume, está de partida para algum sítio do globo. Nunca está presente quando nós esperamos, que é o Professor Jorge Miranda, e portanto com grande pena minha falei com ele por telefone e disse: Professor Jorge Miranda eu gostava muito de o condecorar hoje, na nossa Faculdade. Surpresa, e ele ficou verdadeiramente surpreendido, mas estava a preparar a vida para partir amanhã. Como todo o mestre metódico prepara com antecedência a partida do dia seguinte e portanto em tempo oportuno lhe entregarei as insígnias. Agora ironias do destino o mestre brasileiro está aqui connosco. Está ali o Professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho, que é uma figura que marcou a nossa vida. Começou a marcar, a nós portugueses, quando começámos a lê-lo e a estudá-lo, sem o termos conhecido pessoalmente. E o sonho passou a ser conhecê-lo pessoalmente. No caso dos nossos irmãos brasileiros lidar com ele é uma realidade a que estão habituadas inúmeras gerações, há décadas. Não que seja de propecta idade, mas porque consegue projetar a sua juventude com grande sustentabilidade como se diz agora em termos tecnocráticos. E portanto eu acredito que não haja nenhuma notabilidade no Brasil que não tenha aprendido alguma coisa com este Mestre. Que o não tenha tido como Professor ou como Orientador ou como orador em algum acontecimento importante da vida brasileira, que não tenha seguido a sua lição, concordando

ou discordando das suas ideias, que não tenha admirado o fulgor da inteligência, a capacidade de análise e sobretudo o poder de enfrentar situações novas com respostas novas. Fê-lo, eu não queria dizer há quantas décadas, mas há uns anos. Há uns anos, em várias circunstâncias, iluminando para além do Brasil juristas de todo o mundo, e nesse mundo juristas portugueses. Portanto haveria de chegar o momento em que a República Portuguesa, o Estado Português lhe reconhecesse esse mérito.

E depois a questão era reconhecer como. Eu optei pela via mais heterodoxa, mas eu sou um Presidente heterodoxo. Primeiro porque acredito que estamos perante alguém que vivendo ainda muitos mais anos não terá aqui a sua última condecoração, mas sobretudo porque é de todos os traços aquele que mais sensibiliza numa escola de Direito, alunos de Direito, discípulos de Direito é o do Mestre no pensamento e no ensino. Foi muito mais do que isso, mas nós retemo-lo como o nosso Mestre em termos de pensamento, de criação e de pedagogia académica no domínio do Direito. E por isso eu lhe vou entregar a Grã-cruz da Ordem que simboliza o apreço máximo que é devido, que entregarei ao Professor Jorge Miranda também quando o encontrar um destes dias, em condições de poder receber a condecoração, que é a Ordem da Instrução Pública. Que é uma Ordem que deixou de ser praticamente atribuída. Era atribuída aos grandes Mestres. Passou a ser atribuída só depois aos Reitores das Universidades. Mas quem é o nosso Professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho senão mais do que um Reitor, o Reitor dos Reitores. Em Portugal temos a tradição de chamar aos Reitores "Magníficos". Pois, o nosso galardoado é Magnífico e é o Reitor dos Reitores que supera os Reitores pelo seu mérito. E portanto eu vou pedir ao nosso devidamente condecorado que avance.

[O Presidente da República entrega a condecoração ao Professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho].



## ARTIGOS APRESENTADOS NO GRUPO DE TRABALHO

JAQUES FERNANDO REOLON

RUTH M. P. SANTOS

MATHEUS PASSOS SILVA

JULES MICHELET PEREIRA QUEIROZ E SILVA



## **JAQUES FERNANDO REOLON**

Bacharel em direito e em economia pelo Centro Universitário do Distrito Federal e mestrando em administração pública pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Foi chefe da Secretaria da Administrativa do Tribunal de Contas do Distrito Federal e secretário-executivo na Procuradoria-Geral do Ministério Público de Contas do Distrito Federal. Atualmente, é Diretor Jurídico e Vice-Presidente da Jacoby Fernandes & Reolon Advogados Associados.

**JAQUES  
FERNANDO  
REOLON**

## **PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS DO CONTROLE NO BRASIL E CASOS ATUAIS**

A atividade de controle é, em si, um direito de todo o cidadão.

É por meio dessa atividade estatal que se assegura<sup>1</sup> a legalidade, a legitimidade e a economicidade na aplicação dos recursos públicos em benefício da coletividade, de modo a se efetivar os direitos previstos no texto constitucional.

Um sistema de governo sem controle seria um sistema absolutista antigo, uma vez que nem as modernas monarquias existentes podem atuar sem a existência dessa atividade essencial.

O controle deve ser realizado a partir de uma série de regras que o limitam, não podendo indiscriminadamente atingir direitos individuais não alcançáveis por suas competências.

Conforme destaca o doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em seu livro *Tribunal de Contas do Brasil*, a atividade de controle precisa estar adstrita a regramentos específicos de modo a guardar limitações a essa atividade:

---

1 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 342.

*“O controlar, porém, precisa estabelecer-se em regras. Não pode ser uma função sem regramentos, sob pena de transformar o controlador em poder. Assim, há que ter função restrita e limitada a modelo previamente estabelecido, para que possa avaliar a regularidade da conduta que será controlada.”<sup>2</sup>*

O que se busca destacar é que a atividade de controle não pode se desenvolver como um poder soberano, supraestatal, que seja capaz de ditar as regras e os caminhos da máquina pública. A atividade de controle não é uma atividade de governo, que dita as políticas públicas a serem implantadas, por exemplo. É uma atividade de avaliação e de adequação.

O presente artigo busca demonstrar os pilares normativos sob os quais a atividade de controle se sustenta e os limites sob os quais deve se deter, além de demonstrar os prejuízos de uma atividade de controle sem limites constitucionais delimitados, em afronta às prerrogativas constitucionais que a criaram.

## **SISTEMA DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

A Constituição da República é a lei maior de onde emanam todos os direitos que regem um Estado Constitucional.

É o contrato social principal, por meio do qual a população adere às regras gerais existentes em uma comunidade e tem os seus direitos preservados e protegidos da atuação estatal. Um sistema de distribuição e delimitação dos poderes.

O texto é uma representação da vontade de todos, considerando que todo o poder emana do povo, conforme previsto no texto constitucional.<sup>3</sup> O artigo 5º do título II da Carta trata dos direitos e das garantias fundamentais, que representam os pilares da vida de todo cidadão brasileiro. Pilares esses que devem conferir a dignidade de uma vida em sociedade no Brasil.

<sup>2</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 251, vide parágrafo único do art. 1º.

Ao apresentar uma tentativa de diferenciação entre os direitos e as garantias apresentada por alguns doutrinadores, Paulo Gustavo Gonet Branco conceitua as garantias a partir das funções que exercem no ordenamento jurídico:

*“As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que o instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito. Vejam-se, por exemplo, as normas ali consignadas de direito processual penal”.<sup>4</sup>*

O artigo 5º da Constituição é o guardião das liberdades individuais de todo o cidadão. Logo, em seu inciso II, positiva: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Mais adiante, no inciso VIII, a Constituição garante: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

O parâmetro comportamental dos indivíduos e das pessoas jurídicas é a lei.

Em relação ao direito de manifestação, o texto estabelece que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Em todas essas hipóteses, o Estado não pode interferir na esfera individual do cidadão, devendo permanecer distante enquanto o cidadão exerce o seu direito.

Essas são garantias de liberdades contidas no texto constitucional. Garantias que se relacionam com os Direitos Humanos. Assim, o ordenamento jurídico e a atuação estatal se fundam nessas garantias previstas na Constituição, afinal de contas, está descrito ali que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 169.

O Direito Penal, por exemplo, deve respeitar uma série de garantias individuais previstas no texto, sendo o princípio da reserva legal o mais exaltado deles. Está no inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Do mesmo modo se constrói o sistema tributário brasileiro.

O Estado tem como fonte principal de financiamento de suas atividades a arrecadação de tributos de seus contribuintes, a qual possui caráter coercitivo, e utiliza instrumentos para garantir a efetivação da arrecadação de tais recursos, com punições àqueles que descumprirem o dever de pagá-los, uma vez ocorrido o fato gerador.

Este é um poder pulsante do Estado de atingir a esfera individual dos cidadãos, devendo ser modulado por algum instrumento legal, no caso, a Constituição Federal. Está-se, aqui, diante de garantias constitucionais sobre a tributação. Garantias que protegem o contribuinte da ânsia arrecadatória do Poder Público.

Tais garantias subsistem na limitação do poder de tributar, representando um núcleo especial de proteção do contribuinte para preservá-lo. Um grande exemplo é o princípio da legalidade, o qual destaca que apenas por lei pode-se instituir um tributo e, em consequência, a cobrança de qualquer tributo só pode ser realizada em virtude de tal lei. Ou seja, a criação de tributos é uma atividade legislativa, seguindo a competência do ente federado que instituirá tal tributo a partir das determinações constitucionais.

Buscando lição no direito comparado, J. J. Gomes Canotilho destaca o conteúdo de proteção dos direitos e garantias individuais:

*“As normas consagradoras de direitos fundamentais não protegem as realidades de vida, os dados reais como... dados ou realidades. Garante ou protegem esses dados reais, configurando direitos subjectivos (exemplo: direito à liberdade),*

*direitos de prestação (exemplo: direito ao ensino, direito aos tribunais), direitos processuais e procedimentais (exemplo: direito a ser ouvido em processo penal ou em procedimento disciplinar), garantias de instituto e garantias institucionais (exemplo: protecção da maternidade, garantia da propriedade privada) e direitos de participação (exemplo: direito de participar na vida pública). Trata-se, como se vê, dos efeitos jurídicos que resultam do facto de uma norma recortar dados da realidade como objecto de protecção. Para dar operatividade a essa protecção cria ou constitui juridicamente liberdades, prestações, instituições e procedimentos”.<sup>5</sup>*

Não é diferente com o sistema de controle. Tal sistema se funda em uma série de garantias constitucionais, as quais precisam ser observadas durante a atividade diária, tanto sob o controle interno quanto sob o controle externo. Voltando à lição de Paulo Gustavo Gonet Branco, além das garantias tratadas acima, o autor destaca garantias institucionais, que trazem as balizas do Poder Estatal:

*“O conceito de garantias fundamentais se aparta da noção de garantias institucionais. As garantias institucionais desempenham função de protecção de bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores tidos como essenciais. Esclarece Paulo Bonavides que a denominação “garantia institucional” deve-se a Carl Schmitt, que também “a separou dos direitos fundamentais, deixando bem claro que o sentido dela era o de ministrar uma protecção especial a determinadas instituições”. Prossegue o constitucionalista, ensinando que “a garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição [...], preservando invariavelmente o*

---

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993

*mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto, se tal ocorresse, implicaria já o perecimento do ente protegido”.<sup>6</sup>*

O Sistema de Controle, formado tanto pelos órgãos de Controle Interno quanto pelos Tribunais de Contas – concretizações do Controle Externo –, equilibra-se entre as garantias constitucionais e institucionais que o alicerça e as garantias constitucionais e individuais que limitam sua atuação junto aos seus tutelados. É, em si, também um direito fundamental.

Nesse sentido, Jacoby Fernandes lembra que “a propósito da assimilação do controle como direito fundamental, cabe lembrar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 15, definiu que ‘a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração’”.<sup>7</sup>

Mas antes de estabelecer esses pontos e as eventuais distorções existentes no modelo adotado no Brasil, é preciso estabelecer como se desenvolve o Controle Interno e o Controle Externo no país.

## **O SISTEMA DE CONTROLE EXTERNO NO BRASIL**

Para se iniciar uma avaliação do conceito jurídico de Controle Externo, o caminho inicial não será outro além da Constituição Federal, que positiva em seu artigo nº 71 que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, na esfera federal. O mesmo artigo, apresenta, em seus 11 incisos, algumas competências da Corte de Contas Federal.

Evandro Martins Guerra destaca a lição de Frederico Pardini para apresentar como o legislador constituinte atuou na efetivação do modelo do Tribunal de Cotas da União que temos hoje.

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 169.

<sup>7</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 39.

*“A Constituição de 1988 enfatizou, ampliou e aperfeiçoou as características de outros Tribunais de contas que forneceram inspiração para o nosso. De consequência, o TCU passou a ser dotado de absoluta autonomia funcional, administrativa e financeira, não se subordinando, hierarquicamente, a nenhum órgão ou Poder. Ao mesmo tempo, viu ampliadas suas competências e aumentado seu campo de ação. Não há ato de administração que seja isento de fiscalização do Tribunal, nem conta pública ou de interesse público que não deva ser prestada. Se é verdade que sua função fiscalizadora auxilia o Congresso Nacional em sua missão de controle externo, não é menos verdade que a maior parte desse auxílio está na razão direta de eficiência de atuação do Tribunal”.<sup>8</sup>*

Embora esse artigo trate apenas das competências do Tribunal de Contas da União, há uma simetria no sistema Controle Externo Brasileiro. Isso significa que tais competências são reproduzidas nas demais cortes de contas dos entes federados, guardadas as competências materiais, territoriais e formais de cada uma.

O art. nº 75 do texto constitucional positiva essa simetria, ao estabelecer que “as normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”.

O Controle Externo, assim, é atividade de competência do Poder Legislativo, que tem nos Tribunais de Contas os auxiliares técnicos necessários para a realização da avaliação da aplicação dos recursos públicos geridos por agentes públicos legitimados.

---

<sup>8</sup> PARDINI, Frederico. Tribunal de Contas da União: Órgão de Destaque Constitucional. apud GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum. 2005. P. 114

Francesc Vallès Vives utiliza-se do conceito estabelecido por Joseph Harris para destacar as garantias do legislativo no âmbito de sai atividade fiscalizatória.

*“La actividad fiscalizadora que requiere en Estado constitucional, según Harris, no consiste en intensificar el control parlamentario sobre el Ejecutivo, sino más bien en asegurar aquellos mecanismos mediante los cuales el Legislativo pueda ejercer la autoridad que le es propia, sin obstaculizar ni impedir la actuación administrativa, ni debilitar al Ejecutivo. En otras palabras, se trata de conseguir el equilibrio más adecuado entre, la necesidad de asegurar un efectivo control de la actividad administrativa en sede parlamentaria por un lado, y la preservación los valores y los principios de flexibilidad y discrecionalidad administrativa, por otro.”<sup>9</sup>*

A citação remonta ao célebre pensamento de Montesquieu na obra “O Espírito das Leis”, para quem “tudo estaria perdido se o mesmo homem, o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas entre os particulares”. Assim, cada órgão deverá cumprir a sua função e controlar a atividade dos demais.

Em douta lição, Jacoby desenvolve o conceito do sistema de controle externo:

*“O sistema de controle externo pode ser conceituado como o conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando fiscalização, verificação e*

---

<sup>9</sup> VIVES, Francesc Vallès. *El control externo del gasto publico: Configuración y garantía constitucional*. Madrid, 2003. P. 35

*correção de atos. [...] O Poder Legislativo exerce o controle externo sobre atos do Poder Executivo, não constituindo isso uma indébita interferência sobre outro poder. Ao contrário, na vetusta tripartição das funções do Estado, delineada por Aristóteles e aprimorada por Montesquieu, o poder controla o poder, num sistema de freios e contrapesos, conhecido pela elíptica expressão checks and balances. A interferência, contudo, deve se fazer sentir apenas no desempenho da função de controle, não podendo um poder substituir o outro e passar a realizar suas funções. Por esse motivo, é que a interferência se faz apenas pontualmente, por atos interventivos, devendo o controlador retirar-se imediatamente do plano de desempenho das funções de outro poder.”<sup>10</sup>*

A atividade de controle é um sistema de destacado caráter integrado.

Essa é uma importante característica a ser observada por aqueles que atuam na atividade de controle. Diferente de uma atividade fechada em si, o controle externo é atividade integrada, buscando auxílio nas demais esferas para a sua consolidação.

Em acórdão publicado no ano de 2005, que aprovou uma decisão normativa para o aperfeiçoamento da prestação de Contas, o ministro Valmir Campelo destacou essa atividade integrativa:

*“Entre as inovações a serem incluídas no futuro normativo, caso seja aprovado o projeto nesta oportunidade, destaco a adoção de roteiros de verificação de peças e conteúdos dos processos de contas, a serem seguidos pelo controle interno para melhorar o procedimento de recebimento dos processos, no que concerne a sua*

---

<sup>10</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

*conformidade com os termos regulamentares. Também não posso deixar de mencionar o avanço obtido na apresentação de contas por meio eletrônico, sistemática que se consolida em relação às unidades vinculadas ao Ministério da Defesa, razão pela qual se justifica a nova redação do art. 7º, sendo que, nas contas apresentadas este ano de 2005, tal modalidade informatizada ainda ocorria em caráter experimental”<sup>11</sup>*

Considerando que a população está submetida à tutela da União, do estado e do município, de onde provém a prestação dos serviços públicos que garantirão dignidade à vida social de todos, tem o direito de ter garantido que os recursos públicos existentes nos orçamentos próprios dessas unidades federadas estejam sendo gastos em proveito dessa coletividade, ou seja, que as verbas públicas estejam sendo aplicadas para efetivar os direitos previstos na Carta Constitucional.

O conjunto harmônico de todo esse sistema de controle no âmbito federal, estadual e municipal garante o gozo do controle em toda a Administração Pública. Em análise mais ampla, essa é uma expressão do próprio sistema federativo em si.

Pedro Henrique Teixeira Barreto, porém, demonstrou em estudo publicado em 2004 que nem sempre essa integração prevista no texto constitucional foi efetiva. Ao realizar uma pesquisa sobre o grau de interação entre as Cortes de Contas do país, ele chegou à seguinte conclusão: “apesar de terem realizado Acordos de Cooperação Técnica com o TCU, dez tribunais de contas disseram não ter efetivado qualquer tipo de ação comum com o TCU nos últimos dez anos, representando 30% de todos os tribunais de contas subnacionais brasileiros”<sup>12</sup>.

---

11 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 019.640/2005-4. Acórdão nº 2.159/2005 – Plenário. Relator: ministro Valmir Campelo. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/111/%252a/NUMACORDAO%253A2159%2520ANOACORDAO%253A2005/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

12 BARRETO, Pedro Henrique Teixeira. *O Sistema Tribunais de Contas e Instituições Equivalentes*. Ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2004. P. 214

O ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, destacou o vínculo da atividade de controle externo com o princípio republicano:

*“Tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais se ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio republicano. Pois numa República impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão. E tal responsabilidade implica o compromisso da melhor decisão e da melhor administração possíveis. Donde a exposição de todos eles (os que decidem sobre a res publica e os que a gerenciam) à comprovação do estrito cumprimento dos princípios constitucionais e preceitos legais que lhe sejam especificamente exigidos. A começar, naturalmente, pela prestação de contas das sobreditas gestões orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional.”*

O Controle Externo deve atuar integrado com os sistemas de controle interno, responsável pela avaliação dos atos interna corporis, sem que a atribuição de um interfira nas competências do outro. Esse limite de competências deve ser preservado sob o risco de tornar a atividade de controle viciada.

Para saber reconhecer tais limites, é preciso entender o sistema de Controle Interno no Brasil que é uma espécie de anteparo do controle externo, ou melhor, um assessorio com atribuições próprias.

## **O SISTEMA DE CONTROLE INTERNO NO BRASIL**

A base do controle interno brasileiro está estabelecida no artigo nº 74 da Constituição de 1988, que preceitua:

*"Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional."*

É importante notar que os incisos, além de indicar as atribuições, permitem ao hermenêuta inferir os limites da atuação desse sistema de controle. Rodrigo Pironti Aguirre de Castro apresenta uma visão conceitual sobre o controle da Administração Pública.

*"A ideia de controle está estritamente vinculada à de poder. Pode-se dizer que controle é função inerente ao poder [...]. No Estado moderno, o controle assume importante papel na gestão da coisa pública. Note-se que para todas as atividades da Administração está previsto um controle, seja ele pontual (quando se estabelecem controles para certas atividades), seja em abstrato (quando a atividade não fora prevista e se controla de maneira genérica)".<sup>13</sup>*

Odete Medauar, por sua vez, buscou contrapor conceitos extraídos da doutrina de outros juristas para chegar à seguinte formulação:

---

<sup>13</sup> CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 93.

*“Mais adequado seria dizer que o controle interno da Administração é a fiscalização que a mesma exerce sobre os atos e atividades de seus órgãos e das entidades descentralizadas que lhe são vinculadas. Este conceito aplica-se tanto ao controle interno da Administração Pública nos Estados unitários quanto ao controle interno realizado nos Estados Federais e nos Estados dotados de entes autônomos (por exemplo, regiões), pois nestes cada nível de poder político é dotado de estrutura administrativa própria, com mecanismos próprios de controle.”<sup>14</sup>*

Os conceitos doutrinários podem divergir na forma de declarar o que é o controle, mas convergem no destaque ao dever da Administração de avaliar os atos realizados por si, a fim de verificar se todos os requisitos formais e materiais foram observados no momento da realização dos atos e produção de seus efeitos. Além de comprovar a legalidade, deve estar atenta à justa aplicação dos recursos públicos destinados a ela.

Nesse sentido, Adhemar Paladini Ghisi pontua:

*“O Controle Interno abarca todas as formas de controle, preventivo ou detectivo, existentes em determinada organização - pública ou privada - sejam de natureza financeira, contábil, técnica ou mesmo operacional. Os controles internos são implantados pela própria gerência de cada área no curso de suas rotinas e atividades, buscando evitar que sejam cometidos erros na execução. Não é demais assinalar que nenhuma organização subsiste sem a existência de mínimos controles internos”<sup>15</sup>*

---

14 MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 54.

15 GHISI, Adhemar Paladini. *O Tribunal de Contas e o sistema de controle interno*. Conferência realizada em Maputo, 1997.

No âmbito Federal, a atividade de controle interno de todos os órgãos da Administração Pública era supervisionada pela Controladoria-Geral da União (CGU), órgão central que compunha o Sistema de Controle Interno, prestando a orientação normativa necessária. Atualmente, a CGU foi incorporada a uma pasta específica do Executivo Federal: o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.

Conforme explica o portal da instituição, ao ser criada no ano de 2003, a CGU era o órgão encarregado:

*"[...] de assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos que, no âmbito do Poder Executivo, fossem relativos à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio das atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção, e ouvidoria."*

A CGU foi criada com a competência de órgão central dos sistemas de Controle Interno e Correição no Poder Executivo Federal.

O controle interno, como destaca Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, é gênero da autotutela, termo este que constitui um dever ao qual toda autoridade pública está subordinada, no sentido de verificar a correção dos atos que pratica ou cuja função responde. Mas alerta o eminente doutrinador:

*"Todos os atos podem ser objetos da ação da autotutela administrativa, mas nem todos podem ser convalidados, invalidados ou revogados. Essa premissa não retira, porém, a necessidade de controle, posto que, como visto, a principal função do controle é redirecionar as ações futuras."<sup>16</sup>*

Aponta, assim, limitação à atividade de controle interno, demonstrado ser necessária uma avaliação da matéria dos atos em questão antes de se exercer a alteração do ato administrativo.

---

<sup>16</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 99.

Há casos, também, que a atividade de controle interno pode extrapolar as suas funções, adentrando em atribuições que seriam de competência dos órgãos de controle externo. A interação entre os sistemas de controle deve existir e está prevista no texto constitucional, mas é preciso que esteja bem delimitado o espaço das atuações.

## **A INTERAÇÃO ENTRE CONTROLE INTERNO E EXTERNO**

Conforme abordado no título anterior, o artigo nº 74 da Constituição Federal, em seu inciso IV, destaca que é dever dos órgãos de controle interno apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Essa determinação legal corrobora ainda mais a ideia de sistema de controle como um todo integrado, atuando em esforços conjugados para garantir o objetivo final de preservação dos recursos do erário.

A doutrina destaca que a primeira forma de apoio consiste no desenvolvimento do controle anterior à remessa de informações e de documentos aos Tribunais de Contas. O parágrafo único do artigo nº 74 assenta que os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.<sup>17</sup>

Nesse preceito legal, o constituinte positivou exatamente uma separação de atividades entre o controle interno e o controle externo. Percebendo a irregularidade, o responsável pelo controle interno deverá informar aos órgãos de controle externo, que possuem a competência para o julgamento dos atos observados. Essa conduta, no entanto, deve ser realizada de modo a não haver extrapolação de funções.

*“Exercendo a função de controle, o órgão de controle interno já estará naturalmente auxiliando os Tribunais de Contas. O constituinte, porém, reforçou tal aspecto ao determinar que*

---

17 Ibidem.

*compete ao órgão de controle interno apoiar o controle externo. Há, porém, outras perspectivas para a noção de apoio.*

*Note que embora o controle interno tenha a função de apoiar o controle externo, aquele possui funções próprias que não podem ser usurpadas pelo tribunal de contas. O seguinte excerto é elucidativo:<sup>18</sup> “não compete ao Tribunal de Contas da União instaurar a Tomada de Contas Especial antes da atuação dos controles internos, como decorrência do princípio da não-supressão das instâncias [...]”<sup>19</sup>*

Percebe-se a preocupação do doutrinador com a efetiva diferenciação de competências entre o controle interno e externo. Assim, tal interação, embora prevista, precisa estar adstrita a certos limites que garantam a efetivação da atividade de controle. O autor completa:

*“É importante observar que, nada obstante seja tradicionalmente ensinado que a principal função do controle interno seja apoiar o controle externo, há que se compreender melhor essa questão e talvez evoluir esse ensinamento. É que a situação funcional do controle interno, não subordinada funcionalmente ao controle externo, mas a outra autoridade administrativa, deve levar a compreensão que a principal função é orientar essa autoridade e os agentes vinculados no sentido de observar a legislação e as orientações dos tribunais de contas e controladoria centrais.”<sup>20</sup>*

---

<sup>18</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 99.

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 025.494/2009-2. Acórdão nº 6853/2009 - 1ª Câmara. Ata nº 43/2009 - 1ª Câmara. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Brasília, 1º de dezembro de 2009. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 4 dez. 2009.

<sup>20</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 59.

Hely Lopes Meireles também destaca em sua obra, ao tratar em termos iniciais sobre o controle:

*[...] assim, os Estados de Direito, como o nosso, ao organizarem a sua Administração, fixam a competência de seus órgãos e agentes e estabelecem os tipos e formas de controle de toda a atuação administrativa, para defesa da própria Administração e dos direitos dos administrados [...].*<sup>21</sup>

A fixação das competências e a sua distinção, conforme se observa na Hely Lopes Meireles, é definida pelo próprio Estado, por meio do Poder Constituinte. Outros doutrinadores apontam em suas obras a extrapolação das funções dos órgãos de controle em determinadas demandas:

*“Por fim, compete observar que os Tribunais de Contas, em algumas ocasiões, têm adotado posições que extrapolam os limites da função que a Constituição lhes outorgou. Não se questiona aqui que sua função é relevante para a regularidade da atividade administrativa, mas daí não se pode permitir atuações que não estejam contempladas no sistema constitucional.*

*Tem-se entendido, a propósito, ser vedado ao TC expedir normas gerais e abstratas no pretense exercício do poder regulamentar, privativo do Poder Executivo. Mais: para sustar atos administrativos, é imperioso acatar o princípio do devido processo legal, se envolver direitos de terceiros. Ainda: conquanto competente para apreciar concessão de aposentadoria, com as providências necessárias para sua conclusão, não*

---

<sup>21</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 713.

*lhe cabe impor ao administrador a modificação do ato sob pena de multa, devendo eventual conflito ser dirimido no Judiciário”.*<sup>22</sup>

A interação entre o controle interno e externo, assim, deve observar as prerrogativas constitucionais que os legitimam também no sentido de evitar redundância de ações, ou seja, às vezes, as funções exercidas e as finalidades almejadas se confundem, gerando duplicidade de esforços para o mesmo objetivo.

Essa similaridade de atuação e de objetivos, de per se é inconstitucional, pois cada um desses controles possui características e atribuições distintas. Há somente na Constituição, um verdadeiro devido processo legal do controle interno, totalmente distinto do devido processo legal do controle externo.

PIRES e NOGUEIRA destacam que:

*“Atividade estatal, modernamente, não encontra limites apenas no texto da lei, e nem se esgota numa artificiosa e arrogante materialização de direitos, uma vez que, para consubstanciar-se em Democrático de Direito, o Estado deve vincular seus atos, e a própria interpretação do seu ordenamento jurídico, ao conteúdo de princípios - notadamente aqueles alçados à categoria de “direitos fundamentais” - e efetivá-los sob permanente travejamento democrático.”*<sup>23</sup>

São funções distintas, com finalidades diferentes, executadas por órgãos desiguais, embora com atuação harmônica e complementar.

---

<sup>22</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

<sup>23</sup> PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. *Controle da administração pública e tendências à luz do Estado Democrático de Direito*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 4, n. 38, abr. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34311>>. Acesso em: 9 nov. 2010.

## **DO ABUSO DAS PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS E DA LEGISLAÇÃO INCONSTITUCIONAL - SITUAÇÃO DO BRASIL ATUAL**

No texto constitucional, foi positivado o sistema colaborativo e integrado formado pelo Controle interno e o externo, com a nítida prevalência do segundo sobre o primeiro, in verbis:

*“Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”<sup>24</sup>*

As razões dessa prevalência assentam-se na maior independência e autonomia usufruída pelo Controle externo, exercido por meio de uma estrutura similar aos tribunais do Poder Judiciário, sedimentada na Constituição e inserida de permeio entre os demais poderes da República, embora titularizado pelo Poder Legislativo que, também, é fiscalizado.

O controle interno, de modo distinto, é a expressão de uma espécie de autotutela administrativa *sui generis*. Esse controle é realizado por uma unidade administrativa inserida na estrutura hierárquica do próprio órgão ou da entidade e, portanto, submetido às evidentes pressões dos diversos stakeholders dessa estrutura orgânica.

Com efeito, a diretriz constitucional de o Controle interno apoiar o externo, além da imposição normativa, justifica-se porque o primeiro está localizado no âmago estrutural dos órgãos e das entidades públicas fiscalizadas, sendo mais eficiente e célere para verificar e mitigar os efeitos prejudiciais de eventuais ilícitos praticados. Contudo, como submetido à hierarquia orgânica, goza de certa suspeição, por isso apenas apoia o Controle externo.

A segunda norma constitucional que correlaciona essas duas espécies de controle é a que assenta a obrigatoriedade de os

---

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 74.

responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, cientificarem o respectivo tribunal de contas, sob pena de responsabilidade solidária.

A Constituição, portanto, reafirmou o caráter colaborativo do controle interno e não lhe outorgou poderes para decidir, em caráter definitivo, sobre irregularidades ou ilegalidades verificadas na administração pública, como também deferiu aos tribunais, e não ao controle interno, a atribuição de definir prazo para os fiscalizados adotarem as providências necessárias ao cumprimento da lei e até de sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado.

Essas prerrogativas constitucionais foram atribuídas apenas aos tribunais de contas. Nem mesmo a teoria dos poderes implícitos, no sentido de conceder, implicitamente, os meios necessários para a consecução de uma função atribuída a determinado órgão ou instituição, respaldaria ações do controle interno no sentido de deliberar definitivamente sobre ilegalidades ou irregularidades praticadas pelos fiscalizados, sem consubstanciar uma usurpação da competência constitucional dos tribunais de contas.

Na rotina da administração pública brasileira, a realidade é desconforme à Constituição. Os órgãos de controle interno deliberam em caráter definitivo sobre diversas questões, decorrentes de ilícitos, e mesmo quando as submetem aos tribunais de contas, a posteriori, geralmente, já erigiram situações irreversíveis e inconstitucionais.

Em termos legais, a incompatibilidade vertical das normas aplicáveis a diversas situações relativas ao controle interno e externo em face da Constituição também ocorre.

A lei que criou o Ministério da Transparência, que assumiu as funções da Controladoria-Geral da União (CGU), órgão de controle interno federal, atribuiu ao titular da pasta a prerrogativa de realizar inspeções e avocar procedimentos e processos para,

dentre outros, corrigir falhas.<sup>25</sup> Falhas devem ser entendidas como situações em desconformidade com seu arquétipo legal, ou seja, são irregularidades ou ilegalidades.

Na rotina administrativa, essa prerrogativa deveria ser exercida nos termos constitucionais. Se a falha decorreu de ilegalidade ou de irregularidade, o controle interno pode adotar providências temporárias, mas desde que os efeitos dessas providências não sejam irreversíveis e não se sobreponham ou eliminem, de modo pragmático e inconstitucional, a atuação inafastável e posterior do tribunal de contas.

As tomadas de contas especiais, em rápida síntese e a título de exemplo, são procedimentos para recomposição do erário, em casos de prejuízos decorrentes de ilícitos. Desenvolvem-se em duas fases distintas. A interna, realizada no órgão ou na entidade em que se verificou a irregularidade ou ilegalidade, com intervenção do controle interno, e, na fase externa, o processo de contas especiais é julgado pelo tribunal de contas.

Em síntese: a área administrativa, incluindo o controle interno, erige a fase interna, similar ao inquérito penal, e, na fase externa e posterior, o tribunal de contas julga o processo.

Somente após o julgamento é que há certeza da existência de prejuízo, da necessidade de aplicação de multa ou da imposição aos responsáveis da obrigação de ressarcir o erário. Na fase interna há mera instrução processual, sem deliberação definitiva.

É comum, contudo, o abuso de prerrogativa do Controle interno e dos órgãos e entidades na fase interna dos procedimentos de contas especiais, pois os responsáveis, antes do julgamento final, já são inscritos no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público federal (Cadin), que possui efeitos irreversíveis, como: a vedação dos inscritos de realizar operações de crédito, receber incentivos fiscais e financeiros e celebrar contratos, por exemplo.<sup>26</sup>

25 BRASIL. Lei nº 13.341, 29 de setembro de 2016. Altera as Leis nos 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória nº 717, de 16 de março de 2016. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 set. 2016. Art. 18, inc. IV.

26 Previstos na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

Essa situação de subversão da sistemática do controle brasileiro, uma ofensa ao devido processo legal de contas, ensejou deliberação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de assentar que:

*CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INSCRIÇÃO DO NOME NO CADASTRO INFORMATIVO DOS CRÉDITOS NÃO QUITADOS (CADIN). JULGAMENTO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que antes de iniciada e julgada a Tomada de Contas Especial (TCE) pelo Tribunal de Contas da União (TCU), a inscrição de unidade federativa em cadastros de inadimplência viola o princípio do devido processo legal (AC 2.614/PE, AC 781/PI e AC 2.946/PI).<sup>27</sup> 2. Na hipótese dos autos, considerando que a Tomada de Contas Especial ainda não foi julgada, está correta a sentença que determinou à autoridade impetrada que se abstenha de proceder à inscrição do nome do impetrante, ora apelante, no Cadin, sob pena de violação ao aludido princípio. 3. Sentença mantida. 4. Apelação desprovida.<sup>28</sup>*

Outra evidência do exercício do controle, à margem dessa atuação colaborativa e integrada, de extração constitucional, decorre de ações do próprio Tribunal de Contas da União (TCU), *verbi gratia*, na celebração de acordos de leniência.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Grifos não constam do original.

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). AC nº 0008748-31.2006.4.01.3400/DF – 6ª Turma. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. Diário da Justiça Federal da Primeira Região [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 maio 2016. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

<sup>29</sup> Previstos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013

Nesses casos, a norma previa que o acordo seria remetido ao tribunal depois de celebrado, mas esse órgão de controle externo determinou a sua remessa ainda na fase de tratativas prévias, a fim de acompanhar todas as etapas de tramitação.

Não se tratava apenas de uma questão legal ou constitucional, mas, ontologicamente, a essência do controle é de um afastamento do ato ou fato fiscalizado, devido à necessidade de segregar as funções do controlador e do executor: quem fiscaliza não executa.

Com efeito, se fosse permitida a participação do tribunal na fase de concepção do acordo de leniência, seria até injustificável a sua análise posterior, pois este executou e, portanto, não teria o que fiscalizar. De modo lacônico, o próprio tribunal esvaziaria a sua prerrogativa constitucional de fiscalizar a posteriori o referido acordo.

Por isso, foi irrepreensível a deliberação do STF, na pena do Ministro Gilmar Mendes, que deliberou pela impossibilidade dessa participação prévia do tribunal de contas:

*"[...] é inequívoca a disposição legal, hoje em vigor, no sentido de que as informações sobre acordo de leniência somente deverão ser encaminhadas ao TCU "depois de assinado" (art. 16, §14, Lei 12.846/13).*

*Dessa forma, considerando o exíguo prazo de 24h (vinte e quatro horas) apontado no ato impetrado (eDOC 4) e a situação peculiar delineada nestes autos (limites e atribuições entre órgãos de controle do interesse público), reputo presentes os requisitos legais para conceder a medida liminar, suspendendo a obrigação de entrega imediata dos documentos solicitados, sem prejuízo de reanálise do pleito cautelar, no curso deste writ constitucional, nos termos do art. 7º, inciso III, c/c §3º, da Lei 12.016/09".<sup>30</sup>*

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 34.031. Decisão liminar. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso: 31 mar. 2017.

Esse devido processo legal, assentado na Constituição, de uma ação integrada dos controles interno e externo e cada um ao seu tempo e modo é uma garantia constitucional aos administrados e jurisdicionados que está, a todo o tempo, sendo inobservada em situações casuísticas, criando uma conjuntura de insegurança jurídica e de evidente desesperança para a sociedade, pois os próprios órgãos incumbidos da aplicação da norma constitucional, pragmaticamente, a subvertem.

## **CONCLUSÃO**

O controle da administração pública brasileira, tanto o interno quanto o externo, possui assento constitucional e uma estruturação sistêmica, integrada e harmônica.

O devido processo legal ao controle, de extração constitucional, uma garantia dos administrados e dos jurisdicionados é reiteradamente subvertida em situações rotineiras que revelam abuso de prerrogativas e pela edição de normas inconstitucionais, por incompatibilidade vertical com a estrutura constitucional definida.

Essa disfunção, decorrente da incompreensão da integração entre os controles, formando um todo sistêmico, ocasiona situações irreversíveis de prejuízos aos que são afetados.

Tem sido tarefa do Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, assentar a interpretação para cada caso concreto, sem que os responsáveis pelo controle interno e externo entendam os limites e o modo harmônico que devem atuar, erigindo uma conjuntura de insegurança jurídica e que enseja a propositura de ações pleiteando a concretização das garantias constitucionais ao devido processo do controle.

Bibliografia

BARRETO, Pedro Henrique Teixeira. *O Sistema Tribunais de Contas e Instituições Equivalentes*. Ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2004. P. 214

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 13.341, 29 de setembro de 2016. Altera as Leis nos 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória nº 717, de 16 de março de 2016. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 34.031. Decisão liminar. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso: 31 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 019.640/2005-4. Acórdão nº 2.159/2005 – Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2159%2520ANOACORDAO%253A2005/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 025.494/2009-2. Acórdão nº 6853/2009 - 1ª Câmara. Ata nº 43/2009 - 1ª Câmara. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Brasília, 1º de dezembro de 2009. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 4 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). AC nº 0008748-31.2006.4.01.3400/DF – 6ª Turma. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. *Diário da Justiça Federal da Primeira Região [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 maio 2016. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GHISI, Adhemar Paladini. O Tribunal de Contas e o sistema de controle interno. Conferência realizada em Maputo, 1997.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. Pag. 169. São Paulo: Saraiva, 2015.

PARDINI, Frederico. Tribunal de Contas da União: Órgão de Destaque Constitucional. apud GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2 ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum. 2005. P. 114

PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. *Controle da administração pública e tendências à luz do Estado Democrático de Direito*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 4, n. 38, abr. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34311>>. Acesso em: 9 nov. 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VIVES, Francesc Vallès. *El control externo del gasto publico: Configuración y garantía constitucional*. Madrid, 2003. P. 35





## **JULES MICHELET PEREIRA QUEIROZ E SILVA**

Graduado em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, pós-graduado em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários e mestre em direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Foi procurador da Fazenda Nacional. Atualmente, é advogado e consultor legislativo da Câmara dos Deputados na área de direito tributário e tributação.

**JULES MICHELET  
PEREIRA QUEIROZ  
E SILVA**

## **PROPOSTAS LEGISLATIVAS PARA UMA GOVERNANÇA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL**

No Brasil, tornou-se lugar-comum dizer que o processo judicial é moroso. Mais que isso, é comum dizer que o processo judicial de execução fiscal em específico é ainda mais moroso e objetivamente ineficiente.

É fato, entretanto, que há uma preocupação dos atores do Fisco e do Judiciário com o número de processos de execução fiscal insolúveis. É dizer: processos que se prolongam de forma indefinida sem jamais encontrar bens de valor penhoráveis de modo a satisfazer o crédito público.

Assim, além de não haver satisfação do crédito, diversos feitos tramitam de forma infrutífera, ocupando juízes, procuradores e auditores fiscais e desperdiçando recursos escassos do orçamento público.

O exame de dados sobre a composição da Dívida Ativa da União (DAU) permite que sejam tiradas conclusões sobre a eficiência do processo de execução fiscal no Brasil.

A arrecadação (em bilhões de R\$) da DAU seguiu a seguinte evolução:

Tabela 1 - Dívida Ativa da União (em bilhões de R\$)

	2013	2014	2015	2016
Total Arrecadado	19,40	19,15	13,21	R\$ 13*
Estoque	1.252,91	1.389,14	1.541,73	1.666,00
% do estoque	1,54%	1,37%	0,85%	0,78%

Fonte: LDO 2014 a 2017.

\*Estimativa do PLDO 2016.

Dizer que a DAU tem alto ou baixo percentual de recuperação mediante a execução fiscal depende do índice de comparação adotado. Para tanto, compara-se a Dívida Ativa da União com a de outros países na tabela 2:

Tabela 2 - DAU comparada com outros países (em milhões de US\$, ano 2014)

	Brasil	México	Chile	EUA
Total Arrecadado	6,13	1,38	59,87	1.170
Estoque	445,23	27,05	491,43	173.000
% do estoque	1,37%	5,1%	12,1%	6,4%

Fonte: LDO 2016; MÉXICO, 2016; CHILE, 2015; EUA, 2016.

Como se observa, mesmo em comparação com outros países latino-americanos, a arrecadação da DAU é baixa em relação ao estoque. As razões para que isso ocorra serão enfrentadas no decorrer do presente trabalho.

O quadro global da execução fiscal não estaria completo se não fosse analisado o exemplo dos Estados. A título de ilustração, o tamanho da Dívida Ativa dos Estados pode ser resumida na tabela 3:

Tabela 3 - Estoque da Dívida Ativa dos Estados (em R\$)

	UF	2014	2015
Centro-Oeste	DF	296.119.499,27	399.147.674,38
	GO	32.680.884.809,00	36.634.086.328,95
	MS*	5.582.480.113,04	***
	MT	16.635.679.999,48	24.282.279.363,38

	UF	2014	2015
Nordeste	AL**	2.851.379.000,00	399.147.674,38
	BA	11.956.138.687,17	36.634.086.328,95
	CE	6.393.163.406,61	7.382.713.775,40
	MA	***	***
	PB	4.779.806.000,00	5.498.258.000,00
	PE	13.270.874.156,19	15.830.936.816,67
	PI**	1.427.019.593,00	1.685.653.224,00
	RN	5.539.895.583,00	6.117.232.869,30
	SE	4.604.729.035,50	5.685.196.179,68
Norte	AC	476.225.554,31	480.869.486,49
	AM	2.741.616.710,54	3.718.403.981,48
	AP****	122.516.853,15	122.516.853,15
	PA	9.551.681.831,61	10.942.033.026,53
	RO	6.418.051.235,51	7.187.247.887,25
	RR	690.956.575,45	704.674.700,86
	TO	1.805.673.398,48	2.351.919.428,72
Sudeste	ES	10.412.211.866,93	12.974.145.318,94
	MG	41.271.371.075,90	46.534.470.674,30
	RJ	59.510.568.000,00	58.687.919.000,00
	SP	279.940.184.775,00	302.058.739.666,52
Sul	PR	18.813.592.398,79	***
	RS	34.414.079.149,49	37.030.943.009,01
	SC	10.508.060.000,00	11.933.319.000,00

\* Divergência entre balanço patrimonial e valor informado pela PGE\*Estimativa do PLDO 2016.

\*\* Os valores dos Estados de Alagoas e do Piauí, constantes nos respectivos Balanços Gerais de 2014 e 2015, referem-se à Dívida Ativa Tributária.

\*\*\* Dados não localizados.

\*\*\*\* Os valores do Estado do Amapá foram extraídos da LDO de 2014 e 2015 (Anexo IV), uma vez que os Balanços Gerais não especificam o valor da Dívida Ativa.

Os valores se repetem porque, segundo informação constante no Anexo IV da LDO, a Dívida Ativa está mantida, pois está reconhecida por Acordo assinado em 30/10/2009.

A existência de amplo estoque de Dívida Ativa no Estado brasileiro como um todo e a ineficácia da cobrança coativa levam à necessidade de se estabelecer uma discussão sobre a efetiva governança nessa matéria. Já há experiências no campo, como, por exemplo, os métodos alternativos (informação verbal)<sup>1</sup> que

1 Informação dada pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Paulo Roberto Riscado Júnior,

têm sido utilizados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, como o protesto extrajudicial das Certidões da Dívida Ativa da União (CDA). Entre 2013 e 2015, foram protestadas 636.088 CDA, no montante de R\$ 3,5 bilhões, com índice de 18,3% de recuperação (R\$ 646,5 milhões). Essa evolução institucional dependeu da aprovação da lei no 12.716/2012, que modificou a lei no 9.492/97 para permitir o protesto da CDA.

Também merece destaque a instituição, no âmbito da PGFN, do chamado Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC) pela portaria no 396/2016. Segundo texto da própria portaria, o RDCC consiste em uma série de medidas administrativas e judiciais voltadas à cobrança da DAU, observados critérios de economicidade e racionalidade, aumentando a eficiência da cobrança do crédito inscrito.

Essas medidas incluem o já citado protesto extrajudicial de créditos inscritos em DAU, mas também medidas administrativas de pesquisa patrimonial e acompanhamento do adimplemento de parcelamentos tributários. Além disso, o art. nº 20 da portaria autoriza o procurador da Fazenda Nacional a promover o arquivamento, nos termos do art. nº 40 da lei no 6.830/1980, de execuções fiscais em que o crédito não supere um milhão de reais e não apresentem garantia. Fazendo-o, a PGFN autoriza seus agentes a concentrar esforços em créditos de maior chance de recuperação, além de reduzir o estoque de processos no Poder Judiciário. A instituição do RDCC resultou no imediato arquivamento de cinquenta mil processos.<sup>2</sup>

Também há no Poder Judiciário a preocupação com a governança das execuções fiscais. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por sua Corregedoria Nacional, editou o provimento no 57/2016, que institui o Programa Nacional de Governança Diferenciada das Execuções Fiscais. Trata-se de uma estratégia que

---

em 28 de dezembro de 2015 na Câmara dos Deputados, em apresentação sobre o Projeto de lei no 3.337/2015 e Projeto de lei complementar no 181/2015.

2 Disponível em <http://www.abat.adv.br/fazenda-suspende-50-mil-execucoes-de-ate-r-1-milhao/>, acessado em 22 de março de 2017, às 16h50min.

abrange procedimentos organizacionais de varas de execução fiscal, por exemplo, mediante classificação de processos por tamanho da dívida e por devedor, racionalização de atos judiciais, interação com órgãos fiscais da Administração pública e realização periódica de mutirões de negociação de dívidas. Segundo o CNJ, desde a instituição do programa foram realizados nove mutirões nesse sentido que arrecadaram R\$ 4,8 bilhões.<sup>3</sup>

Em que pese definitivamente meritorias, inclusive às estatísticas ainda parciais sobre sua implementação, estratégias dessa natureza encontram limitações na ausência de modificação da legislação tributária e financeira aplicável à execução fiscal.

No caso do RDCC, por exemplo, embora seja possível o arquivamento de processos, a legislação vigente não permite que se deixe de ajuizar uma execução fiscal ao argumento da reduzida probabilidade de êxito. Na verdade, medidas que fujam do roteiro estrito da Lei de Execuções Fiscais podem atrair ao advogado público reações adversas dos órgãos de controle externo, como o Ministério Público e Tribunais de Contas.

Quanto ao Programa de Governança Diferenciada de Execuções Fiscais, muito embora solucione de forma bastante satisfatória problemas logísticos e burocráticos do processo de execução fiscal, também encontra limitações legislativa. A realização de mutirões de conciliação, por exemplo, depende da existência de leis locais que concedam descontos e parcelamentos aos devedores.

Uma medida legislativa que permitiu a implementação eficaz de medidas de governança foi o novo Código de Processo Civil de 2015. O novo CPC previu a possibilidade de negócios jurídicos processuais em seu art. nº 190.<sup>4</sup> Utilizando-se dessa faculdade legal, a Procuradoria da Fazenda Nacional e a Procuradoria Federal

---

3 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/governanca-diferenciada-das-execucoes-fiscais>, acessado em 22 de março de 2017, às 17h40min.

4 "Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo."

no Rio Grande do Norte firmaram em março na 6ª Vara Federal da Seção Judiciária daquele Estado, competente para execuções fiscais, negócios jurídicos processuais visando implementar naquele órgão procedimentos do RDCC e do Programa de Governança Diferenciada do CNJ. A superveniência de legislação nova que ampliou a discricionariedade dos órgãos de cobrança e do juízo permitiram uma implementação eficaz de medidas de governança cujos resultados merecerão observação.

Com efeito, o avanço na implementação de medidas de governança em matéria de execuções fiscais não prescinde de medidas legislativas, especialmente se considerada que a atual legislação que rege a matéria data de 1980.

Em um cenário de crise fiscal, em que a carga tributária nacional, no ano de 2015, alcançou em 32,66% do Produto Interno Bruto (BRASIL, 2016b, p. 1), o custeio das atividades do Estado não pode prescindir, antes de se discutir aumento de tributos, da discussão sobre a eficiência com que se arrecadam as exações já instituídas.

Assim, os objetivos deste trabalho são: analisar o perfil de cobrança da Dívida Ativa no Brasil; identificar possíveis fontes de ineficiência que demandem modificação legislativa; e propor medidas legislativas, inclusive com apoio no direito comparado, para suprir esses problemas. As hipóteses levantadas consistem no comprometimento da eficiência pelos seguintes fatores: o caráter judicial da execução da Dívida Ativa e a impossibilidade de transação por não regulamentação do art. nº 171 do Código Tributário Nacional. Propõe-se que a implementação de medidas que resolvam esses óbices importará na melhora da governança e aumento da eficiência nas execuções fiscais brasileiras.

A análise do perfil da Dívida Ativa, inclusive comparativamente, já foi feita nesta introdução. A seguir, serão analisadas as hipóteses levantadas para, assim, finalizar com as propostas legislativas em sede de conclusão.

## CARÁTER JUDICIAL DA EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL

No Brasil, de acordo com a lei no 6.830/80, a cobrança coativa do crédito tributário se dá pelo processo de execução fiscal, proposto pela Fazenda Pública e impulsionado pelo Poder Judiciário. A rigor, em muito se assemelha a execução do crédito público com aquela do crédito privado, exceto pela existência de prerrogativas especiais da Fazenda Pública.

No direito comparado, é raríssimo um exemplo em que é adotado um modelo integralmente judicial como no Brasil.

Na França, a execução fiscal ocorre em âmbito administrativo. A compreensão do processo de execução fiscal na França demanda, primeiramente, esclarecer que lá existe um sistema de dualidade de jurisdição. As causas civis e comerciais entre particulares e as causas penais são julgadas por uma jurisdição judiciária,<sup>5</sup> enquanto as causas em que é parte a Administração Pública são julgadas por uma jurisdição administrativa. Esta última é formada pelos próprios órgãos da Administração Pública e tem em seu ápice o Conselho de Estado.

As causas fiscais são analisadas pela jurisdição administrativa e insindicáveis pela jurisdição judiciária. No caso da execução fiscal (*contentieux du recouvrement forcé*), Collet (2013, p.161) salienta que a Administração Fiscal não é um credor ordinário, de modo que não precisa recorrer à jurisdição judiciária para cobrar seus débitos, pois o ato de imposição fiscal é autoexecutório. Portanto, observa-se na França um procedimento de cobrança inteiramente administrativo.

O procedimento é regido por um Código de Processo Fiscal (*Livre de Procedure Fiscale - LPF*) e tramita em geral por algum dos órgãos fiscais franceses.<sup>6</sup> A cobrança amigável se dá pela emissão

---

<sup>5</sup> Aqui não se trata de redundância. "Judiciária" aqui é tratada como adjetivo referente a órgãos do Poder Judiciário francês, em contraposição aos órgãos do Poder Executivo responsáveis pela jurisdição administrativa.

<sup>6</sup> Godoy (2009, p. 137) salienta existirem três departamentos fiscais na França: *Direction Générale des Douanes et des Droits Indirects (DGDDI)*, competente para gestão de tributos aduaneiros e sobre valor agregado; *Direction de la Comptabilité Publique (DCP)*, competente para gestão de tributos diretos, como sobre a renda e sobre sociedades; *Direction Générale des Impôts (DGI)*, que gerencia as

de diversos avisos pela Administração ao contribuinte (*avis de mise en recouvrement, avis d'imposition, lettre de rappel, mise en demeure e dernier avis avant poursuites*). Apenas após a emissão do *dernier avis avant poursuites* é que são procedidos atos de constrição do patrimônio do contribuinte, realizados diretamente pelo agente fiscal responsável.

Os procedimentos podem variar a depender do tributo a ser cobrado, mas em geral é facultada uma defesa administrativa apresentada até quinze dias da notificação do ato de lançamento, com direito a recurso para órgãos administrativos superiores condicionado ao depósito recursal de 10% do valor devido.

Na Alemanha, o processo de execução fiscal é denominado *Vollstreckung* e também é inteiramente administrativo, procedendo-se no âmbito da administração tributária dos Estados ou da União. É regulamentado pelo Código Fiscal (*Abgabenordnung - AO*). Lang e Tipke (2014, p. 408) destacam que a lei confere ao agente fiscal largo poder discricionário na decisão sobre a extensão e o objeto sobre o qual recairá a execução.

Por força desse poder discricionário conferido às chamadas autoridades executoras (*Vollziehungsbeamte*), é possível o controle de seus atos tendo como parâmetro o princípio da proporcionalidade, o qual veda a proibição de excesso nos atos administrativos.

Curioso notar que o procedimento alemão de execução administrativa não é usado apenas para cobrança de valores em dinheiro, mas também para a exigência de prestações de fazer ou não fazer (§ 328 a 335 do AO). Nessas hipóteses, a Administração pode aplicar multas, determinar a execução subsidiária da prestação por terceiro ou coagir diretamente o devedor.

A defesa do contribuinte está baseada no sistema denominado dupla correção (LANG; TIPKE, 2014, p. 415), segundo o qual

---

demais exigências tributárias. Cabe salientar que posteriormente a DCP e a DGI foram fundidas pelo Decreto nº 310, de 3 de abril de 2008, para formar a *Direction Générale de Finances Publiques (DGFIP)*.

é possível a defesa tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial. O processo administrativo fiscal alemão, no qual exercida a defesa administrativa, tem três peculiaridades em relação ao processo judicial (LANG; TIPKE, 2014, p. 456): decisão vinculada a dispositivos administrativos; ausência de adstrição ao pedido recursal (avalia-se integralmente a legalidade do caso); configuração da defesa inicial como mero impulso, sendo a decisão final de interesse público. O processo administrativo não se destina exclusivamente à proteção jurídica individual do contribuinte, mas também ao autocontrole da Administração e ao desencargo dos tribunais fiscais.

Além da defesa no âmbito da própria administração, o contribuinte pode impugnar atos perante um ramo especial da justiça administrativa alemã:<sup>7</sup> a Justiça Fiscal. Esta é formada por tribunais fiscais federais e estaduais na primeira instância e tem como órgão de cúpula o Tribunal Fiscal Federal (*Bundesfinanzhof* - BFH). A impugnação utilizada como defesa em execuções fiscais em geral é a ação declaratória positiva ou negativa de relação jurídica e a ação anulatória de ato administrativo, ambas previstas no § 41 da Lei dos Tribunais Fiscais (*Finanzgerichtsordnung* - FGO), ou seja, uma ação de conhecimento.

Também nos EUA a execução fiscal se dá, via de regra, pela via administrativa (*tax collection procedure*). O fisco norte-americano (*Internal Revenue Service* - IRS, no âmbito federal) somente recorre à via judicial na hipótese de concurso de credores, por um procedimento semelhante à falência, denominado *foreclosure action*, proposto perante a justiça federal (*District Courts*).

Os servidores do IRS responsáveis pela cobrança têm altíssimo grau de poder e discricionariedade, assistindo-lhes as prerrogativas de cobrar, penhorar, levar a leilão bens e até mesmo dar descontos e parcelar débitos (MELDMAN; SIDEMAN, 1998, p. 307). Sempre há uma avaliação por parte dos servidores sobre o potencial de sucesso de uma cobrança, não sendo aceitável

---

<sup>7</sup> Embora na Alemanha se fale de justiça administrativa, formada por tribunais administrativos e não judiciais, tais órgãos são independentes do Poder Executivo. Nesse sentido, o § 1º da FGO.

disperdiçar esforços com cobranças infrutíferas. Segundo Godoy (2009, p. 120), a amplitude da discricionariedade dos servidores do fisco norte-americano se deve ao pragmatismo inerente à cultura daquele país.

Nos EUA, inclusive, vige uma cultura de conformidade tributária voluntária (*voluntary compliance*), devida à noção de que o pagamento do tributo não é um ônus indesejável, mas um dever inerente à cidadania. Daí também a amplitude dos poderes do fisco na cobrança coativa de tributos: aquele que não paga o que deve tem sobre si não apenas uma carga financeira, mas um severo desvalor moral. Soma-se a isso, por fim, uma legislação penal bastante severa com os sonegadores fiscais.

Via de regra, a defesa ante os atos do IRS se dá em âmbito administrativo, embora seja possível o questionamento judicial dos atos do fisco. As defesas em geral envolvem a questão sobre o devido processo administrativo.

No México, a execução fiscal é desenvolvida com base no art. nº 145 e seguintes do Código Fiscal. Esse dispositivo já deixa bastante claro que o processo de execução fiscal mexicano tem natureza administrativa, sendo desnecessária a intervenção judicial para a penhora de bens e até mesmo para sua alienação.

A execução é desenvolvida por um servidor público chamado executor (*ejecutor*), designado pelo chefe do departamento de cobrança do domicílio do devedor (art. nº 152). Cabe salientar que, em âmbito federal, o órgão responsável pela cobrança é o Serviço de Administração Tributária (SAT) da Secretaria de Fazenda e Crédito Público (SHCP).

Existe hipótese de suspensão<sup>8</sup> da cobrança na hipótese em que seu custo não seja compensado pelo valor a arrecadar (art. nº 146-A). Também há hipóteses de suspensão devida a concurso mercantil (art. nº 146-B) e a créditos considerados incobráveis (art. nº 191).

---

<sup>8</sup> Embora a literalidade da norma fale em “cancelamento” da cobrança, o próprio CFM dispõe que o cancelamento da cobrança não libera o contribuinte do pagamento. Assim, Godoy entende que quando a referência a “cancelamento” na verdade diz respeito a suspensão da cobrança (2009, p. 37).

A defesa do contribuinte pode se dar perante as próximas autoridades fiscais, mediante impugnação,<sup>9</sup> e perante ações dirigidas à justiça administrativa mexicana.<sup>10</sup>

Há modelos que podem ser definidos como semijudiciais. É o caso do Código Tributário do Chile, em seu Título V. A cobrança é iniciada por notificação de um agente fiscal da Tesouraria-Geral da República, o qual dispõe de competência inclusive para efetivar penhora em dinheiro ou bens.

A judicialização ocorre quando o contribuinte oferece impugnação à cobrança. Feita essa impugnação, caso não acatada pelo agente fiscal, é remetida para apreciação de um órgão de advocacia pública denominado *Abogado Provincial*. Após realizar um exame de admissibilidade formal, cabe ao *Abogado Provincial* remeter a impugnação para decisão pelo órgão judicial denominado *Tribunal Ordinario*.

O Código chileno autoriza as autoridades fiscais a deixar de efetuar cobranças consideradas ineficientes, ou seja, cujo montante a arrecadar não justifique o montante dispendido na cobrança.

Há quem diga, como Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2009, p. 105-106), que também o modelo argentino pode ser considerado semijudicial. Na Argentina, o processo de execução fiscal é regulamentado pelo decreto nº 821, de 13 de julho de 1998, o qual aprova o conteúdo da lei nº 11.683, de 1978. No país, a execução fiscal tramita perante órgão administrativo, qual seja, a Administração Federal de Ingressos Públicos (AFIP). Ainda no âmbito administrativo, existe o Tribunal Fiscal com competência recursal e originária.

Godoy (2009, p. 113) esclarece que o agente fiscal, com competências para produzir provas, inquirir testemunhas, requisitar documentos e efetuar penhora, propõe perante outro órgão a

---

9 Art. nº 40 e nº 41 da Lei Federal de Processo Administrativo.

10 O art. nº 73, inciso XXIX, da Constituição Mexicana de 1917 prevê a existência de uma Justiça Fiscal e Administrativa.

execução fiscal. Esse órgão perante o qual o pedido é proposto é também componente da Administração Tributária, sendo o Tribunal Fiscal instância recursal.

O contribuinte, em regra, se defende mediante impugnações dirigidas à autoridade administrativa julgadora. Existe a possibilidade de judicialização do procedimento por iniciativa do contribuinte, em ação que questione a juridicidade de atos das autoridades fiscais.

Contudo, neste trabalho não se concorda com a afirmação de que o processo argentino seria semijudicial. Ao contrário do Chile, em que a execução tem natureza administrativa e a defesa tem natureza judicial (quando não acatada pela autoridade administrativa e pela advocacia pública), na Argentina a defesa típica tem também natureza administrativa, inclusive por ser de competência de um Tribunal Fiscal existente no âmbito do Executivo.

O questionamento judicial das decisões fiscais tem natureza de verdadeira exceção, não sendo cabível considerar o modelo como semijudicial. Nesse aspecto, o modelo argentino é bastante semelhante ao alemão.

Como se pode notar, o exemplo brasileiro, em que a integralidade da cobrança coativa ocorre pelo veículo judicial, é bastante distinto das demais experiências internacionais. Neste ponto, deve se indagar se esse modelo integralmente judicial é de fato eficiente.

Em termos de arrecadação, já se viu que o México e os EUA, que têm um modelo totalmente administrativo, e o Chile, que tem um modelo semijudicial, apresentam índices de arrecadação maiores que o Brasil, em relação ao estoque. Embora outros fatores possam influenciar esse desempenho, há segurança para concluir que o modelo judicial brasileiro apresenta menor eficiência do que os sistemas administrativos ou semijudiciais de direito comparado.

Ainda assim uma conclusão segura dessa afirmação pode também ser alcançada pela análise da evolução processual da execução fiscal judicial no Brasil.

No âmbito das execuções fiscais movidas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), observa-se uma duração médias de 8 anos, 2 meses e 9 dias de tramitação (informação verbal).<sup>11</sup> Considerando que o processo administrativo fiscal tem duração média de 8 anos (informação verbal),<sup>12</sup> pode se considerar que entre o lançamento e a satisfação da execução pode haver cerca de 16 anos de intervalo.

Na Justiça Federal de primeira instância, as execuções fiscais representam 54% do estoque total de processos (BRASIL, 2016a, p. 238). O índice de congestionamento das execuções fiscais é de 94%.<sup>13</sup>

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) calculou em 2011 no montante de R\$ 5.606,67 o custo médio de uma execução fiscal na Justiça Federal Brasileira (CUNHA; KLIN; PESSOA, 2011). Esse valor atualizado pelo IPCA-E chega a R\$ 7.997,19 em 2017.

Apenas 15% das execuções fiscais chegam a penhorar dinheiro ou bens. Esse reduzido montante se deve tanto a dificuldades em localizar e citar o devedor quanto na localização de bens penhoráveis<sup>14</sup>. Ainda, somente 2,6% das execuções fiscais chegam a proceder leilões de bens penhorados e meramente 0,2% chegam a um leilão exitoso.

---

11 Informação fornecida pela Diretora de Gestão da Dívida Ativa (DGDAU) da PGFN, Anelize Renzi Ruas de Almeida, em reunião da Comissão Especial para apreciação do Projeto de Lei 2412/07 da Câmara dos Deputados, em 21 de maio de 2015.

12 Informação do Presidente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, Carlos Alberto Freitas Barreto, em audiência da Comissão Parlamentar de Inquérito do CARF realizada em 17 de março de 2016.

13 A taxa de congestionamento mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base. Isso significa dizer que apenas 6% dos processos de execução fiscal são baixados por ano, ou seja, têm alguma espécie de resolução que encerre o processo. Os outros 94% passam a compor o estoque de processos do Poder Judiciário. Cada um desses processos que permanece nas varas judiciais demorará cerca de 8 anos para ser baixado, conforme já discutido a respeito da duração do processo de execução. Isso contribui para a morosidade da Justiça em razão do aumento exponencial do estoque a cada ano.

14 Todos esses dados sobre a evolução da execução fiscal em âmbito federal também foram fornecidas pela DGDAU da PGFN, Anelize Almeida, na audiência já citada.

A defesa do contribuinte na execução fiscal também se mostra incipiente. Apenas 4,4% das execuções fiscais apresentam exceções de pré-executividade (defesa preliminar), sendo que apenas 7,4% dessas defesas são acolhidas. Apenas 6,4% dos executados apresentam embargos, sendo 20,2% julgados procedentes. O total de defesas procedentes na execução fiscal, abrangendo exceções de pré-executividade e embargos, se limita a 1,6% do estoque de execuções ajuizadas.

Segundo o IPEA (CUNHA; KLIN; PESSOA, 2011, p. 7) as principais causas de extinção das execuções fiscais são: prescrição e decadência, 36,8%; pagamento do débito, 25,8%; cancelamento da inscrição ou do débito, 18,8%; remissão do débito, 13%.

Chama bastante atenção que um terço das execuções fiscais federais sejam extintas em razão de prescrição ou decadência. Nesses casos, houve uma movimentação de diversos órgãos estatais, gastando recursos do orçamento, para se chegar meramente à extinção do processo sem qualquer ganho financeiro à União.

Embora os dados da PGFN sejam úteis para definir o perfil da dívida da União, cabe salientar que a sobrecarga de execuções no Poder Judiciário tem ainda outras causas. Segundo o IPEA (CUNHA; KLIN; PESSOA, 2011, p. 4), a PGFN é responsável por 50,3% das execuções fiscais movidas na Justiça Federal. Outras 8,9% são movidas pela Procuradoria-Geral Federal, representando os créditos de autarquias e fundações públicas federais. Do estoque da Justiça Federal em 2011, 36,4% das execuções fiscais eram movidas pelos conselhos de fiscalização profissional.<sup>15</sup>

Na Justiça Estadual, as execuções fiscais correspondem a 42% do estoque total de processos e 79% das execuções em geral (BRASIL, 2016a, p. 119). Embora não haja dados tão detalhados

---

15 Embora à míngua de dados mais atualizados não se possa afirmar com certeza, é provável que a participação dos conselhos no estoque da Justiça Federal tenha sido reduzida. Isso porque a Lei nº 12.514, de 2011, proibiu que os conselhos ajuizassem execuções de valor inferior a 4 anuidades

para execuções fiscais de Estados e Municípios quanto há na União, pode-se utilizar o caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo como um exemplo do quadro geral (informação verbal).<sup>16</sup>

O Poder Judiciário paulista tem 11.650 milhões de execuções fiscais em curso, sendo 409 mil federais, 1.129 milhões do Estado de São Paulo e 10.111 milhões dos Municípios paulistas. A despesa com execuções fiscais chega a R\$ 4.765 bilhões. A taxa de congestionamento das execuções no TJSP é de 90%.<sup>17</sup>

Como se vê, é elevadíssimo o número de execuções fiscais infrutíferas na Justiça Estadual, considerado o índice de congestionamento.

A taxa de recuperação de créditos pela Fazenda Estadual de São Paulo foi de 0,2% em 2014. Assim como no caso da União, a utilização do protesto extrajudicial da CDA se mostrou elevadamente eficiente no recebimento de créditos de IPVA e ICMS, chegando a 16% de recuperação.

Frente a essas informações, pode-se chegar à conclusão de que o modelo judicial de execução fiscal no Brasil não leva a resultados satisfatórios, conforme se viu da experiência comparada. Além disso, se mostra bastante moroso e acaba gerando elevado congestionamento do Poder Judiciário. Na medida em que a Justiça tem que se debruçar em processos estatais de cobrança, deixa de cumprir sua função primordial: resolver conflitos de interesse.

O modelo judicial, afora sua ineficiência, se mostra deficiente em diversas formas. Note-se que uma execução fiscal judicial envolve no mínimo três autoridades públicas: o auditor fiscal, o qual constitui o crédito tributário, um advogado público, que o

---

<sup>16</sup> Dados fornecidos pelo Desembargador José Renato Nalini, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em audiência na Comissão Especial da Câmara dos Deputados para apreciação do PL 2412/2007, em 10 de junho de 2015.

<sup>17</sup> A média nacional da Justiça Estadual é um congestionamento de 92% (BRASIL, 2016a, p. 119).

executa, e um magistrado, que rege a execução. O trâmite entre essas três autoridades naturalmente atrasa o processo, além de que gera uma elevada redundância de autoridades públicas atuando de forma conjunta em uma mesma atividade. Essa redundância tem consequências orçamentárias, pois a execução fiscal se torna custo administrativo de três órgãos públicos diversos.

Tanto o auditor fiscal quanto o advogado público têm comprometimento funcional com a legalidade. A atividade do juiz deveria se subsimir à resolução de conflitos de interesse suscitados pelo contribuinte, ou seja, por pessoa que entenda ter seus direitos subjetivos violados pela atividade estatal. A integralidade dos modelos internacionais aqui analisados parte dessa premissa.

Destaque-se que o Modelo de Código Tributário do Centro Interamericano de Administrações Tributárias (CIAT) adota expressamente a execução fiscal administrativa em seu art. nº 134 (CIAT, 2015, p. 139).

Para uma melhor governança da execução fiscal no Brasil, portanto, sugere-se um modelo semelhante ao chileno: uma execução fiscal movida no âmbito da própria Administração Tributária, a quem caberiam todos os atos de busca de bens, penhora e expropriação, sendo judicializada apenas quando houver impugnação do contribuinte à conduta do órgão exequente. Assim, mantém-se no Poder Judiciário sua função primordial: compor conflitos de interesse, inclusive entre o Estado e o cidadão. Considerando que apenas 10,8% dos executados apresentam defesa no âmbito da execução, essa medida tem o potencial de retirar do Poder Judiciário Federal quase 90% dos processos movidos pela PGFN.

Não se vislumbra óbice constitucional a essa medida. Trata-se, na verdade, de se atribuir auto-executoriedade às decisões da Administração Tributária. Esse atributo já é identificado em diversas outras espécies de ato administrativo.<sup>18</sup> O que importa, do ponto de vista constitucional, é a garantia, em âmbito administrativo, do

---

<sup>18</sup> Para Celso Bandeira de Mello (2008, p. 414-415), um ato administrativo terá caráter auto-executório quando a lei o prever expressamente ou quando esse atributo é imprescindível à eficaz garantia do interesse público tutelado.

devido processo legal e da ampla defesa, além da possibilidade de acionamento do Poder Judiciário ante lesão ou ameaça a direito do executado.

## **TRANSAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

A transação em matéria tributária tem previsão no texto original do Código Tributário Nacional. Contudo, ao menos em âmbito federal, nunca foi editada uma norma que regulamentasse o instituto em âmbito federal.

Segundo o art. nº 840 do Código Civil, a transação é uma forma de se prevenir ou encerrar um litígio mediante concessões mútuas das partes. Já o CTN, em seu art. nº 171, adota conceito semelhante, ao facultar, nos termos da lei, a “determinação”<sup>19</sup> de litígio que extinga o crédito tributário mediante concessões mútuas.

A transação em matéria tributária envolve a concessão de certa discricionariedade aos agentes de cobrança da Administração Tributária para avaliar a vantagem econômico-financeira de sua celebração. Contudo, os parâmetros de análise dessa discricionariedade devem estar previstos em lei.

A doutrina aponta situações em que seria particularmente cabível a celebração de transação em matéria tributária. Leandro Paulsen (2011, p. 1.251) salienta ser a transação especialmente cabível nas hipóteses de dúvida em matéria de fato e a concessão de descontos para o pagamento de dívidas até determinado prazo. Aliomar Baleeiro (1999, p. 105), por sua vez, entende que seria bastante vantajosa a transação em matéria de contribuições de melhoria, situação na qual a Administração Tributária, munida dos direitos de prelação e preempção, poderia adquirir o imóvel do contribuinte por valor menor do que aquele que seria cobrado em eventual oposição judicial.

---

<sup>19</sup> Nesse ponto, o CTN utiliza com certa impropriedade o verbo “determinar” no lugar do verbo “terminar”. O que importa salientar é que a transação em matéria tributária, ao contrário da matéria civil, não pode ter caráter preventivo do litígio. Este deve estar instalado para permitir o manejo do instituto da transação.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de, deparando-se com a lei gaúcha que permitia a transação em matéria tributária naquele Estado.<sup>20</sup> Na oportunidade, arguiu-se que a transação violava o art. nº 150, § 6º,<sup>21</sup> e 155, § 2º, XII,<sup>22</sup> da Carta da República. A Suprema Corte entendeu que a transação tributária não consiste em benefício fiscal, de modo que são inaplicáveis os dispositivos arguidos. Assim, há vestígio na jurisprudência do Supremo de que a transação tributária é compatível com a Constituição Federal.

Há experiências de sucesso no direito comparado sobre a utilização de meios semelhantes à transação para cobrança do crédito tributário.

Nos EUA, as possibilidades de *installment agreements* (acordos para pagamento) são amplas no caso de dívidas inferiores a US\$ 10 mil e podem ser firmadas pelo próprio agente de cobrança com o contribuinte (EUA, 2016, item 5.14.1.1). O agente de cobrança leva em consideração a capacidade efetiva de pagamento do contribuinte para firmar os termos do acordo, que em geral envolvem o parcelamento da dívida.

Os *installment agreements* exigem o pagamento total da dívida, somada a taxas, penalidades e juros de mora. Isso é uma forma de estimular o cumprimento voluntário e à vista das obrigações tributárias. Na prática, os *installment agreements* consistem em parcelamentos requeridos pelo contribuinte e autorizados pelo *Internal Revenue Service (IRS)*, órgão do Fisco norte-americano.

---

20 ADI 2405 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 17-02-2006 PP-00054 EMENT VOL-02221-01 PP-00071 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 14-56.

21 "Art. 150 [...] § 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, § 2º, XII, g."

22 "Art. 155 [...] § 2º O imposto previsto no inciso II [ICMS] atenderá ao seguinte: [...] XII - cabe à lei complementar: [...] g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados."

Outra forma de acordo é o *offer-in-compromise* (OIC), pelo qual o IRS perdoa parte do débito devido por contribuintes que demonstrem a impossibilidade concreta de pagá-lo (OEI, 2012, p. 1.074). O contribuinte deve preencher certos requisitos, mas o IRS é dotado de discricionariedade para aceitar ou não a proposta de OIC oferecida pelo contribuinte. Um dos requisitos é que o contribuinte deve se comprometer com a conformidade voluntária futura em suas obrigações tributárias.

Os objetivos para o programa OIC são (OEI, 2012, p. 1.078): efetivar a arrecadação de tributos na medida em que razoavelmente seria possível no menor período de tempo possível; alcançar uma solução que atenda o interesse de todas as partes envolvidas; promover um “novo começo” (*fresh start*) ao contribuinte que comece pela conformidade voluntária de suas obrigações tributárias; assegurar a coleta de tributos que não seria arrecadados de outra forma.

Para ser aceita uma proposta de OIC, há uma avaliação do IRS sobre o potencial razoável de arrecadação (*reasonable collection potential - RCP*) daquele contribuinte. O RCP é definido como o montante que pode ser arrecadado de certo contribuinte levando em conta todos os meios existentes, seja administrativos ou judiciais. Leva-se em consideração: as despesas do contribuinte com a subsistência de sua família; o total arrecadável em face dos bens existentes do contribuinte; a expectativa de renda futura do contribuinte; o montante arrecadável de terceiros; a existência de bens que por alguma razão não poderão ser alcançados pelo IRS, como bens situados no exterior.

Interessante notar que o OIC às vezes pode se mostrar mais eficiente do que a cobrança coativa. Em 2007, para cada dólar cobrado, o IRS arrecadou 17 centavos em um acordo de OIC e apenas 13 centavos em cobrança coativa (OEI, 2012, p. 1.084).

O poder discricionário do Fisco norte-americano é contrabalançado pela existência de um Serviço de Advocacia do Contribuinte (*Taxpayer Advocate Service - TAS*), dirigido pelo Advogado Nacional do Contribuinte (*National Taxpayer's Advocate - NTA*). Trata-se de um setor específico do IRS que atua analisando a conduta dos agentes fiscais, identificando abusos, problemas e ineficiências e reportando essa situação ao Congresso norte-americano. O TAS também recebe reclamações de contribuintes sobre a conduta do IRS.

Métodos de composição consensual – como os *installment agreements* e os OIC – têm desempenhado relevante papel na cobrança de débitos pelo fisco norte-americano, com a consequente redução de penhoras e arrestos<sup>23</sup> (*levies e liens*). Entre 2010 e 2014, a receita total de cobranças cresceu 14%, enquanto o número de penhoras foi reduzido em 45% e o de arrestos, em 51%. Os *installment agreements*, nesse mesmo período, cresceram 25% (EUA, 2015).

Há indícios estatísticos, portanto, para se concluir que a utilização de métodos consensuais de cobrança nos EUA aumentaram a arrecadação fiscal federal.

Como se pode notar, o IRS, embora detentor de diversas prerrogativas administrativas e discricionariedade decisória, tem alcançado melhores resultados de arrecadação anualmente não em virtude de cobrança efetivamente coativa, mas sim mediante acordos com os contribuintes devedores.

No Brasil, ao invés de utilizar-se mecanismos de transação tributária, têm sido utilizados pela União, para receber de forma amigável seus créditos, os chamados parcelamentos especiais. Os parcelamentos especiais são aqueles com regras excepcionais àquelas normalmente previstas institucionalmente na lei do parcelamento ordinária (lei nº 10.522/03). Podem ser citados como exemplos o Programa de Recuperação Fiscal (Refis, lei nº

---

23 O conceito de *lien* na legislação americana diz respeito a uma "pré-penhora", o que decidimos classificar como equivalente ao arresto no direito brasileiro, ou seja, instituto de natureza cautelar.

9.964/2000), Parcelamento Especial (Paes, lei nº 10.684/2003), Parcelamento Excepcional (Paex, Medida Provisória nº 303/2006) e Refis da Crise<sup>24</sup> (lei nº 11.941/009).

Um estudo da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) sobre a eficácia dos parcelamentos no incremento de arrecadação (BRASIL, 2016c) concluiu que a concessão reiterada de parcelamentos sob condições especiais, embora promova um aumento de arrecadação momentânea, criou uma acomodação nos contribuintes, no sentido de desestimular o cumprimento de obrigações tributárias nos prazos normais. Os contribuintes, por assim dizer, ficaram “esperando” o próximo parcelamento especial.

Segundo a RFB, o desestímulo ao cumprimento voluntário de obrigações ocorre em especial na expectativa de abertura de novo parcelamento. A expectativa reduz em 5,8% o incremento esperado da arrecadação induzida para as empresas que optam pelo parcelamento, comparando com as que não optam.

Após a opção, o “efeito colateral” acarreta um decréscimo estimado de 1,5% no incremento esperado da arrecadação induzida. Estima-se, portanto, que R\$ 18,6 bilhões deixaram de ser arrecadados de obrigações tributárias correntes por ano em decorrência da publicação de parcelamentos especiais.

Entretanto, há de se observar também a questão da perspectiva dos contribuintes. De fato, o parcelamento ordinário da lei nº 10.522/2003 permite o pagamento em até 60 meses, no caso da maioria dos contribuintes, e até 84 meses, para as sociedades empresárias em recuperação judicial. Ocorre que, em muitos casos práticos, as empresas não têm capacidade econômica para pagar parcelas desse montante.

Nesses casos, a inflexibilidade da regra legal de parcelamento ordinário pode impedir tanto a recuperação econômica da empresa quanto o recolhimento do crédito tributário.

---

24 Este parcelamento foi reaberto quatro vezes após a edição da lei original.

Da experiência norte-americana, vê-se o sucesso de dar certo nível de discricionariedade aos agentes fiscais para, nos limites da lei e da capacidade de pagamento do contribuinte, realizar transações que facilitem o pagamento. Essa medida resulta em um recolhimento mais ágil e barato das obrigações fiscais. Não bastasse isso, essa política permite o chamado "*fresh start*", ou seja, a manutenção da fonte produtora de empregos e renda tributária, que é a empresa.

Além disso, o fato de regimes como os *installment agreements* e os OIC serem perenes, não excepcionais, reduz o efeito de desestímulo ao recolhimento voluntário de obrigações fiscais.

Entende-se aqui, portanto, que a regulamentação legal do art. nº 171 do CTN, estabelecendo um marco regulatório da transação em matéria tributária, tende a resultar em um aprimoramento na governança das execuções fiscais no Brasil, especialmente se associada a outras medidas.

Uma dessas medidas é a necessidade de avaliação do potencial arrecadatório de determinado crédito. Esse potencial, em paralelo com o conceito de RCP no direito norte-americano federal, envolve a avaliação da capacidade de pagamento do contribuinte, bem como da possibilidade de execução eficaz sobre seu patrimônio. É, por assim dizer, classificar os créditos tributários de acordo com a probabilidade de sucesso na execução. Créditos devidos por empresas de CNPJ baixado ou falidas, por exemplo, devem ser associados a baixo potencial de arrecadação. Já créditos garantidos por penhora ou depósito, devem ter máxima prioridade, ante a probabilidade de sucesso. Créditos em que haja indícios de delitos tributários, falsidade ideológica ou operações de evasão fiscal ilícita também devem receber prioridade.

Tanto a possibilidade de acordos em matéria tributária quanto a desjudicialização do procedimento demandam uma nova abordagem em matéria de controle interno e externo do

processo de cobrança. Logo, vê-se o quanto as medidas sugeridas aumentam os poderes e a discricionariedade das autoridades da Administração Tributária. Em um regime republicano e democrático, como é de se esperar, o aumento do poder demanda o aumento do controle seu detentor.

No âmbito do controle interno, há de se destacar o papel fiscalizador de órgãos como a Corregedoria da Receita Federal, a Corregedoria da Advocacia da União e o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (CGU). Caberá a esses órgãos estabelecer diretrizes e parâmetros para análise da eficiência e juridicidade das atividades dos agentes de cobrança.<sup>25</sup>

Do ponto de vista do controle externo, é preciso considerar que este deve passar do mero exame de legalidade dos atos administrativos e avançar de fato sobre os critérios de legitimidade e economicidade. Noutros termos, o controle externo da atividade de cobrança deve ser dar em afetação ao conceito de *accountability*, ou seja, a extrapolação do exame de legalidade para abranger aspectos de eficiência na política pública (CONSENTINO, 2014, p. 118-119).

Assim, o controle externo da atividade de cobrança deve avançar por critérios de eficiência na cobrança de tributos, passando do mero aspecto punitivo. O estabelecimento de parâmetros e metas de arrecadação pelo governo permite aos órgãos de controle externo fazer uma avaliação de desempenho e detectar bolsões de ineficiência. É uma experiência utilizada pela Corte de Contas francesa, por exemplo.

Um relatório de 2016 da Corte de Contas da França analisou a eficiência da política da cobrança coativa de tributos pelo Fisco (FRANÇA, 2016, p. 382). O relatório aponta quedas substanciais na execução fiscal entre 2014 e 2016, chegando a um índice de apenas 23%, considerado baixo pelo órgão fiscalizador.

---

<sup>25</sup> Cabe salientar que a CGU vem realizando atividades de controle sobre a atividade arrecadatória federal. Exemplo dessas atividades é a Auditoria no 201601522, na qual a CGU constatou reflexos negativos na arrecadação e na Administração Tributária Federal em decorrência dos reiterados programas de parcelamentos especiais (BRASIL, 2016c, p.8).

A Corte de Contas (FRANÇA, 2016 p. 381) apontou três razões para essa queda substancial: execuções dirigidas a pessoas jurídicas em procedimento de liquidação judicial (falência); suspensão de execuções por defesas administrativas; e descontos nas cobranças conferidos pela própria Administração Tributária. Tal avaliação somente é possível com o estabelecimento de metas de arrecadação e avaliação posterior do desempenho arrecadatário pelos órgãos de controle.

Outra abordagem que deve ser salientada é a abertura de canais institucionais nos órgãos de controle interno para a participação social dos contribuinte. O controle social é aquele exercido pela própria sociedade civil, seja por organizações, seja pelo cidadão individualmente considerado, manifestado em participação em audiências públicas, órgãos colegiados ou mediante instrumentos legais de intervenção.

O TAS nos EUA é um órgão de controle interno da IRS, mas tem forte papel de canal de comunicação com o contribuinte, podendo ser apontado como um exemplo positivo do que aqui se busca.

Com efeito, se for combinado o aumento da discricionariedade dos agentes de cobrança, especialmente mediante regulamentação da transação em matéria tributária, com a avaliação do potencial de cobrança e aprimoramento do controle interno e externo sobre a atividade exacional, este trabalho conclui por uma tendência de melhora nos índices de arrecadação e eficiência na execução fiscal brasileira.

## **CONCLUSÕES**

Neste trabalho, buscou-se inicialmente traçar um perfil da cobrança da Dívida Ativa no Brasil, tanto da União quanto de Estados, Distrito Federal e Municípios. Feita essa análise, concluiu-se preliminarmente pela ineficiência do processo de execução fiscal como hoje praticado: além de arrecadar parcela ínfima do estoque, inclusive em comparação a outros países, lota de processos infrutíferos o Poder Judiciário, desviando-o de tarefas constitucionalmente atribuídas.

Como hipóteses das razões desse quadro, foram apontados o caráter judicial da execução fiscal e a impossibilidade de transação pelas autoridades fiscais. Com dados de experiências comparadas, viu-se que países com modelos extrajudiciais de cobrança e possibilidade de acordos em matéria tributária têm modelos mais eficientes. As hipóteses formuladas, portanto, foram consideradas corretas.

Em razão disso, propôs-se a reforma legislativa do sistema brasileiro para inserir no Brasil a cobrança administrativa de créditos tributários e a transação tributária.

Na Câmara dos Deputados, tramita, com Comissão Especial formada, o projeto de lei nº 2.412/2007, de autoria do deputado Régis de Oliveira, que modifica o regime de execução fiscal no Brasil para transformá-lo em modelo de execução administrativa. A esse projeto, foram oferecidos três substitutivos do Poder Executivo, numerados 5.080/2009, 5.081/2009 e 5.082/2009, os quais dispõem, respectivamente, sobre a cobrança administrativa da dívida ativa, do oferecimento de garantias na cobrança e sobre a transação em matéria tributária.

Também se recomendou, como mecanismo de diversificação dos mecanismos de cobrança em execução fiscal, a regulamentação da transação em matéria tributária, já prevista no Código Tributário Nacional. A ideia, inspirada no modelo dos *installment agreements* e OIC norte-americanos, é permitir ao fisco arrecadar o máximo valor possível, dadas as circunstâncias do contribuinte, em um período razoável, bem com evitar uma degradação elevada da base tributária nacional em razão da inviabilização fiscal de empreendimentos.

O PL 5.082/2009, do Poder Executivo, em trâmite da Câmara dos Deputados, regulamenta a transação em matéria tributária.

As sugestões apresentadas no presente trabalho são limitadas pelo corte temático realizado, de modo que não são de forma alguma incompatíveis com outras sugestões de

aprimoramento do modelo tributário brasileiro. Contudo, as informações coligidas no trabalho conduzem a uma conclusão segura sobre o efeito positivo das medidas propostas.

FONTES (tabela 3):

DF: SEFAZ/DF. Balanço Geral 2015. Prestação de Contas Anual do Governador.  
Disponível em: [http://static.fazenda.df.gov.br/arquivos/BALANCO\\_GERAL\\_2015.pdf](http://static.fazenda.df.gov.br/arquivos/BALANCO_GERAL_2015.pdf)  
Acesso em: 29/11/2016

GO: SEFAZ/GO. Comparativo dos Balanços Patrimoniais.  
Disponível em: [http://aplicacao.sefaz.go.gov.br/cd\\_balanco\\_geral/9998%20COMP.%20BAL.%20PATRI-MONIAIS.pdf](http://aplicacao.sefaz.go.gov.br/cd_balanco_geral/9998%20COMP.%20BAL.%20PATRI-MONIAIS.pdf)  
Acesso em: 29/11/2016

MS: TCE/MS. Contas anuais do governo do Estado de Mato Grosso do Sul. Exercício financeiro de 2014 e 2015.  
Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/portal/admin/uploads/Integra%20do%20do%20Relatorio%20Voto.pdf>  
Acesso em: 29/11/2016

MT: Ministério Público de Contas. Tribunal de Contas Mato Grosso. Contas Anuais de Governo - Exercício de 2015.  
Disponível em: [file:///C:/Users/p\\_7805/Downloads/PARECER\\_DO\\_MINISTERIO\\_PUBLICO\\_DE\\_CON-TAS\\_23396\\_2015\\_01.pdf](file:///C:/Users/p_7805/Downloads/PARECER_DO_MINISTERIO_PUBLICO_DE_CON-TAS_23396_2015_01.pdf)  
Acesso em: 29/11/2016

AL: SEFAZ/AL. Balanço Geral do Estado de Alagoas. Exercício 2015.  
Disponível em: <http://www.sefaz.al.gov.br/financas.php>.  
Acesso em: 29/11/2016

BA: Governo da Bahia. Demonstrações contábeis consolidadas do Estado. Exercício 2015.  
Disponível em: [http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/contas/balanco\\_anual/balancogeral\\_2015.pdf](http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/contas/balanco_anual/balancogeral_2015.pdf)  
Acesso em: 29/11/2016

CE: SEFAZ/CE. Balanço Geral. Relatório Contábil. 2015.  
Disponível em: [http://www.sefaz.ce.gov.br/Content/aplicacao/internet/financas\\_publicas/balanco\\_geral/bge\\_2015.pdf](http://www.sefaz.ce.gov.br/Content/aplicacao/internet/financas_publicas/balanco_geral/bge_2015.pdf)  
Acesso em: 29/11/2016

PB: Governo da Paraíba. Relatório do Balanço Geral do Estado da Paraíba. Exercício Financeiro de 2015.  
Disponível em: <http://siaf.cge.pb.gov.br/CGE/siafweb/2015/balanco/60.PDF>  
Acesso em: 29/11/2016

PE: SEFAZ/PE. Transparência. Balanços. Balanço Geral do Estado 2014 e 2015.  
Disponível em: <https://www.sefaz.pe.gov.br/Transparencia/Financas/Balancos/Forms/AllItems.aspx>  
Acesso em: 29/11/2016

PI: SEFAZ/PI. Balanço Geral do Estado do Piauí 2014 e 2015.  
Disponível em: <http://www.sefaz.pi.gov.br/index.php/transparencia/balanco-geral-do-estado>  
Acesso em: 29/11/2016

RN: CGE/RN. Balanço Geral. Balanço Geral do RN 2014 e 2015.  
Disponível em: <http://www.control.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=PASTAC&TARG=896&ACT=null&PAGE=null&PARM=null&LBL=Balan%C3%A7os>  
Acesso em: 29/11/2016

SE: SEFAZ/SE. Transparência. Relatórios Financeiros. Contas Anuais do Estado 2014 e 2015.  
Disponível em: <http://www.sefaz.se.gov.br/relatorio-financeiro#>  
Acesso em: 29/11/2016

AC: Portal do Governo do Acre. Balanço Geral do Estado. Balanço Geral 2014 e 2015.  
Disponível em: [http://www.ac.gov.br/wps/portal/acre/Acre/governo-estado/!ut/p/c5/rVdLboJAFP2W-fkC9F8RhWl6ACjglO8NoU0x2KlmJVL5-sLSNJA04d7lyXICBv1fint1Kprqeim-IIGM5I5C3MjZSkhtTtHSp-WgjhGXjmvR4SnlcOYZP7K23NHu2u2ahsCVEGWJIUMmP58fN6j47\\_4xtJ8K643vWcmNzEEZkH4MYuY-nYhKefJmDYmC3yLnzgt9bH8Ex2SEv6ar38K8lljzF8Kc-4wl92PKw-7T7gE\\_pid60\\_IIVMzXVPIbxBBR3POIvs-1JBFOrqBCsGMa096-fksXjZk1Vu9aN\\_rBS5WIGiEyKhRSvtRWYFEh1sd3h1nT3wqSIFy9gsSmwll/dl3/d3/L2dBISevZ0FBIS9nQSEh/](http://www.ac.gov.br/wps/portal/acre/Acre/governo-estado/!ut/p/c5/rVdLboJAFP2W-fkC9F8RhWl6ACjglO8NoU0x2KlmJVL5-sLSNJA04d7lyXICBv1fint1Kprqeim-IIGM5I5C3MjZSkhtTtHSp-WgjhGXjmvR4SnlcOYZP7K23NHu2u2ahsCVEGWJIUMmP58fN6j47_4xtJ8K643vWcmNzEEZkH4MYuY-nYhKefJmDYmC3yLnzgt9bH8Ex2SEv6ar38K8lljzF8Kc-4wl92PKw-7T7gE_pid60_IIVMzXVPIbxBBR3POIvs-1JBFOrqBCsGMa096-fksXjZk1Vu9aN_rBS5WIGiEyKhRSvtRWYFEh1sd3h1nT3wqSIFy9gsSmwll/dl3/d3/L2dBISevZ0FBIS9nQSEh/)  
Acesso em: 29/11/2016

AM: SEFAZ/AM. Balanço Geral do Estado do Amazonas 2014 e 2015.  
Disponível em: <http://www.sefaz.am.gov.br/subMenu.asp?categoria=73>  
Acesso em: 29/11/2016

AP: Portal da Transparência do Governo do Estado do Amapá. Orçamento. LDO 2014 e 2015. Anexo IV.  
Disponível em: [http://www.transparencia.ap.gov.br/consulta\\_estatica/4/122/orcamento/leis-de-diretrizes-orcamentarias](http://www.transparencia.ap.gov.br/consulta_estatica/4/122/orcamento/leis-de-diretrizes-orcamentarias)  
Acesso em: 30/11/2016.

PA: SEFAZ/PA. Rec. e Desp. Contab. Geral do Estado. Balanços Gerais do Estado 2014 e 2015.  
Disponível em: <http://www.sefa.pa.gov.br/index.php/receitas-despesas/contabilidade-geral/4593-balanços-gerais>  
Acesso em: 29/11/2016

RO: GEINF/CRE/SEFIN-RO. BALANÇO GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA. EXERCÍCIO DE 2015  
Disponível em: <http://www.contabilidade.ro.gov.br/data/uploads/2016/09/Balanco-Geral-do-Estado-2015-Volume-1.pdf>

RR: Portal da Transparência. CGE/RR. Orçamento. Prestação de Contas 2014 e 2015. P. 135  
Disponível em: <http://www.transparencia.rr.gov.br/orcamento/presta%C3%A7%C3%A3o-de-contas>  
Acesso em: 30/11/2016

TO: SEFAZ/TO. Prestando Contas. Haveres e Dívida Pública. Dívida Ativa.  
Disponível em: <http://www2.sefaz.to.gov.br/balanco/2015/index.html>  
Acesso em: 30/11/2016

ES: SEFAZ/ES. Balanço Geral e Relatório de Gestão 2015  
Disponível em: [http://internet.sefaz.es.gov.br/contas/contabilidade/arquivos/balancogeral/BalancoGeral2015/PRESTACAODECONTASGOVERNADOR\\_2015\\_SITE.pdf](http://internet.sefaz.es.gov.br/contas/contabilidade/arquivos/balancogeral/BalancoGeral2015/PRESTACAODECONTASGOVERNADOR_2015_SITE.pdf)  
Acesso em: 30/11/2016

MG: SEFAZ/MG. Finanças Públicas. Demonstrações Contábeis. Balanço Geral 2015  
Disponível em: [http://www.fazenda.mg.gov.br/governo/contadoria\\_geral/demonstracoes\\_contabeis/balanco\\_geral/2015/2015demonstracoescontabeispcasp.pdf](http://www.fazenda.mg.gov.br/governo/contadoria_geral/demonstracoes_contabeis/balanco_geral/2015/2015demonstracoescontabeispcasp.pdf)  
Acesso em: 29/11/2016

RJ: Contadoria Geral do Estado. SEFAZ/RJ. Demonstrações Contábeis e Notas Explicativas 2015  
Disponível em: [http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/path/Contribution%20Folders/contadoria/relatoriosContabeis/relat\\_conta\\_gestao/2015/Volume%2002/Volume%202%20-%20Contas%20de%20Gest%C3%A3o%202015%20-%20Dezembro%20-Consolidado%20-%20Com%20Assinatura.pdf?lve](http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/path/Contribution%20Folders/contadoria/relatoriosContabeis/relat_conta_gestao/2015/Volume%2002/Volume%202%20-%20Contas%20de%20Gest%C3%A3o%202015%20-%20Dezembro%20-Consolidado%20-%20Com%20Assinatura.pdf?lve)  
Acesso em: 30/11/2016

SP: SEFAZ/SP. Prestando Contas. Balanço Geral do Estado 2015.  
Disponível em: <http://www.fazenda.sp.gov.br/balanco/2015/4%20Balan%C3%A7o%20Patrimonial.pdf>  
Acesso em: 30/11/2016  
Acesso em: 28/11/2016

PR: SEFAZ/PR. Balanço Geral do Estado.  
Disponível em: [http://www.portaldatransparencia.pr.gov.br/arquivos/File/balanco2014/BALANCO\\_GERAL\\_DO\\_ESTADO\\_2014.pdf](http://www.portaldatransparencia.pr.gov.br/arquivos/File/balanco2014/BALANCO_GERAL_DO_ESTADO_2014.pdf)  
Acesso em: 30/11/2016

RS: SEFAZ/RS. Finanças Estaduais. Demonstrações Contábeis. Balanço Geral do Estado  
Disponível em: [https://www.sefaz.rs.gov.br/Site/MontaArquivo.aspx?al=L\\_bge\\_not\\_explic\\_2015](https://www.sefaz.rs.gov.br/Site/MontaArquivo.aspx?al=L_bge_not_explic_2015)  
Acesso em: 30/11/2016

SC: SEFAZ/SC. Demonstrações Contábeis. Balanço Patrimonial. Ativo Circulante.  
Disponível em: <http://www.sef.sc.gov.br/sites/default/files/Balanco%20Geral%20de%202015%20Volume%201.pdf>  
Acesso em: 29/11/2016

## Bibliografia

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2014*. Brasília: CNJ, 2016a.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. *Carga Tributária no Brasil 2015*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2016b.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. *Estudo sobre impactos dos parcelamentos especiais*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2016c.

CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRAÇÕES TRIBUTÁRIAS. *Modelo de Código Tributario del CIAT: un enfoque basado en la experiencia iberoamericana*. Cidade do Panamá, 2015.

CHILE. Tesorería General de la Republica. *Balance de gestión integral - año 2014*. Ministerio de La Hacienda, 2015.

COLLET, Martin. *Droit fiscal*. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

CONSENTINO, Leandro. O controle externo do TCU e suas funções de accountability no debate da qualidade da democracia. In: MOISÉS, José Álvaro (org.). *O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tax Advocate Service. *IRS collection performance*. 19 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://taxpayeradvocate.irs.gov/news/nta-blog-irs-collection>, acessado em 17 de junho de 2016, às 16h44min.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Internal Revenue Service. *IRS Manual*. Washington: IRS, 2016. Disponível em: <https://www.irs.gov/irm>, acessado em 28 de março de 2017, às 10h42min.

FRANÇA. Cour de Comptes. *Rapport annuel 2016*. Paris: Corte de Contas, 2016.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A execução fiscal administrativa no direito comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. *Direito tributário*. v. 3. 18. ed. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

MELDMAN, Robert E. ; SIDEMAN, Richard J. *Federal taxation: practice and procedure*. Chicago: CCH Incorporated, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MÉXICO. Serviço de Administração Tributária. *Datos abiertos del SAT*. Disponível em: [http://www.sat.gob.mx/cifras\\_sat/Paginas/inicio.html](http://www.sat.gob.mx/cifras_sat/Paginas/inicio.html) Acessado em 17 de maio de 2016, às 18h.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário na Constituição e no Código Tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.



## **MATHEUS PASSOS SILVA**

Bacharel, mestre em ciência política pela Universidade de Brasília, com especialização em direito eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, e doutorando em direito constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É investigador voluntário do Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, pesquisador da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior e professor do Centro Universitário UniProjeção (Brasília/DF).

## **EM BUSCA DE MAIOR REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA NO BRASIL: A LISTA PARTIDÁRIA FECHADA**

O estágio atual do chamado *Estado democrático de direito* pressupõe, como a própria nomenclatura indica, a existência da *democracia* como elemento fundamentador de sua estrutura interna e de seu modo de funcionamento. Significa dizer, por outras palavras, que um sistema político-jurídico se caracteriza como democrático se seus governantes máximos forem eleitos com base em critérios democráticos, por um lado, e, por outro, se as decisões tomadas por tais governantes seguirem padrões também considerados como democráticos.

Nessa perspectiva, o Estado democrático de direito se fundamenta na existência de *instituições representativas* – genericamente um *Parlamento* – bem como em outras instituições que exercem a representação política dos cidadãos em tais instituições – os *partidos políticos*. Desta forma, não se pode pressupor a existência de um regime democrático-representativo *efetivo* se tais instituições também não se guiam por padrões que concretizem o princípio democrático.

No caso brasileiro, é possível afirmar que tais padrões não se concretizam na prática ainda que existentes formalmente na legislação – tanto constitucional quanto infraconstitucional. Por um lado, os partidos políticos, muitas vezes, fecham-se em si mesmos e não mantêm abertos canais de comunicação com a população; por outro lado, o próprio cidadão já não enxerga os partidos políticos como uma instituição que o represente, como

demonstram as inúmeras pesquisas que comprovam que os partidos políticos são instituições que têm pouca confiança por parte do cidadão.

Conseqüentemente, é urgente a necessidade de reestruturação do sistema político-jurídico referente à participação e à representação política, já que tais elementos correspondem às traves-mestras da democracia representativa contemporânea. Com o objetivo de solucionar tal problema apresenta-se, neste texto, uma proposta de alteração do sistema eleitoral brasileiro com foco na alteração do sistema de lista aberta para lista fechada no âmbito do sistema proporcional objetivando garantir maior força ideológica aos partidos políticos, com conseqüente fortalecimento de seu papel representativo das demandas dos *cidadãos* no Parlamento. Acredita-se que tal alteração, por um lado, possa levar ao maior envolvimento do cidadão no que concerne ao aspecto representativo da democracia por gerar seu envolvimento direto com a estrutura partidária, algo que não se vê nos dias atuais, enquanto que, por outro, considera-se que tal alteração possa vir a contribuir para o fortalecimento dos partidos políticos como instituição política que deve exercer a representação do cidadão no sistema político brasileiro.

Sabe-se que a alteração de um tipo de lista a outro não é o único elemento responsável por causar eventuais mudanças na maneira pela qual o cidadão participa politicamente. Por outras palavras, é necessário pensar o sistema político-eleitoral como um todo, o que significa dizer que o sistema eleitoral está intimamente relacionado ao financiamento das campanhas eleitorais, por um lado, bem como à melhoria da maneira pela qual a fiscalização eleitoral é realizada – e isto sem levar em consideração outras questões, como a autonomia dos partidos políticos e a sua (falta de) democracia interna ou a implantação (ou não) da chamada cláusula de barreira.

Neste sentido, importa destacar que a proposta aqui apresentada é delimitada ao sistema eleitoral proporcional. Outros temas, ainda que fundamentais para a melhoria da qualidade da democracia brasileira e intimamente relacionados com o sistema

de listas partidárias, não serão abordados neste texto. Assim, delimita-se o mesmo exclusivamente na proposta de alteração do atual sistema eleitoral proporcional de lista aberta para o sistema de lista fechada, com ênfase nos aspectos infraconstitucionais desta possível alteração.

Para atingir-se tal objetivo, optou-se por dividir o texto em três partes principais. Na primeira delas é feito um levantamento teórico-bibliográfico acerca do conceito de *cidadania* no âmbito constitucional e também sobre a sua (não) concretização pela democracia partidária brasileira na atualidade. A segunda parte traz uma reflexão a respeito do atual desinteresse do cidadão pela participação política tradicional, entendendo-se que tal desinteresse tem, como uma de suas causas, o distanciamento atualmente existente entre o cidadão e os partidos políticos que surge em consequência do atual sistema eleitoral proporcional de lista aberta. Por fim, na terceira parte apresenta-se o argumento central do texto, qual seja, a alteração do sistema eleitoral proporcional brasileiro de lista aberta para lista fechada, apresentando-se esta como uma possível solução para a falta de participação política.

No que diz respeito à metodologia, utilizou-se neste texto como método de abordagem o método hipotético-dedutivo, o qual parte de uma perspectiva geral rumo a casos particulares, fundamentando-se em hipóteses a serem testadas no decorrer do trabalho. Por sua vez, utilizou-se a pesquisa bibliográfica como método de procedimento, dando ênfase não apenas ao aspecto teórico, mas também aos mecanismos legais atualmente em vigor no Brasil.

## **A CIDADANIA NO BRASIL E A SUA CONCRETIZAÇÃO PELA DEMOCRACIA PARTIDÁRIA**

É possível afirmar que no mundo contemporâneo<sup>1</sup> todos os indivíduos que se encontram vinculados juridicamente a determinado Estado são cidadãos. Esta é, inclusive, uma das

---

<sup>1</sup> A expressão *mundo contemporâneo* é utilizada neste texto no sentido de se referir ao período pós Segunda Guerra Mundial.

principais características de todo regime político-jurídico que se defina como democrático, ou seja, tais regimes precisam necessariamente fazer com que os indivíduos que fazem parte de determinada sociedade sejam juridicamente considerados como cidadãos. É necessário, contudo, compreender o que significa a palavra em seu sentido jurídico, isto é, torna-se premente visualizar o que o conceito de cidadania traz em si de maneira que o mesmo possa ser, em seguida, compreendido no contexto da evolução histórica recente da democracia, em especial no caso brasileiro.

O entendimento do conceito de cidadania é feito de duas maneiras. Por um lado, é possível falar-se em *cidadania em sentido amplo*, conceito que se caracteriza por estar vinculado à própria existência do ser humano, à sua vida digna e à sua participação na sociedade como um todo, de maneira a englobar todos os direitos que sustentam a dignidade humana – ou seja, direitos civis, políticos, sociais e econômicos (GOMES, 2016, p. 58). Quando se fala em cidadania ampla, portanto, está-se a incluir como cidadãos todos os nacionais de determinado Estado – e que possuem vínculos *jurídicos* com o mesmo – porque todos são detentores de dignidade humana independentemente de possuírem vínculos *políticos* com tal Estado.<sup>2</sup>

Por sua vez, há também a ideia de cidadania em *sentido restrito*, que é claramente vinculada à esfera jurídico-eleitoral: nesta perspectiva cidadãos são os indivíduos detentores de direitos políticos, isto é, cidadãos são aqueles que realizam o alistamento eleitoral e que, a partir de então, adquirem a *capacidade eleitoral ativa*, ou seja, o direito de sufrágio, ou ainda mais genericamente, o direito de votar, podendo participar legalmente do processo de escolha de seus representantes (GOMES, 2016, p. 58)<sup>3, 4</sup>. No

---

2 No mesmo sentido, “todas as pessoas que à comunidade política estejam ligadas de modo duradouro e efectivo são cidadãos [...]” (MIRANDA, 2014, p. 65).

3 Vale também chamar a atenção à seguinte definição: “Os direitos de cidadania em sentido estrito são, portanto, os direitos políticos *lato sensu*, ou seja, os direitos que têm a ver com as *relações dos membros da coletividade política com o poder político*, a começar pelos direitos de participação no próprio exercício do poder político” (MOREIRA, 2014, p. 59, grifo nosso).

4 Tome-se como exemplo uma criança nascida no Brasil. Por um lado, ela possui vínculos *jurídicos* com o Estado brasileiro – é *nacional* do Brasil e, portanto, é cidadã do Brasil em *sentido amplo*, devendo ter seus direitos fundamentais garantidos e protegidos pelo Estado –, mas por outro ainda

que concerne a uma democracia em seu sentido atual, o conceito de cidadania em sentido restrito passou a ser o mais utilizado em detrimento do uso em sentido amplo, já que sob uma perspectiva jurídica é necessário que o cidadão seja detentor dos direitos políticos para que o mesmo possa participar da vida política da sua sociedade.

Para além da garantia constitucional da cidadania em sentido amplo – prevista explicitamente já no inciso II do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (doravante CF) e, indiretamente, no inciso III deste mesmo artigo quando fala-se em dignidade da pessoa *humana* como fundamento do Estado brasileiro –, a CF também estabelece claramente as traves mestras da cidadania em sentido restrito. Neste sentido, vislumbra-se já no próprio parágrafo único do artigo 1º a previsão, ainda que implícita, da possibilidade do exercício dos direitos políticos por parte do cidadão, especialmente o *direito ao sufrágio*, já que o texto afirma que o poder que emana do povo será exercido diretamente ou *por meio de representantes eleitos*.<sup>5</sup>

Por sua vez, é no Capítulo IV do Título II da CF que estão explicitamente apresentados os *direitos políticos* do cidadão. Fazem parte do Capítulo IV os artigos nº 14, nº 15 e nº 16, os quais trazem a definição da capacidade eleitoral ativa e passiva bem como as inelegibilidades na democracia brasileira (artigo nº 14), a vedação de cassação de direitos políticos e as possibilidades de sua perda ou suspensão (artigo nº 15) e o princípio da anualidade eleitoral (artigo nº 16).<sup>6</sup>

---

não possui *vínculos* políticos com o Estado brasileiro por não ter ainda o direito de votar. Como afirma Gomes (2016, p. 58, grifo nosso), “a cidadania [em sentido restrito] constitui atributo jurídico que nasce no momento em que o nacional se torna eleitor”.

5 Dado o objeto de estudo deste texto será dada atenção à expressão *por meio de representantes eleitos* e não à palavra diretamente – ou, por outras palavras, dar-se-á atenção ao mecanismo eleitoral vinculado ao voto e não aos plebiscitos e referendos. A este respeito, curiosamente parece que o legislador constituinte originário deu maior importância ao exercício do poder por meio da representação em detrimento de seu exercício direto ao indicar, no texto da CF, que o poder é exercido inicialmente *por meio de representantes eleitos* e apenas de maneira secundária (ou até mesmo subsidiária) *diretamente pelo povo*.

6 Por seu conteúdo fugir ao tema central deste texto, os artigos nº 15 e nº 16 não serão aqui analisados.

O artigo nº 14 da CF, bem como seus incisos, parágrafos e alíneas, corresponde ao cerne da cidadania em sentido restrito em termos constitucionais no Brasil. Nesse sentido, já o caput do artigo nº 14 traz de maneira explícita o direito de sufrágio do cidadão brasileiro ao afirmar que “a *soberania popular* será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”. Reforça-se com a expressão *soberania popular* o fato de que a titularidade do poder político é do povo – sendo tal poder, em conformidade com o parágrafo único do artigo 1º, exercido por meio de representantes – e estabelece-se que o voto, o “símbolo essencial de todo regime político-jurídico que se pretenda democrático” (BARROSO, 2013, 196), é exercido de maneira direta e secreta. Em consonância com o princípio da isonomia, aqui entendido como sendo a igualdade perante a lei, o voto tem valor igual para todos, confirmando a ausência de qualquer tipo de distinção no que diz respeito ao seu exercício pelos cidadãos brasileiros.

De importância fundamental para o surgimento do cidadão em sentido restrito são os comandos presentes nos parágrafos 1º e 2º do artigo nº 14 da CF. Nesse sentido, o texto do parágrafo 1º traz que os indivíduos, uma vez atingida a idade de 18 anos, devem realizar o alistamento eleitoral, obtendo assim o título de eleitor e, portanto, tornando-se cidadãos aptos a exercer o direito-dever de voto presente no caput deste mesmo artigo. Destaca-se neste parágrafo que este direito-dever é opcional a três grupos específicos, quais sejam, os analfabetos, os maiores de 70 anos e os maiores de 16 e menores de 18 anos, sendo que para estes o exercício deste direito-dever é facultativo – o que faz com que os membros destes grupos, caso não tenham realizado o alistamento eleitoral, não poderão ser considerados como cidadãos em sentido restrito, sendo contudo, obviamente, cidadãos em sentido amplo e detentores da garantia constitucional da dignidade humana.

Por sua vez, o parágrafo 2º deste artigo nº 14 da CF indica que “não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos”. Seguindo a orientação de Gomes (2016, p. 168-9), tem-se que podem ser

cidadãos em sentido restrito apenas aqueles aos quais é conferida nacionalidade brasileira – brasileiros natos ou naturalizados –, daí a vedação aos estrangeiros. Da mesma forma, os conscritos – ou seja, aqueles que estão prestando o serviço militar obrigatório – também não podem alistar-se como eleitores e exercer o direito de voto; contudo, se já tiverem se alistado eleitoralmente, manterão o alistamento, mas não poderão votar nem ser votados.

Uma vez configurado constitucionalmente o direito de voto aos cidadãos brasileiros, mecanismo primordial por meio do qual é exercido o direito político no Brasil, resta compreender “o outro lado da moeda”, ou seja, a instituição à qual tal voto é dirigido – quais sejam, os *partidos políticos*. Vive-se, na atualidade, aquilo que se convencionou chamar de *democracia partidária*, já que a representação política é feita *necessariamente* por meio dos partidos políticos sendo que a ausência destas instituições inviabiliza o exercício do poder político por parte do cidadão. Ainda, destaca-se que a existência de partidos serve não apenas para o exercício da representação da vontade popular, mas também para a concretização dos princípios da liberdade de ação política tanto dos incumbentes quanto da oposição (MIRANDA, 2014, p. 24).

Os partidos políticos são instituições associativas que visam a um fim deliberado, seja tal fim compreendido em sentido “positivo” – a concretização da vontade do cidadão –, seja em sentido “negativo” – a busca de honras e de glórias para seus membros, em especial para seus líderes (OPPO, 1998, p. 898-9). Independentemente dos objetivos dos partidos políticos – objetivos estes que variam conforme as respectivas ideologias<sup>7</sup> que cada um defende –, há um objetivo comum que perpassa a existência de todos os partidos políticos, qual seja, o de *obter votos*, já que sem votos nenhum partido político consegue concretizar seus objetivos. Portanto, apenas é possível se falar na existência

---

<sup>7</sup> Quando se fala em *ideologia* partidária está-se a falar sobre o conjunto de ideias que cada partido tem acerca da sociedade, ou seja, de sua “visão de mundo” a respeito do rumo que a sociedade deveria seguir, e não no sentido negativo da palavra ideologia como sendo esta um mecanismo de alienação do indivíduo em relação à realidade. Sobre o conceito de ideologia ver Stoppino (1998, p. 585-7).

de uma *verdadeira* democracia partidária em uma situação tal na qual o caráter democrático de um regime político-jurídico seja assegurado pela existência de múltiplos grupos ou múltiplas minorias, todas – ou ao menos a maior parte delas – representadas pela atuação partidária (MANIN, 2002, p. 163).

É explícito na CF o fato de que o legislador constituinte originário optou pela democracia partidária no Brasil, apesar das inúmeras críticas que podem ser feitas a tal modelo.<sup>8</sup> Assim, decidiu-se pela criação de um Capítulo específico na estrutura constitucional brasileira – o Capítulo V, dentro do Título II – dedicado exclusivamente aos partidos políticos.

Apesar de relativamente curto – para além do *caput*, o artigo nº 17 contém apenas quatro incisos e quatro parágrafos –, tal trecho do texto constitucional tem extrema importância por ser ele o responsável, em última instância, pela concretização de um dos principais princípios da democracia contemporânea – qual seja, o princípio da *representação*.

Nesta perspectiva, a representação se concretiza da seguinte forma: cabe ao partido político exprimir seu conteúdo programático e, por meio do resultado da obtenção de votos, representar junto ao Estado aqueles cidadãos que confiaram em suas propostas e lhes escolheram como legítimos representantes, concretizando, por meio de políticas públicas, as promessas e, em última instância, a própria ideologia do partido, configurando-se concretizada, por fim, a democracia partidária.

Vale destacar ainda, e como síntese, a importância constitucional dos partidos políticos também como um critério de elegibilidade no âmbito da democracia brasileira. Significa reforçar, como há pouco já se referiu, que *sem partidos políticos não existe democracia*, especialmente quando se verifica, no inciso V do parágrafo 3º do artigo nº 14 da CF, que a *filiação partidária* é pré-requisito para que determinado cidadão possa se candidatar a cargos eletivos.

---

8 A respeito das principais críticas à democracia partidária ver Ferreira Filho (2012, p. 100-1), Gomes (2016, p. 51-2) e Mendes (2014, p. 1163-4).

Desta forma, por um lado, tem-se que os partidos políticos detêm o *monopólio* da representação política junto ao Estado; por outro, que não existem candidaturas avulsas – isto é, desvinculadas de partidos políticos – no ordenamento político-jurídico brasileiro. Nesta perspectiva, torna-se de extrema relevância analisar a representação política no Brasil não apenas sob a ótica do direito-dever de sufrágio, mas também dando-se ênfase à atuação dos partidos políticos no arranjo jurídico-político brasileiro, já que ambos os lados se complementam para efetivar a cidadania no Brasil.

### **O DESINTERESSE DO CIDADÃO PELA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA TRADICIONAL**

No âmbito do artigo nº 17 da CF apresentado no tópico anterior, vale destacar o princípio da *autonomia partidária*. Neste sentido, a autonomia dos partidos políticos no Brasil é elemento constitucionalmente estabelecido, conforme se verifica no parágrafo 1º do referido artigo. Assim, se por um lado tal autonomia é necessária especialmente por não se poder entender determinado regime político-jurídico como democrático se os partidos não puderem atuar na sociedade de maneira autônoma, por outro o exercício aparentemente *abusivo* de tal liberdade nos moldes político-jurídico atuais traz inegavelmente alguns problemas para o sistema político brasileiro e, em última instância, para a representação do cidadão brasileiro, infringindo e até restringindo o exercício da cidadania e da própria democracia.

Um dos aspectos negativos decorrentes da autonomia dos partidos políticos corresponde à chamada *transferência de votos*, fato que ocorre no sistema político-eleitoral brasileiro devido à existência de um sistema proporcional de lista aberta em que são permitidas coligações entre partidos políticos. Este fenômeno pode ser entendido de maneira bastante simples: uma vez que as vagas são distribuídas com base no número de votos que o partido ou coligação obtém, não é na prática necessário aos candidatos que eles atinjam o quociente eleitoral, mas sim o próprio partido ou coligação. Assim, em um sistema político extremamente

mediatizado em que características pessoais se sobrepõem a propostas políticas de médio e longo prazo é necessário que os partidos políticos, no exercício da autonomia que lhes é constitucionalmente garantida, escolham como candidatos alguns poucos “campeões de voto” – conhecidos como *puxadores de voto* – de maneira que estes sejam, em última instância, os responsáveis pelas vagas do partido no Parlamento ao final da eleição.

Um exemplo numérico simples explica o conceito de *puxador de voto*. Suponha-se que o quociente eleitoral de determinada eleição seja 10. Neste exemplo hipotético, imagine-se que o Partido “A” lance dois candidatos: o candidato “A.1”, que obtém 19 votos, e o candidato “A.2”, que obtém dois votos. Conseqüentemente, o Partido “A” tem 21 votos e, tendo ultrapassado em duas vezes o quociente eleitoral, terá direito a duas vagas, com seus dois candidatos vindo a ser eleitos. O candidato “A.1”, neste exemplo, é o *puxador de votos*. Além disso, fica clara a transferência de votos do candidato “A.1” para o candidato “A.2”, já que este, se dependesse de seus próprios votos, não viria a ser eleito.

A situação é comum no sistema político-jurídico brasileiro, podendo-se até mesmo afirmar que ela é a regra no que diz respeito à eleição de deputados. Por exemplo, nas eleições de 2014 apenas 35 deputados de um total de 513 atingiram o quociente eleitoral, ou seja, se elegeram sozinhos (SARDINHA, 2014). A título de exemplo, São Paulo é a unidade da federação mais populosa do Brasil e, conseqüentemente, é a que tem o maior número de eleitores, com 31.998.432, o que corresponde a 22,4% do eleitorado nacional. Nas eleições gerais de 2014, um único candidato a deputado federal obteve um milhão e meio de votos, fazendo com que outros quatro deputados fossem eleitos pelo seu partido, os quais receberam, respectivamente, 45.330, 31.305, 30.315 e 22.097 votos. Outro candidato obteve pouco mais de um milhão de votos e “puxou” outros dois, que tiveram respectivamente 46.905 e 32.080 votos (SARDINHA, 2014). Não é plausível imaginar que um candidato que tenha obtido 22.097 votos seja efetivamente representativo da vontade de 31.998.432 eleitores daquele círculo (ou circunscrição) eleitoral. Outro

“detalhe” importante neste sistema perverso é que o quociente eleitoral em São Paulo para deputado federal em 2014 foi de 303.738 votos, o que mostra a importância dos *puxadores de voto* nas eleições proporcionais.

A consequência prática da transferência de votos no que diz respeito à representação política é o afastamento do cidadão em relação à esfera coletiva. O cidadão, por não conhecer o funcionamento do sistema e não compreender como é possível que candidatos com votações ínfimas sejam eleitos em detrimento de outros que obtêm mais votos mas que não se elegem, passa a se desinteressar da participação política porque não se vê representado, porque acredita “serem os políticos todos iguais” ou ainda por perceber que não tem voz no *mercado partidário*. Tal afastamento, sem dúvida, é incompatível com um regime político-jurídico democrático que precisa do exercício constante da cidadania para seu contínuo desenvolvimento. Sem isso corre-se o risco de o regime ser caracterizado como “cesarista-representativo”, ou ainda como um regime de “centralismo presidencialista” (CANOTILHO, 2014, p. 588) o que, repita-se, enfraquece a própria cidadania.

Nesta situação parece não haver, do ponto de vista do cidadão, razão alguma para a participação política real, ou seja, parece não haver motivos para que o cidadão *efetivamente* se envolva com os problemas de sua comunidade de maneira que, em conjunto com os demais, possa encontrar respostas que, uma vez repassadas ao representante eleito, possam solucionar tais problemas.

Assim, a participação política no caso brasileiro parece se resumir ao voto exercido com periodicidade, mas que efetivamente não traz nenhum resultado prático na vida cotidiana por não gerar efetiva representação política junto ao órgão representativo – no caso, o Parlamento federal. O cidadão passa a “votar por votar”, sem nenhum tipo de vínculo e/ou de envolvimento com seu representante, e não apenas porque não se sente efetivamente representado – já que muitas vezes é indiferente votar no Partido “A” ou no Partido “B”, já que “são todos iguais” – mas também

porque, em última instância, não pode nem mesmo saber a quem seu voto se dirigiu devido à transferência de votos que ocorre de um candidato a outro.

Uma prova do desinteresse do cidadão pela participação política *tradicional*, fundamentada no sistema proporcional de lista aberta com coligações, diz respeito ao número de pessoas que cada vez mais se apresentam como indiferentes em relação a questões político-eleitorais. Destaca-se a este respeito o resultado de algumas pesquisas realizadas pela organização não-governamental (ONG) *Latinobarómetro*.<sup>9</sup> Conforme esta ONG, 87,5% dos cidadãos disseram ter nenhuma ou muito pouca confiança nos partidos, com 9,1% afirmando ter um pouco de confiança e apenas 1% tendo muita confiança nos partidos políticos. Reflexo disso é que o Congresso Nacional, símbolo maior da ação partidária, tem confiança de apenas 18,6% dos entrevistados, sendo que 80,4% disseram não se sentirem representados pelo Congresso.

Vale destacar também as ações cívicas para além do momento eleitoral. Neste sentido 26,5% dos cidadãos disseram nunca ter se reunido com outros concidadãos a fim de resolver problemas comuns e 46,1% disseram que poderiam fazê-lo, com apenas 35,4% afirmando que já fizeram isso; da mesma maneira, 43,9% informaram nunca ter participado de manifestações públicas (protestos ou marchas), com apenas 12,2% afirmando que já participaram e 41,9% afirmando que poderiam participar de manifestações.

Isto talvez seja reflexo do fato de que 56,6% dos cidadãos nunca ou quase nunca falam sobre política com amigos, enquanto 76,8% nunca ou quase nunca buscam convencer alguém a respeito do que pensam em termos políticos. Ainda, ressalta-se que 65,6% dos

---

<sup>9</sup> Conforme informações disponibilizadas em seu próprio site, o *Latinobarómetro* é uma organização não-governamental latino-americana sediada no Chile e que realiza pesquisas em 18 países da América Latina, entrevistando cerca de 20 mil pessoas nestes países. Os principais temas pesquisados pela ONG são o desenvolvimento da democracia, da economia e da sociedade em todo o seu conjunto. No caso dos números apresentados a seguir, os mesmos se referem aos resultados de pesquisa realizada com 1.250 cidadãos brasileiros no ano de 2015. As informações a seguir apresentadas correspondem a uma síntese dos dados que estão disponíveis na aba *Análisis Online* do site <<http://www.latinobarometro.org>>. Último acesso em 27 de março de 2017.

respondentes disseram nunca ter contatado alguma autoridade local para buscar solucionar problemas locais e 85,1% nunca entraram em contato com algum deputado ou senador. O último número da pesquisa do Latinobarómetro é verdadeiro resumo do afastamento do cidadão da esfera coletiva: 71% dos entrevistados afirmaram ter pouco ou nenhum interesse por política.<sup>10</sup>

Em síntese, é possível afirmar que o sistema representativo brasileiro atual não representa efetivamente os cidadãos, ou seja, não transforma a vontade dos cidadãos em ações político-jurídicas – especialmente sob a forma de políticas públicas – de maneira eficaz. Por sua vez, como consequência da transferência de votos também não há mecanismos de controle para que o cidadão possa efetivamente acompanhar o trabalho do parlamentar eleito. Estes fatos levam ao desinteresse generalizado do cidadão a respeito da atividade política, com muitos nem mesmo tendo conhecimento a respeito das funções desempenhadas pelos seus representantes.

Percebe-se, portanto, que o elevado número de abstenções, a volatilidade eleitoral e a falta de interesse partidário apresentados anteriormente podem claramente ser identificados como verdadeira *falta de confiança* (BELCHIOR, 2015) do cidadão brasileiro no sistema político-jurídico representativo como um todo, de maneira a tornar-se necessária a busca por mecanismos político-jurídicos que alterem este estado de coisas para permitir ao cidadão o exercício consciente e, principalmente, efetivo, do seu direito-dever fundamental de participação política.

### **A LISTA FECHADA COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA A FALTA DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA**

É fato que o quadro político-jurídico da representação no Brasil precisa ser alterado. A cidadania e os direitos políticos, como direitos fundamentais que são, não têm vindo a ser eficazes, especialmente quando se verifica que os vínculos entre representantes e representados efetivamente deixaram

---

<sup>10</sup> Os três últimos dados estatísticos referem-se ao ano de 2013. Todos os anteriores referem-se à pesquisa de 2015.

de existir. Se por um lado a representação política é entendida como a “possibilidade de controlar o poder político, atribuída a quem não pode exercer pessoalmente o poder” (COTTA, 1998, p. 1102) fundamentada em verdadeiro mecanismo de controle do governante pelo governado, e se por outro a representação é entendida como um dos pilares da democracia atual, torna-se claro que a representação efetiva deixa de existir quando há claro desinteresse da sociedade em participar por meio dos mecanismos atualmente existentes. Não se vislumbra, portanto, qualquer possibilidade de manutenção da atual estrutura político-representativa sob pena de, cada vez mais, gerarem-se prejuízos para a cidadania no Brasil, já que a ausência de representatividade decorrente desta situação leva a déficits democráticos cada vez maiores, o que vem, em última instância, a fragilizar a democracia brasileira.

Considerando-se a atual situação da representação no Brasil, e a despeito da tradição existente em relação à lista aberta no país, propõe-se aqui que seja feita alteração legislativa a respeito do modelo atualmente utilizado, passando-se do sistema de lista aberta para o sistema de lista fechada no âmbito do sistema eleitoral proporcional. Defende-se aqui, que a implantação do modelo de lista fechada se configura como elemento indispensável para que seja possível um retorno à efetiva representação política do cidadão por meio dos partidos políticos por ficar explícito ao cidadão, na lista fechada, a *quem seu voto é efetivamente dirigido*, o que permite maior controle do cidadão em relação ao seu representante. Além disso, outro benefício advindo da lista fechada seria o fortalecimento *ideológico* dos partidos políticos, de maneira que ficasse claro ao cidadão o posicionamento político-ideológico de cada partido fazendo com que aquele perceba efetivamente a diferença entre um e outro.

De maneira sintética é possível afirmar que o sistema eleitoral proporcional de listas partidárias se estrutura de duas maneiras distintas. A primeira delas é a chamada *lista rígida* (ou *fechada*), em que a ordem dos candidatos indicados pelo partido é definida apenas por este, cabendo aos eleitores votar unicamente na própria

lista partidária – ou seja, o voto do eleitor não interfere na posição final do candidato dentro da lista partidária. A segunda maneira é chamada de *lista semilivre* – ou, como é mais conhecida no Brasil, a *lista aberta* –, situação na qual a ordem final do candidato dentro de sua lista partidária é definida não pelo próprio partido, mas sim pelo voto do eleitor, o qual pode ser direcionado tanto para a lista – é o chamado voto de legenda – quanto para o candidato (MAROTTA, 1998, p. 1176).

O sistema eleitoral de lista fechada tem três pontos que são considerados como positivos pela doutrina do direito eleitoral. O primeiro deles se refere à clara *partidarização* na escolha eleitoral, já que o eleitor irá votar diretamente no partido e não em seus candidatos, o que traz como benefício associado à lembrança do eleitor em relação a quem foi dirigido seu voto, tornando-se assim um elemento fundamental para o exercício da posterior fiscalização do eleito por parte do cidadão. Em segundo lugar, afirma-se que no sistema de lista fechada os dirigentes partidários têm muito mais controle sobre quais candidatos serão eleitos, já que são estes dirigentes que, em geral, definem a ordem em que os candidatos aparecerão na lista, o que fortalece a fidelidade partidária, que é outro problema grave do sistema político-partidário brasileiro. Por fim, a lista fechada facilita o controle de gastos de campanha, inclusive reduzindo-os, já que a propaganda eleitoral é feita diretamente pelo partido, que pede votos para si mesmo, e não pelos próprios candidatos (NICOLAU, 2006, p. 31; FLEISCHER, 2002, p. 92).

O entendimento da *partidarização* na escolha eleitoral deve ser no sentido de que a lista fechada proporciona maior *vinculação eleitoral* do eleitor ao *partido político* que ele escolherá para representá-lo. Significa dizer que quando o voto é dado claramente ao partido político – e não ao candidato, como ocorre atualmente em 90% dos casos -<sup>11</sup> haverá maior probabilidade do eleitor se lembrar, em longo prazo, do destinatário do seu voto, o que não ocorre nos casos em que o sistema é de lista aberta. Neste sentido tem-se que na Polônia

---

11 Já que em média os votos de legenda constituem por volta do 10% em cada eleição. A *contrario sensu*, os cidadãos votam diretamente em um candidato em 90% das vezes.

e no Brasil, países com o sistema de lista aberta, a probabilidade de se esquecer o nome do candidato é muito maior (respectivamente 28% e 45%) do que em países tais quais Hungria, Alemanha e Nova Zelândia (respectivamente 10%, 11% e 19%), nos quais o voto é direcionado ao partido (ALMEIDA, 2006, p. 42).

Além disso, a partidarização decorrente da lista fechada implica em que o partido político obrigatoriamente precisaria dar maior importância à sua própria doutrina partidária, já que a propaganda eleitoral precisaria ser feita pelo próprio partido objetivando a obtenção do maior número possível de votos em si mesmo. Este aspecto da lista fechada pode ser extremamente positivo em termos de representação, já que ficaria claro ao eleitor a quem estaria sendo direcionado seu voto sem a dispersão decorrente do caráter personalizado atualmente existente. Os partidos, assim, vir-se-iam obrigados a apresentar propostas *programáticas* para a solução dos problemas nacionais em vez de apresentarem, como fazem atualmente, inúmeros candidatos que, com poucos segundos de apresentação, na maioria das vezes limitam-se a dizer frases tais quais “Olá, meu nome é Fulano e meu número é XYYYY. Vote em mim”.

Como consequência, os partidos diferenciar-se-iam uns dos outros primordialmente por meio de suas propostas, já que o apelo a características próprias, pessoais, *personalizadas* do candidato – fato típico que reflete o patrimonialismo político ainda existente no Brasil – seria provavelmente enfraquecido, ou seja, diminuir-se-ia o verdadeiro *culto à personalidade* atualmente existente.<sup>12</sup> Assim, uma vez que o voto seria direcionado ao partido, caberia aos candidatos efetivamente atuarem em nome do programa partidário de maneira a fortalecer a atuação partidária rumo a ações coordenadas, o que em última instância reforçaria a instituição partidária como efetivo mecanismo de representação no sistema jurídico-político.

---

12 Neste sentido é possível afirmar que “se o eleitor não vê partido, mas sim candidatos individuais, a filiação partidária passa a ser um detalhe, diante de outros atributos pessoais que quem vota pode considerar mais importantes. Escolhem-se indivíduos [e não propostas programáticas]” (CINTRA; AMORIM, 2008), que é o que ocorre atualmente no caso brasileiro.

É de se esperar, com a lista fechada, não a total ausência das “figuras políticas” na propaganda eleitoral. É plausível acreditar que aqueles que estivessem no topo da lista partidária continuassem a ter certa proeminência junto ao eleitorado como um todo. Contudo, provavelmente tal destaque seria muito menor do que atualmente, em que os candidatos aos cargos legislativos, seguindo a lógica majoritária, muitas vezes apresentam-se *também* como “salvadores da pátria” em busca de votos; a tendência seria de diminuição do caráter personalista da propaganda eleitoral, com maior institucionalização da atuação partidária como efetivo instituto de representação (NICOLAU, 2015, p. 114).

Apesar dos benefícios que a lista fechada traz no que diz respeito à transformação da representação política – de *personalizada para institucionalizada* – existem críticas à sua implantação no Brasil. Por exemplo, no que concerne à vantagem de construção de partidos com maior consistência programática, afirma-se que a responsabilidade para tal deve ser do próprio partido e não da legislação. Neste sentido, destaque é dado ao fato de que a legislação eleitoral, tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional, dá aos partidos políticos total autonomia em relação à sua organização interna, o que significaria dizer que competiria aos partidos estabelecer critérios próprios que fortaleçam a doutrina partidária. Caberia aos partidos, por exemplo, serem mais rigorosos no que diz respeito ao processo de filiação e ao processo de escolha dos candidatos, sendo sua responsabilidade própria caso escolhessem candidatos que não têm afinidade com a ideologia partidária (RABAT, 2009, p. 9).

Da mesma maneira, existem críticas a respeito do possível caráter “despersonalizador” da lista fechada. Neste sentido, o argumento é de que as listas fechadas, ao contrário do que se espera, *reforçariam* o personalismo, especialmente a partir do momento em que aqueles que encabeçam as listas seriam tendencialmente os mesmos ao longo do tempo, havendo ausência de renovação político-representativa. Além disso, ainda nesta linha de raciocínio a lista fechada teria a prerrogativa de fortalecer demais os partidos, de maneira que o candidato seria relegado a segundo plano no

sistema representativo – ou seja, passaria a ser mera “marionete” nas mãos do partido político (RABAT, 2009, p. 9), correndo-se inclusive o risco de surgimento de uma eventual “ditadura partidária” em que aos deputados caberia apenas uma “obrigação de fidelidade” para com as deliberações tomadas pelos órgãos de liderança do partido (MIRANDA, 2007, p. 75-6).

Tais críticas, contudo, não têm espaço para prosperar. Em primeiro lugar, é inegável que os partidos políticos já têm autonomia garantida, de maneira que efetivamente compete aos mesmos estabelecer critérios mais rígidos, caso assim desejassem, para a escolha de novos militantes e também para o lançamento das candidaturas. Os partidos poderiam, por exemplo, ter como critério de escolha em seus estatutos que só poderia se lançar como “candidato a candidato” aquela pessoa que estivesse filiada a pelo menos “X” anos ao partido, ou poderiam também estabelecer que só podem concorrer às candidaturas aqueles que nos últimos “X” anos não tenham se desfiliado de outro partido, reforçando a identidade ideológica entre o filiado e o partido político. Em resumo, os partidos poderiam, na configuração atual, ser mais rígidos em relação aos seus próprios critérios. Entretanto, não é isto que ocorre na prática, especialmente quando se verifica que são as cúpulas partidárias que definem quem serão os candidatos do partido – os *puxadores de voto*, sem efetiva democracia interna no momento de definição das candidaturas.

Se os partidos são a única instituição constitucionalmente estabelecida para o exercício da representação e se todo o arcabouço jurídico dá aos partidos a primazia da ação política junto à sociedade, parece ser indispensável considerar o que se passa no ambiente interno aos partidos para que estes não interfiram, em última instância, nos princípios democráticos do Estado de direito – a soberania popular, a democracia e a representação. Neste contexto não há como pressupor, por exemplo, que os partidos sejam efetivamente representativos da vontade do cidadão quando as convenções, na maioria das vezes (para não dizer em todas), servem atualmente apenas para *homologar* aqueles nomes que a liderança partidária quer ver na lista do partido ou

coligação (NICOLAU, 2015, p. 116) – nomes estes que são, em geral, de pessoas com carisma suficiente para atrair votos e, assim, eleger o maior número possível de candidatos, dados os cálculos para a atribuição de vagas na lista aberta. Em outras palavras, significa dizer que aquilo que ocorre *dentro* dos partidos também é relevante porque interfere não apenas no sistema político-jurídico da representação de maneira específica mas também, em última instância, na própria ideia de cidadania, ao fazer com que tais princípios não sejam concretizados.

Em um sistema político-jurídico em que a representatividade é baixa, como no caso brasileiro, a implantação da lista fechada pode ainda contribuir para a solução de outro problema grave e que está diretamente relacionado aos princípios da soberania popular, da democracia partidária e da representatividade, que é o da *hiperfragmentação* partidária. O Brasil possui atualmente 35 partidos políticos oficialmente registrados junto à Justiça Eleitoral, o que claramente se configura como verdadeiro *exagero partidário* quando se analisa tal número a partir de uma perspectiva ideológica: por outras palavras, significa dizer que *não existem tantas ideologias distintas* que justifiquem o surgimento de tantos partidos políticos.

Neste sentido, ainda que a lista aberta em si não seja a responsável direta pela proliferação dos partidos no Brasil, é inegável que a conjunção desta forma de organização das listas partidárias com a existência de coligações se torna responsável pela multiplicação dos partidos políticos, já que as coligações favorecem os partidos pequenos (NICOLAU, 2015, p. 108), servindo isto de justificativa para o aumento do número de partidos.

Por sua vez, com a implantação do sistema de listas fechadas a *tendência* é a extinção das coligações – ou, ao menos, a redução do seu número. Deve-se ter claro que a lista fechada em si mesma não traz nenhum impedimento para que os partidos formem coligações, definindo critérios para a definição de uma lista de candidatos que seria lançada em conjunto (RABAT, 2009, 11). Entretanto, a lógica da competição eleitoral na lista fechada,

que é voltada para a obtenção do maior número de votos *pelo partido* em detrimento da lógica da lista aberta que busca o maior número de votos para o *candidato*, leva a crer que as coligações seriam diminuídas caso tal sistema viesse a ser implantado no Brasil. Consequentemente seria possível, desta forma, solucionar – ou pelo menos amenizar – o problema da transferência de votos que tanto enfraquece a representação popular.

Vale a pena destacar que enquanto na lista aberta o cidadão tem uma ideia de quem são os *candidatos* mas, dentre eles, não tem a mínima noção de quem poderão vir a ser seus representantes, a lista fechada empodera o cidadão no sentido de fazer com que este já saiba, *previamente*, quem poderá vir a ser seu efetivo representante, *não* apenas por saber que quem irá representá-lo são os partidos mas também por saber, *previamente*, que se o Partido “A” obtiver três vagas serão os três primeiros candidatos que irão atuar em seu nome, o que claramente não ocorre na lista aberta. Em suma, significa dizer que o cidadão sabe a quem seu voto será direcionado – ao Partido “X” ou ao Partido “Y” no qual o cidadão votou –, o que não ocorre no sistema de lista aberta devido à transferência de votos e à possibilidade, inclusive, do cidadão auxiliar a eleição de alguém que ele não quer que seja eleito.

Por fim, a última crítica à implantação do sistema de lista fechada no Brasil é vinculada à ideia de que o cidadão teria um menor grau de escolha eleitoral, com conseqüente redução do vínculo entre eleitor e eleito, já que as “opções eleitorais” seriam definidas pelo partido político. Entende-se, desta forma, que haveria diminuição no direito à livre escolha do representante por parte do cidadão já que este não mais interferiria no resultado final por meio do seu voto, mas limitar-se-ia à escolha dos partidos, a quem caberia a “verdadeira” escolha.

Novamente tal crítica é infundada. Não há que se falar em cerceamento, e nem mesmo em diminuição, do direito ao sufrágio pela implantação da lista fechada, já que o cidadão continuará a ter a mesma possibilidade de escolha que tem na atualidade –

do ponto de vista jurídico, *continuará a votar em partidos políticos* como o faz na atualidade. Há de se destacar também que a opção de escolha do cidadão não é absoluta na atualidade, já que este escolhe *dentre os candidatos escolhidos previamente pelo partido político*, da mesma forma que aconteceria em uma eventual mudança para o sistema de lista fechada.

Estas críticas podem, inclusive, ser utilizadas para a fundamentação de outra ideia a favor da lista fechada, qual seja, a de que esta lista necessita de maior envolvimento do cidadão com os partidos políticos. Conforme mostrado anteriormente neste texto, o cidadão brasileiro dá pouca ou nenhuma importância a tais instituições, e talvez seja possível afirmar que ele as enxerga como verdadeiro “mal necessário” para o funcionamento da democracia. A lista fechada, por sua vez, exigiria do cidadão maior proximidade com o partido, já que, por saber exatamente a quem seu voto foi direcionado,<sup>13</sup> poderia ter condições de cobrar do mesmo durante o exercício da legislatura – o que se torna inviável de ser realizado no atual sistema de lista aberta em funcionamento no Brasil. Ao exercer o papel fundamental de acompanhamento do Poder Legislativo durante a legislatura, estaria o cidadão contribuindo para o próprio aperfeiçoamento do sistema político-jurídico como um todo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compete ao jurista buscar mecanismos que consigam melhorar não apenas a interpretação da Constituição, mas também que possam solucionar as falhas eventualmente presentes no texto original ou aquelas decorrentes da evolução natural da sociedade. Neste sentido, a interpretação exclusivamente positivista da CF<sup>14</sup> é prejudicial à concretização da democracia no Brasil, já que permite, no que concerne ao tema analisado neste texto, que se considere

---

13 O cidadão sabe que seu voto realmente foi para o Partido “A” ou para o Partido “B” de maneira a auxiliar na eleição dos candidatos que estão no topo da lista dos respectivos partidos, não havendo a já citada transferência de votos.

14 Entende-se por “interpretação exclusivamente positivista da constituição” aquela “que tende ao argumento de autoridade, de cunho dogmático-formal” e que leva ao “manualismo”, ou seja, à criação de “manuais” que apenas *reproduzem*, e não verdadeiramente *constroem*, o conhecimento jurídico (XIMENES, 2010, p. 3).

como democrático um país que permite a participação do cidadão sem, contudo, analisar a *qualidade* desta participação (BORÓN, 1994, p. 94-103, *passim*). Ou seja, reproduz-se desta forma a ideia de que por democracia entende-se a simples presença de determinadas *regras do jogo*<sup>15</sup> sem que se analise se tais *regras do jogo*, ao serem aplicadas, contribuem para a concretização dos princípios fundantes da sociedade e do Estado ou se acabam por prejudicá-los.

Ora, se o processo de desenvolvimento científico se origina a partir da dúvida (XIMENES, 2010, p. 3), torna-se necessário então analisar até que ponto a atual Constituição de 1988, bem como a legislação eleitoral infraconstitucional, trata os princípios referentes à democracia. Assim, vislumbra-se claramente que as atuais regras eleitorais – elaboradas em um contexto completamente distinto do atual e inúmeras vezes remendadas, mas nunca verdadeiramente alteradas – não concretizam os princípios anteriormente referidos. Isto é grave, posto que a esfera política da sociedade – que no mundo antigo era vista como o grau mais elevado de atividade social que poderia ser desempenhada por um cidadão (BITTAR, 2005, p. 106-9, *passim*) – atualmente é vista associada apenas à corrupção, a crimes político-eleitorais, a meio para fácil enriquecimento ou até mesmo como meio para que se evitem punições devido ao foro privilegiado que parlamentares possuem.

Desta maneira, considerando-se que os fatos jurídicos são também fatos sociais, políticos, históricos, econômicos, e que não são corretamente analisados pela simples leitura daquilo que está posto na lei (XIMENES, 2010, p. 3), neste trabalho buscou-se analisar de que maneira as regras atuais do sistema eleitoral brasileiro – especificamente nas eleições proporcionais, que se utilizam do sistema de lista aberta – contribuem para a concretização daqueles princípios que estão mais diretamente relacionados à democracia de maneira geral, ou seja, os princípios da soberania popular, da democracia partidária e da representatividade. O que se viu não é animador, já que a legislação acaba, na prática, por afastar o cidadão da esfera coletiva.

---

<sup>15</sup> Acerca da democracia como simples *regras do jogo* ver Schumpeter (1961). Uma síntese de tais regras é apresentada por Bobbio (1998, p. 327).

Nesta perspectiva, é importante destacar que a fundamentação parte de um ponto de vista comunitarista, não liberal, por pressupor que os valores e princípios da dignidade humana, do pluralismo político e da cidadania só podem efetivamente (co)existir em um substrato social que tenha por base a solidariedade entre aqueles que dele fazem parte. Por outras palavras, não se pode pressupor que uma interpretação liberal da constituição – que leva ao individualismo exacerbado típico dos dias atuais – incentive a preocupação que o cidadão deve ter para com a coletividade (XIMENES, 2010, esp. Cap. 2). Da mesma maneira, a interpretação liberal da sociedade dificulta o entendimento da noção de dever fundamental, já que pressupõe o cidadão apenas como receptor passivo de direitos e não como um ser humano que, dotado de dignidade, tem a contribuir para com a vida em coletividade. A implantação da lista fechada pode, portanto, ser um mecanismo que leve à retomada da cidadania no país ao fortalecer, e não enfraquecer, os partidos políticos como instituição que exerce o monopólio constitucional da representação política.

## Bibliografia

ALMEIDA, Alberto. Amnésia eleitoral: em quem você votou para deputado em 2002? E em 1998?. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (orgs.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BELCHIOR, Ana Maria. *Confiança nas instituições políticas*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2015.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia do direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. Verbetes "democracia". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. 11 ed. Brasília: UnB, 1998.

BORÓN, Atílio. *Estado, capitalismo e democracia na América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas eleitorais 2014*. Estatísticas de resultados - Comparecimento e votação. Eleições Gerais 2014 - 1º Turno. Cargo: Presidente. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-resultado>>. Último acesso em 14 de fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Texto compilado. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Último acesso em 6 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Texto compilado. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737compilado.htm)>. Último acesso em 7 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Texto compilado. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/)>

L9096compilado.htm>. Último acesso em 7 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Texto compilado. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm)>. Último acesso em 7 de março de 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed., 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2014.

CINTRA, Antonio Octávio; AMORIM, Miriam Campelo de Melo. Listas preordenadas e financiamento público: prós e contras. *Liberdade e cidadania*. Ano I, nº 1, julho/setembro de 2008. Disponível em <[http://www.flc.org.br/revista/materias\\_viewb532.html?id=%7B50097250-D800-4C6C-AA4D-068E18E4C904%7D](http://www.flc.org.br/revista/materias_viewb532.html?id=%7B50097250-D800-4C6C-AA4D-068E18E4C904%7D)>. Último acesso em 14 de fevereiro de 2017.

CONGRESSO EM FOCO. Despenca a filiação de jovens até 25 anos a partidos políticos. *Congresso em foco*. 28 de junho de 2015. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/despenca-a-filiacao-de-jovens-ate-25-anos-a-partidos-politicos>>. Último acesso em 14 de fevereiro de 2017.

COTTA, Maurizio. Verbete “representação política”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: UnB, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FLEISCHER, David. As eleições municipais no Brasil: uma análise comparativa (1982-2000). *Opinião pública*. Campinas, Vol. III, nº 1, 2002. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/op/v8n1/14875.pdf>>. Último acesso em 14 de fevereiro de 2017.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MAIR, Peter. *Ruling the void: the hollowing of Western democracy*. Edição Kindle. Londres, Nova York: Verso, 2013.

MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002.

MAROTTA, Emanuele. Verbete “sistemas eleitorais”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen

C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: UnB, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Vol. II. Tomo III. Estrutura constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra, 2014.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. Vol. III. Tomo VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Coimbra, 2007.

MOREIRA, Vital. *"Respublica" Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2014.

NICOLAU, Jairo. O sistema eleitoral de lista aberta no Brasil. *Dados*. Rio de Janeiro, v. 49, n° 4, 2006. P. 689-720. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582006000400002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582006000400002&lng=pt&nrm=iso)>. Último acesso em 14 de fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. *Revista Caderno de Estudos Sociais e Políticos*. V. 4, n. 7, jan-junho 2015. Disponível em <[https://www.academia.edu/11288627/\\_Como\\_aperficaoar\\_a\\_representacao\\_proporcional\\_no\\_Brasil\\_Revista\\_Cadernos\\_de\\_Estudos\\_Sociais\\_e\\_Politicos\\_v.4\\_n.7\\_jan-junho\\_2015](https://www.academia.edu/11288627/_Como_aperficaoar_a_representacao_proporcional_no_Brasil_Revista_Cadernos_de_Estudos_Sociais_e_Politicos_v.4_n.7_jan-junho_2015)>. Último acesso em 14 de fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_. Voto personalizado e reforma eleitoral no Brasil. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (orgs.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

OPPO, Anna. Verbete "partidos políticos". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: UnB, 1998.

RABAT, Márcio Nuno. *Análise crítica da reforma política*. Novembro de 2009. Disponível em <[http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema3/2009\\_1842.pdf](http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema3/2009_1842.pdf)>. Último acesso em 14 de fevereiro de 2017.

SARDINHA, Edson. No impeachment, só 34 eleitos com os próprios votos. *Congresso em Foco*. 22 de abril de 2016. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/so-35-deputados-se-elegeram-com-a-propria-votacao>>.

Último acesso em 23 de março de 2017.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo da Cultura, 1961.

STOPPINO, Mario. Verbete "ideologia". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: UnB, 1998.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

XIMENES, Julia Maurmann. *O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



## **RUTH M. P. SANTOS**

Bacharel em direito e mestre em direito das relações internacionais pelo Centro Universitário de Brasília e doutoranda em direito, com especialização em ciências jurídico-internacional e Europeia na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É advogada, pesquisadora bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior e pesquisadora voluntária do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade.

## **A GOVERNANÇA GLOBAL A PARTIR DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA APLICADA NO PROCESSO BRASILEIRO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

A inserção de mecanismos de direito europeu e internacional no processo de contratação pública revela possibilidades jurídicas importantes para o desenvolvimento brasileiro da esfera pública, sobretudo no aumento da *accountability* dos agentes públicos a partir da adoção do Princípio da Transparência como um valor a ser atribuído nas legislações nacionais. Nesse sentido, o tema revela interesse no âmbito da governança no século XXI em virtude da emergência do Direito Administrativo Global, que exerce um papel de regulador global e que pode influenciar positivamente no processo de *accountability*, promovendo a proteção dos direitos fundamentais e a implementação da democracia.

O processo de contratação pública já não pode ser entendido como o mesmo de anos atrás, já que houve a alteração desse direito em virtude da globalização e/ou internacionalização do direito. Isto quer dizer que a visão monista que se tem do direito administrativo não se coaduna mais com as novas relações transfronteiriças que o Estado passou a ter. Nota-se, portanto, a influência do Direito Internacional na ótica da Administração Pública, bem como na contratação pública, como se verifica no direito europeu, em que padrões normativos são definidos por meio das diretivas europeias que devem ser incorporadas na ordem interna dos Estados.

Verifica-se, portanto, a aproximação da contratação pública no contexto do Direito Administrativo Global, isto porque o critério da transnacionalidade transpõe o tema para além das barreiras do

Estado justificando a expansão da regulação global, transposta na teoria do Direito Administrativo Global, pois há a criação de novas relações estatais que estão além da fronteira da Administração interna, e que, conseqüentemente, necessitará de padrões normativos para tornar possível essa regulação, que agora não se restringe a um ou outro país.

Importa destacar que a defesa teórica do Direito Administrativo Global está pautada na ideia de uma construção de governança global, formada por normas internacionais e com base em princípios de direito administrativo. Isto tem por objetivo a reorganização do novo espaço internacional, que agora tem em conta não apenas os Estados, mas também as organizações internacionais e atores privados, além das relações intergovernamentais, que ensejam na formação de mecanismos comuns pautados na cooperação.

É nesse sentido que o direito administrativo global traz consigo mecanismos, princípios, práticas e acordos sociais que respaldam e que promovem e/ou afetam a *accountability* dos órgãos globais administrativos, a fim de assegurar que se cumpra padrões de transparência, participação, tomada de decisões fundamentadas e dentro da legalidade, promovendo a efetiva avaliação das normas e decisões que aprovam.

Diante dessa característica do direito administrativo global, com a construção de entendimentos globais acerca de diferentes temas, bem como a participação das organizações internacionais, Estados e atores privados dentro de uma mesma esfera de tomada de decisão, é que surge a necessidade de averiguar o processo de contratação pública à luz da criação de valores, regras e princípios comuns oriundos do direito internacional e do direito comunitário europeu, que serão reguladas pelo direito administrativo global, a fim de coordenar as relações administrativas, podendo levar à melhoria do procedimento administrativo de contratação pública no plano do direito nacional.

Por essa razão, o presente artigo objetiva trabalhar o Princípio da Transparência como um valor do Direito Administrativo Global em virtude de seu reconhecimento pelas instâncias global e europeia como indispensável ao processo de contratação pública, seja por se tratar de uma ferramenta de governança global, seja por ser um mecanismo de aumento da responsabilidade com prestação de contas por parte da Administração Pública. Além disso, em análise comparada ao Brasil o Princípio da Transparência está direcionado, quase que inteiramente, para a gestão do gasto público, excluindo o controle das licitações, que geram um alto índice de irregularidades e corrupção.

É necessário alterar o direito administrativo brasileiro, sobretudo o processo licitatório, que ainda possui a ótica apenas nacional, a fim de inserir com mais afinco o Princípio da Transparência nas relações adjudicatórias, criando assim maior responsabilidade dos administradores públicos, bem como diminuindo os casos de corrupção oriundas das licitações. Posto isto, sugere-se que o princípio da transparência, sendo observado como um valor global já inserido no processo licitatório europeu e global, sirva de parâmetro para a alteração do sistema brasileiro de contratos públicos, que pouco preza pela transparência, muito embora existam mecanismos normativos que possibilitam a verificação da atuação da Administração Pública.

Em virtude disso, propõe-se a atuação do Direito Administrativo Global, por meio da regulação global “top down”, que se origina da administração internacional e das normas internacionais, ante a deficiência de accountability, com a ampliação da eficiência e a garantia aos cidadãos da promoção dos direitos individuais e da implementação dos ideais democráticos, de modo que o cidadão esteja plenamente informado, sendo capaz de contribuir para a responsabilização dos agentes públicos ante a sua participação nas ações em prol da coletividade, melhorando o funcionamento da sociedade e, por que não dizer, do próprio Estado.

## **O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA COMO BASE DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA UNIÃO EUROPEIA E NO CONTEXTO GLOBAL**

A contratação pública é um tema que tem ganhado amplitude mundial por não mais se restringir aos limites territoriais do Estado, ao menos no que se refere às normas e à dimensão dos contratos públicos. Na esfera global, os princípios da não discriminação, da publicidade, da livre concorrência e transparência garantem que os entes públicos atuem com clareza para com o interesse público, bem como frente a países terceiros. Além disso, os princípios de direito administrativo que fundamentam o Estado de Direito são essenciais para legitimar o ordenamento jurídico em uma perspectiva global.

O princípio da transparência, juntamente com a *accountability*, é um dos focos de estudo do direito administrativo global, sendo ambos aplicados ao processo de contratação pública a fim de proteger os direitos dos cidadãos e promover os ideais democráticos a partir de uma adjudicação transparente e mais eficiente. Deste modo, o princípio da transparência deve atuar de forma complementar e sincronizada com a vertente nacional e global, a fim de realizar o controle e a *accountability* nas compras públicas por meio dos órgãos de controle internos que adotaram, ou já adotaram, padrões normativos de transparência que tem origem na ordem global.

Nessa linha, o princípio da transparência está previsto pela Organização das Nações Unidas (ONU), na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), ratificada em dezembro de 2005, inclusive pelo Brasil e pela União Europeia. Dos 71 artigos da Convenção, quatro chamam a atenção no âmbito deste texto, que são: art. 5º, sobre medidas preventivas; art. 7º, sobre setor público; art. 9º, sobre contratação pública; e art. nº 10, sobre informação pública.

No que se refere à contratação pública a Convenção determina que cada parte signatária, nos moldes dos princípios vigentes em seu direito interno, deve adotar as medidas necessárias para

estabelecer um sistema apropriado de contratação pública com base na transparência, na concorrência e em critérios objetivos de decisão que sejam capazes de prevenir a corrupção, pautado, sobretudo, na difusão pública de informação e nos mecanismos de controle. A promoção da transparência e da *accountability* é um dever de cada Estado Parte, que deve inserir na legislação interna referente à Administração Pública medidas como a instauração de procedimentos ou regulamentos que facilitem o acesso dos cidadãos aos atos praticados pela Administração Pública (ONU, 2007).

Ainda na esfera global, destaca-se também o princípio da transparência oriundo da Organização Mundial do Comércio (OMC), que configura, juntamente com o princípio da Nação Mais Favorecida e do Tratamento Nacional, um dos pilares do sistema multilateral de comércio. A transparência no comércio internacional significa impedir obstáculos ao comércio, de modo que os países membros adotem mecanismos e políticas comerciais transparentes, dando maior previsibilidade e estabilidade ao comércio internacional.

Além dos acordos que trazerem disposições específicas acerca da transparência, a OMC adota o Mecanismo de Exame das Políticas Comerciais, que tem por objetivo promover o cumprimento por todos os membros das normas e disposições da OMC juntamente com os compromissos assumidos. Isso ocorre por meio da verificação coletiva das políticas comerciais adotadas pelos Membros não para fazer cumprir as obrigações ou procedimentos, tampouco para impor novos compromisso, mas para aumentar a transparência e compreender as políticas e práticas comerciais (WTO, 2015).

No que se refere à contratação pública, a OMC trabalha com a sua promoção desde 1996, quando instituiu um grupo de trabalho sobre transparência nos contratos públicos que valorizou a inserção desse valor nas políticas nacionais. Quanto ao seu Acordo sobre Contratação Pública, o princípio da transparência vem expresso em diversas partes do texto normativo, desde o preâmbulo que

reconhece a importância de os países signatários disporem de medidas transparentes no que se refere aos contratos públicos, de modo que as contratações sejam transparentes e imparcial, a fim de evitar conflitos de interesses e práticas corruptivas, em consonância com a Convenção das ONU contra corrupção (WTO, 2014).

De igual modo, estabelece que a execução da contratação deve ser realizada de maneira transparente e imparcial, adotando os métodos de licitação pública, de modo a evitar o conflito de interesses e impedindo a corrupção. Além disso, prevê a transparência da informação sobre a contratação e procedimentos internos de revisão, em que as partes possam apresentar recurso de modo eficaz, transparente e não discriminatório, com o intuito de impugnar o concurso público (WTO, 2014).

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) também traça *standards* de transparência e de troca de informações, bem como a sua implementação. Sobretudo a partir do contexto da crise econômica europeia, houve um esforço em fazer cumprir as recomendações da OCDE, permitindo maior circulação das informações e aumento da transparência nos mercados econômicos a fim de evitar as fraudes, a evasão fiscal e o branqueamento de capitais. No contexto europeu, a transparência e a ampliação das informações em redes de cooperação são essenciais devido ao alargamento do espaço comunitário com a abolição de fronteiras e a livre circulação de pessoas, mercadorias e capitais, tornando-se uma questão crucial para o desenvolvimento do mercado comum europeu (AZEVEDO, 2010, p. 13-5).

O princípio da transparência permeia todo o processo de padronização (criação de *standards*) na União Europeia, desde o Tratado de Maastrich, a partir da Declaração relativa ao direito de acesso à informação. Tal documento considerou que "a transparência do processo decisório reforça o caráter democrático das Instituições e a confiança do público na administração", determinando que até o ano de 1993 deveria ser apresentado um relatório com as medidas direcionadas à facilitação do acesso à informação (UNIÃO EUROPEIA, 1992).

A ideia transcrita na Declaração vem disposta no preâmbulo do Tratado de Lisboa de 2009, ao tratar sobre o desejo de aprofundar o caráter democrático e transparente da vida pública. Isto revela o intuito de aproximar a União Europeia dos cidadãos, posto que não se pode desenvolver as atividades comuns sem o conhecimento do cidadão – pressuposto democrático para reforçar os direitos fundamentais, sobretudo a partir do direito à informação. A transparência tornou-se assim um imperativo para a integração europeia, necessário para a construção da confiança por parte do cidadão nas instituições públicas (GRARD, 2012).

No que se refere aos contratos públicos, as normas europeias, incluindo as diretivas acerca do assunto, trazem consigo a obrigação de transparência, que está associada ao Princípio da igualdade de tratamento. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)<sup>1</sup> entendeu que a obrigação de transparência se refere à garantia, no processo adjudicatório, da inexistência de favoritismo ou arbitrariedade por parte da entidade adjudicante, que deve garantir a todos os proponentes um certo grau de publicidade permitindo a abertura da concorrência e do controle da imparcialidade do processo. Além disso, todas as condições e as modalidades do processo de adjudicação devem atingir a todos os participantes de uma mesma maneira, de modo que as informações sejam claras, precisas e unívocas a fim de permitir a todos os proponentes compreendam as condições as modalidades do processo de adjudicação (OBSERVATÓRIO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA, 2009).

Corroborando com o entendimento da Advocacia-Geral, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no processo T-165/12, entendeu que o Princípio da igualdade de tratamento implica numa obrigação de transparência. Além disso, o princípio da transparência, nos contratos públicos, deve garantir que nenhum proponente seja favorecido em detrimento dos demais, tampouco que existam práticas arbitrárias por parte da Administração Pública, representada pela entidade adjudicante. O TJUE considera

---

1 Especialmente o acórdão *Telaustria, Telefonadress e Parking Brixen*.

que o princípio da transparência cria a obrigação de que todas as informações referentes à adjudicação estejam disponíveis, de modo que as empresas participantes possam compreender o alcance exato da proposta sem qualquer ambiguidade, facilitando, inclusive a verificação dos cumprimentos dos critérios por parte do adjudicante (TJUE, 2013).

Por fim, porém, não menos importante, a Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na sua Carta Democrática Interamericana de setembro de 2001, entende que a transparência é indispensável para o exercício da democracia e das atividades governamentais, bem como a probidade e a responsabilidade dos agentes públicos na gestão administrativa, com o devido respeito aos direitos sociais. Insere a transparência no contexto das organizações políticas, posto que as campanhas eleitorais devem obedecer a um regime equilibrado e transparente de financiamento de suas atividades (OEA, 2001).

Muito embora a Carta Democrática não trate propriamente da contratação pública, ao estabelecer o princípio da transparência como um princípio do Estado de Direito e como um mecanismo necessário para a democracia o documento reflete-se diretamente nos contratos públicos. Principalmente, quando se trata do aumento da *accountability* na Administração Pública, pois, no caso brasileiro o nível de responsabilização dos agentes públicos é baixo, bem como a valorização da transparência ainda caminha a passos lentos, como se demonstrará a seguir.

### **A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA ÀS REGRAS BRASILEIRAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

No presente tópico, a proposta é apresentar o princípio da transparência no contexto brasileiro de contratação pública, tendo em vista a sua pouca adesão nas normas nacionais, isto porque o princípio não se encontra expresso no texto da lei de licitação. Tampouco os princípios regentes do direito administrativo e, especificamente, do processo licitatório, inserem a transparência

diretamente, sendo a associação dos Princípios da publicidade e da igualdade o que mais próximo chega do previsto na esfera global.

Na esfera jurídica brasileira, a transparência foi, normativamente, concebida em 2011 por meio da lei nº 12.527, que regula o acesso à informação, porém não direcionado à contratação pública. A proposta da lei era ampliar e facilitar o acesso às informações do poder público para o cidadão, dando publicidade aos seus atos. Todavia, a norma já nasceu pendente de regulamentação acerca dos prazos para a sua concretização, sendo necessário a elaboração do decreto nº 7724/12, que regulamentou a referida lei, somente no âmbito do Poder Executivo Federal (FERNANDES, 2012).

A Constituição Federal de 1988 traz a previsibilidade do acesso à informação no art. 5º, XXXIII, art. nº 37, § 3º e art. nº 216, § 2º, que dispõe sobre o direito de receber dos órgãos públicos informações, no interesse particular ou coletivo, sob pena de responsabilização, bem como deixando a cargo de lei específica a regulamentação da participação do usuário na Administração Pública. Complementa-se, também, o art. nº 37, §1º, que traz o Princípio da publicidade dos “atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social”.

A lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo, consolidou a transparência administrativa, ao exigir a participação dos cidadãos no procedimento administrativo e a motivação de suas decisões (TABORDA, 2002, p. 261). Destaca-se, também, a Lei Complementar nº 101/2000 a chamada *Lei de Responsabilidade Fiscal* (LRF), que busca a criação da responsabilidade na gestão fiscal por meio da ação planejada e transparente a fim de evitar riscos ou corrigir os desvios nas contas públicas. Ademais, determina que a transparência deverá ser realizada por meio do incentivo à participação popular, acompanhamento pelo cidadão em tempo real da execução orçamentária e financeira e adoção de um sistema de administração e controle.

No que se refere aos contratos públicos, a lei nº 8.666/94, que disciplina licitações e contratos, prevê a publicidade em relação ao procedimento para o conhecimento de todos os interessados, como também os atos praticados durante as fases da licitação, sendo aberto aos interessados. No entanto, a publicidade varia conforme a modalidade de licitação: torna-se mais ampla na concorrência, pois o interesse da Administração é atrair um grande número de licitantes, e é reduzido na modalidade de convite, em que o valor do contrato dispensa maior divulgação (DI PIETRO, 2014, p. 375).

Além disso, o Decreto nº 5.482/2005, que instituiu o Portal da Transparência, gerido pela Controladoria-Geral da União (CGU), criou páginas de transparência pública no âmbito federal, estadual e municipal a fim de assegurar boa gestão e aplicação dos recursos pelo aumento da transparência, permitindo que o cidadão acompanhe a utilização do dinheiro público e ajude na fiscalização. Nesse sentido, a CGU instituiu o programa *Brasil Transparente*, por meio da Portaria nº 277/2013, que tem por objetivo promover a transparência na administração pública, aberta à participação social, com a capacitação e conscientização dos servidores públicos na valorização da transparência, bem como do cidadão.<sup>2</sup>

Nesse sentido destaca-se a pesquisa realizada pela Universidade de Brasília acerca do Portal da Transparência federal e estaduais.<sup>3</sup> Em relação ao Portal da Transparência federal verificou-se que 72% (setenta e dois por cento) responderam que o Portal é eficaz na divulgação dos gastos do governo federal, sendo considerado por 72% (setenta e dois por cento) do perfil profissional e 65% (sessenta e cinco por cento) do cidadão considera navegação no portal muito fácil ou fácil. No entanto, as informações mais difíceis de serem encontradas e entendidas são as que se relacionam aos tópicos de “quanto e

---

2 Conforme informações disponibilizadas pela Controladoria Geral da União em <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/brasil-transparente/o-programa>>. Último acesso em 27 de março de 2017.

3 A pesquisa foi realizada pela Universidade de Brasília no período de 10/2/2014 a 11/4/2014. Foram obtidas 1.649 respostas válidas e 98% delas partiram de usuários do Brasil.

em que o governo gasta”, “como e o que o governo compra” e “quanto e quais empresas ou entidades recebem do governo” (UnB, 2014, grifo nosso).

No que se refere aos portais estaduais, outra pesquisa<sup>4</sup> acerca de quão transparente estes portais são concluiu que os portais do Ceará e do Rio Grande do Sul são os mais transparentes. O portal da transparência do Ceará apresentou todos os itens considerados na pesquisa, de forma integral e compreensível, enquanto o do Rio Grande do Sul, apresentou mecanismos de acompanhamento externo, porém, as informações fornecidas não estavam na íntegra ou inteligível; *além das informações sobre os processos licitatórios entre outras informações foram consideradas incompletas* (ALMADA, 2013, grifo nosso).

Os demais portais, dos diversos estados, mostraram-se negligentes no que se refere aos itens essenciais, como Lei Orçamentária Anual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e sobre Plano Plurianual, não sendo possível o *download* dos dados informativos. Ademais, dez portais não forneciam nenhum tipo de informação sobre convênios firmados pelo governo, *tampouco ofereciam informações sobre os processos de licitação*. Por fim, tanto o PIB, quanto o IDH não influenciaram na qualidade das informações contidas nos portais (ALMADA, 2013, grifo nosso).

Desse modo, a simples divulgação da informação não é suficiente para se alcançar a transparência dos atos administrativos. É também necessário observar três elementos fundamentais: a publicidade, a compreensibilidade das informações e a utilidade para as decisões. O primeiro refere-se à ampla divulgação da informação à população, proporcionando o acesso por diferentes meios, de modo oportuno e tempestivo. Quanto ao segundo aspecto, trata-se da forma como a informação é apresentada ao público, que deve ser uma linguagem compreensível e orientada

---

4 Foi levando em consideração relação prática na internet, por meio da análise quantitativa e qualitativa, que buscou avaliar os aspectos informativos e a inteligibilidade no conteúdo oferecido pelos portais, além disso, utilizou o critério de índices econômicos e sociais (PIB e IDH) para explicar o grau de transparência encontrado. Assim, foram verificados 25 portais de transparência estaduais e do Distrito Federal, pois, o do Estado do Rio de Janeiro estava fora do ar.

ao perfil dos usuários, no sentido de aumentar o entendimento da informação. Por fim, a informação tem de ser relevante e confiável, não direcionada, unicamente, aos interesses dos usuários (PLATT NETO, 2007 p. 85-6).

Muito embora a transparência tenha previsão normativa no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o esforço da CGU para adotar práticas mais transparentes a fim de diminuir a corrupção, pode-se observar que a preocupação principal nos portais da transparência é na gestão orçamentária e fiscal no gasto realizado pelo governo, tanto por parte do Estado quanto pelo indivíduo. Olvida-se, portanto, que antes de se analisar os gastos há um processo licitatório anterior, que deve ser pautado, sobretudo, no princípio da transparência, desde a intenção da Administração Pública em contratar até a gestão do gasto público, pois, no Brasil, as licitações lideram as irregularidades e são inseridas em práticas corruptivas decorrente de “troca de favores”, oriundos da campanha eleitoral, muitas vezes realizando-se o direcionamento de licitação ou licitações fictícias para que os recursos públicos se mantenham com os fraudadores, acarretando inclusive em cartéis e práticas colusivas impedindo a concorrência, bem como diminuindo a eficiência da contratação pública (OLAYA; WIEHEN, 2006, p. 50).

Corroborando com isso, destaca-se o Programa de Fiscalização por Sorteio, em que a CGU fiscaliza os municípios brasileiros anualmente, e constatou-se, de forma seguida, que as irregularidades mais constantes são nos processos licitatórios. Dentre as anomalias, destaca-se a dispensa indevida de licitação, uso da mesma licitação para contratar diversas obras, montagem irregular dos processos licitatórios e vínculos familiares entre os licitantes e o prefeito municipal. Além do uso de notas fiscais falsas, de empresas ou em nome de “laranjas” e direcionamento dos processos licitatórios. Houve ainda desvio de recursos e de equipamentos, prática de superfaturamento do contrato e pagamento por serviços não realizados (CGU, 2010).

Como exemplo destacam-se alguns casos em que a CGU encontrou irregularidades, como a ausência de numeração de

páginas, na contratação na modalidade convite, no valor de R\$ 2,5 milhões, podendo incluir ou retirar páginas do documento, bem como a inexistência de empresas convidadas para a referida licitação. Outra situação foi a existência de vínculo familiar entre os sócios da empresa vencedora de várias licitações ocorridas no município e a aquisição de compra de merenda escolar acima da quantidade necessária. No caso em tela, o município de Pimenta Bueno, em Rondônia, adquiriu seis mil quilos de frango para utilizar em uma escola no período de três semanas, sendo que a quantidade é equivalente para o ano inteiro e para todas as escolas do município.

Além desses casos, salienta-se a aquisição de um veículo para a prefeitura, no valor de R\$ 87,5 mil, porém, jamais foi localizado, pois não foi comprado. Verificou-se, também, que a prefeitura contrata empresas para realizar as obras, mas na verdade são realizadas pelos moradores ou por operários sem vínculo com a empresa contratada. Constatou-se, também, que há inclusão de moradores dos municípios como proprietários de empresas que irão participar da licitação, no entanto, esses moradores são agricultores ou empregadas domésticas, que não têm nenhuma relação com a contratação, servindo apenas de laranjas para as licitações irregulares.

Nota-se, portanto, que apesar da existência dos mecanismos de transparência acima mencionados, os processos licitatórios não refletem a transparência necessária para se garantir a idoneidade da contratação, fazendo surgir inúmeras irregularidades. Por essa razão, não basta simplesmente dispor a informação sobre a gestão do gasto público, deve-se ponderar que o princípio da transparência é mais amplo que a publicidade, isto porque não basta publicitar os atos administrativos, a informação deve ser relevante, dispor de confiança e ser inteligível, bem como, permear todo o processo de contratação pública.

É por meio da transparência que se realiza a accountability, sendo a publicidade e o acesso à informação um instrumento de concretização da transparência indispensável e necessária para o

processo licitatório brasileiro, que se encontra em um momento de crise em virtude das inúmeras denúncias de corrupção. Por essa razão é que se propõe a realização da regulação de cima para baixo (*top down*), ou seja, tomar o princípio da transparência como valor do direito administrativo global e inseri-lo na contratação pública brasileira com a criação da *accountability* e da ampliação da eficiência, com a garantia da proteção dos direitos e a implementação da democracia.

### **A INSERÇÃO DOS VALORES GLOBAIS DE TRANSPARÊNCIA NO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA: PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E IMPLEMENTAÇÃO DOS IDEAIS DEMOCRÁTICOS**

Ao longo do texto demonstrou-se a necessidade de prezar pelo Princípio da Transparência nos contratos públicos, o que já tem sido uma preocupação das Organizações Internacionais, tais como a ONU e a OMC, e de sistemas regulatórios globais, como a União Europeia, que inseriu tal princípio não apenas nas normas de contratação pública, mas também como um mecanismo para a proteção e promoção do mercado interno europeu. De maneira análoga, defende-se que por meio da inclusão do princípio da transparência na legislação brasileira será possível aumentar o nível de *accountability* no processo brasileiro de contratação pública. Propõe-se tal inserção uma vez que os atuais instrumentos de transparência, bem como as atuais normas brasileiras, não são capazes de evitar os problemas de ilicitude nas licitações.

A transparência se torna necessária para garantir um processo licitatório fidedigno, pois o risco de corrupção está relacionado com leis de má qualidade e falta de mecanismos de transparência. Sendo impossível estabelecer uma *lei mundial* sobre contratos públicos, pela obviedade da questão, torna-se imperioso trabalhar com o valor que a transparência denota no âmbito global. Ora, se a Convenção da ONU contra corrupção, a qual o Brasil é signatário, estabelece um nível global mínimo de transparência, por que os princípios e regras contidas na mesma não podem se tornar um valor e um padrão na ótica interna brasileira?

O princípio da transparência é um objetivo a ser perseguido pelo direito administrativo global não apenas para se tornar uma referência da boa governação, mas também para dar transparência às decisões e para ampliar o acesso à informação, posto que são bases importantes para o exercício do direito de participação, do direito de revisão e ainda para a promoção da accountability, expondo as decisões administrativas e os documentos relevantes ao escrutínio público (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012, P. 345). Tal raciocínio se mostra relevante especialmente quando se considera que é por meio da transparência nas leis, regulamentos, instituições e decisões – que devem ser acessíveis ao público em geral – que se pode alcançar a responsabilização dos agentes públicos, das partes interessadas e dos tomadores de decisão, evitando-se que as práticas ilícitas prosperem no escuro da legislação.

É indispensável que mecanismos de transparência sejam criados desde o início do processo de adjudicação e que estejam presentes em todas as fases, desde a tomada de decisão até a auditoria, de modo que a Administração Pública forneça voluntariamente e de maneira proativa informações públicas por meio da mídia impressa e eletrônica, bem como todas as partes interessadas sejam plenamente informadas e consultadas sobre todo o processo. Assim, a utilização do dinheiro público com transparência denota a melhoria da eficiência na contratação de bens e serviços, pois diminui-se o emprego do patrimônio público para o favorecimento ou favores a pessoas ou empresas específicas, tratando todos interessados de maneira igualitária e concorrencial (OLAYA; WIEHEN, 2006, p. 55).

Ademais, o reforço da transparência, bem como dos instrumentos de controle da atividade administrativa, que podem partir de qualquer cidadão ou dos participantes no procedimento adjudicatório, tem como pretensão aceder à informação administrativa, inexistindo motivos para limitar o acesso especialmente quando se analisa a situação da perspectiva

do cidadão. É por meio dos mecanismos de transparência que se alcança a *accountability* dos agentes públicos, e eventualmente sua responsabilização pelos seus atos administrativos, além de contribuir positivamente na prevenção da corrupção (RAIMUNDO, 2013, p. 358).

Não se está aqui afirmando que o aumento da transparência extinguirá automaticamente a corrupção. No entanto, defende-se que tal aumento levará à ampliação da responsabilidade dos administradores públicos e dos demais envolvidos no processo adjudicatório, uma vez que se demonstrou que a transparência nos contratos públicos se funda, primordialmente, nas publicações dos atos administrativos. Defende-se também a ampliação do grau de transparência porque os mecanismos de transparência atualmente disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro não abarcam a contratação pública, espaço em que se encontra o maior número de ilicitudes. Diante disso, faz-se necessário buscar no direito administrativo global o padrão de transparência concebido como padrão internacional e que possa ser aplicável ao direito administrativo interno, realizando uma abordagem ou uma regulação de cima para baixo (*top-down*).

É necessária a compreensão de que o direito administrativo se desenvolve em duas vertentes: *bottom-up* (de baixo para cima) e *top-down* (de cima para baixo). A primeira vertente se verifica a partir dos instrumentos do direito administrativo nacional, que são ampliados para a esfera global, buscando-se assegurar a *accountability* e a participação na administração global por meio do direito nacional. Todavia, interessa-nos aqui a orientação *top-down*, a qual se realiza a partir de padrões de direito internacional contemporâneo (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012, p. 57): seria a aplicação direta, ou pelo menos a influência, dos padrões e dos instrumentos internacionais referentes ao Princípio da Transparência - e de igual modo dos mecanismos previstos na norma global - no processo brasileiro de contratação pública. Isto permitiria a aplicação de mecanismos de *accountability* de nível global no âmbito interno brasileiro, de maneira que indivíduos, grupos e até mesmo o Estado brasileiro estariam inseridos nos

processos administrativos globais e no de revisão das decisões, as quais poderiam ser realizadas por meio de órgãos internacionais (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012, p. 57) a partir de um tratado ou rede de cooperação, que adotaria procedimentos para a promoção da transparência, de informações a todos os interessados e ampliação de participação e da responsabilização dos envolvidos (STEWART, 2005, p. 72).

É necessário, portanto, a existência de mecanismos que garantam a prestação de contas, ou seja, a *accountability*, no processo brasileiro de contratação pública. A *accountability*, na definição de Grant e Keohane (2005), é o direito que determinados atores têm de julgar outros a respeito de sua conduta e de seu cumprimento das normas, bem como impor sanções no caso de descumprimento das responsabilidades. Neste caso, pressupõe-se a relação de poder entre aquele que analisa a conduta e determina a sanção e aquele que deve cumprir a norma ou ser responsabilizado, especialmente quando se considera que a legitimidade decorre das normas operacionais para a prestação de contas e do consentimento na autoridade daquele que emana o poder.

A função da *accountability* é expor e punir os abusos no exercício de poder não autorizado ou ilegítimo e decisões que são imprudentes ou injustas, sendo necessário que as instituições forneçam informações para controlar a responsabilidade, seja por ação ou omissão na esfera pública, permitindo impor sanções. A publicitação das informações é indispensável para a realização o processo de *accountability*; por essa razão o mecanismo de transparência é um componente funcional para a responsabilização democrática, facilitando a avaliação pública do desempenho no exercício do processo de tomada decisão pública, realizando uma transparência democrática (MACDONALD, T; MACDONALD, K, 2006, p. 90).

Além disso, para ampliar o campo de responsabilização dos agentes públicos é necessário delimitar o papel público e facilitar a avaliação pública do desempenho dos representantes. O primeiro

refere-se à identificação, por parte dos cidadãos, de quais são os poderes exercidos pelos agentes públicos e o papel que cada um exerce dentro do processo de decisão administrativa. Quanto ao segundo, refere-se à necessidade de divulgação dos resultados do processo de tomada de decisão.

Quando se delimita qual é o papel tanto do agente quanto do cidadão nos mecanismos de transparência é possível atribuir diretamente a responsabilidade para quem deveria alcançar o resultado pretendido na ação da Administração Pública e não o fez, bem como torna-se possível para o cidadão identificar o responsável para poder cobrar deste o cumprimento do serviço público. De igual modo, tal controle por parte do cidadão é reforçado quando se coloca a atividade do agente público ao crivo da avaliação pública por meio da divulgação completa das informações como o fundamento para a tomada da decisão, os meios utilizados para sanções, fontes de financiamento, detalhes de orçamento, dentre outros (MACDONALD, T; MACDONALD, K, 2006, p. 93). Ou seja, não basta publicitar o interesse da Administração Pública em abrir um processo licitatório; torna-se indispensável, para garantir uma política pública transparente, que os agentes públicos deem detalhes dos resultados e das razões que levaram à escolha daquela empresa em específico, não apenas com base no menor preço, além de demonstrar de maneira fática os resultados de determinada adjudicação.

Desta maneira, a partir do momento em que a Administração Pública expõe a fundamentação das decisões aumenta-se a transparência, garantindo que o processo de tomada de decisões esteja aberto ao escrutínio das partes interessadas. Ademais, os custos para ampliação do acesso à informação não deve ser um impeditivo de realizar uma política pública transparente, pois deve-se garantir que as informações sejam disponibilizadas de forma acessível e a baixo custo, em termos de tempo, dinheiro, educação, tecnologia e mobilidade, para que a transparência ultrapasse a perspectiva do valor comum global (MACDONALD, T; MACDONALD, K, 2006, p. 95) e se transforme em prática cotidiana

nas contratações públicas brasileiras.

Nessa linha, propõe-se que se realize a administração internacional<sup>5</sup> que se refere à regulação global por parte das organizações internacionais formais, o que significa dizer que a regulação global é feita por meio das organizações internacionais estabelecidas por meio de um tratado ou acordo executivo.

Assim, ao torna-se signatário da Convenção para o Combate à Corrupção o Brasil assumiu o compromisso de promover e fortalecer medidas que previnam e combatam à corrupção por meio da criação de agências anticorrupção, maior transparência no setor público, participação da sociedade, criação de códigos de conduta para os funcionários públicos e regras para a contratação pública, com a devida criminalização dos atos de corrupção.

Como apresentado anteriormente, a CGU tem assumido a responsabilidade acerca dos casos de corrupção, juntamente com o Ministério Público (MP) Federal e Estadual e com a Polícia Federal (PF), com inúmeras investigações, auditorias, elaboração de normas, etc. Todavia, a partir do Índice de Percepção da Corrupção (IPC), realizado anualmente pela Transparência Internacional (TI), nota-se que a corrupção no Brasil, ao longo de dez anos, não modificou em absolutamente nada, ao contrário, desde a adoção da Convenção da ONU contra a Corrupção o Brasil manteve os mesmos os resultados.

O Índice de Percepção de Corrupção (IPC) é o indicador de corrupção mais utilizado no mundo e refere-se às pontuações e classificações dos países/territórios com base em quão corrupto o setor público de um país pode ser. Esse índice é composto por uma combinação de levantamentos e avaliações de corrupção, recolhidos por institutos de pesquisa, considerando que a

---

5 A administração internacional é realizada pelas organizações internacionais formais ou seja, os atores administrativos são as organizações intergovernamentais criadas ao abrigo de um tratado ou acordo executivo. O segundo tipo de administração é realizado com base no diálogo entre os funcionários reguladores nacionais que atuam coletivamente em redes transnacionais de acordos de cooperação. Pode ocorrer, sem necessariamente, ter base em um tratado, ou pode ser resguardado por acordos que não são juridicamente vinculantes, porém são efetivos, portanto, verifica-se a ausência de estrutura no processo decisório e a cooperação acontece de maneira informal entre os reguladores estatais (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012, p. 21).

pontuação vai de uma escala crescente de 0 a 10, de um baixo nível de corrupção até altamente corrupto. As percepções são baseadas nas práticas corruptivas que surgem após a publicidade na mídia, investigações ou condenações, são analisados o número de procedimentos instaurados ou processos judiciais relacionados diretamente com a corrupção, bem como a eficácia do Ministério Público/Promotores, dos Tribunais e dos meios de comunicação em relação à investigação e exposição da corrupção no setor público, ou seja, administrativa e política. A partir da análise do IPC do ano de 2004 a 2014, o Brasil manteve-se no mesmo índice de corrupção, variando entre a 60<sup>a</sup> e a 80<sup>a</sup> posição, pontuando entre 3,3 e 4,3 (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2014).

Verifica-se, portanto, que os mecanismos como a Lei de Acesso à Informação e os portais da transparência, bem como a atuação realizada pela CGU, pouco têm surtido efeito no combate à corrupção no Brasil, não alcançando o padrão mínimo de transparência como disposto na Convenção da ONU sobre a corrupção – já que, como se viu na pesquisa da TI, o índice de corrupção no Brasil tem se mantido o mesmo. Além disso, vale lembrar que o Relatório sobre Barômetro Global de Corrupção,<sup>6</sup> também realizado pela TI, demonstrou que no Brasil as instituições nacionais mais corruptas e que geram preocupação são os partidos políticos, alcançado uma pontuação de 4,5 no ano de 2004, e mantendo a porcentagem de 81%, considerando extremamente corrupto, no ano de 2013. O mesmo ocorre com o Poder Legislativo que ficou com a pontuação de 4,3 em 2004, e em 2013, com 72%, como corrupto.

Diante disso, nota-se que o controle da transparência no processo brasileiro de contratação pública deve ser realizado não apenas pelas instituições nacionais, papel este que atualmente está sob responsabilidade da CGU em conjunto com MP e PF, mas também dos reguladores internacionais, via Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODOC), por meio da administração internacional, prevista nos tipos de regulação

---

<sup>6</sup> A pergunta da pesquisa era: "Em que medida considera que os seguintes setores se veem afetados pela corrupção em seu país?" A resposta varia de 1, para não corruptos, até 5, para muito corrupto.

do direito administrativo global. Isto se faz necessário porque os instrumentos nacionais normativos e funcionais de transparência não têm sido suficientes para controlar e responsabilizar os agentes públicos e privados envolvidos nos casos de corrupção decorrentes dos contratos públicos. Portanto, frente à deficiência da administração pública nacional é que se torna necessária a inserção dos valores e as normas globais para o aumento da *accountability* no ordenamento jurídico brasileiro de contratos públicos.

Ademais, torna-se imperiosa a regulação *top-down*, via administração por parte das organizações internacionais, pois há um deficit democrático no Brasil com baixa implementação dos direitos decorrentes dos serviços públicos, o que, em última instância, leva à fragilização e à diminuição do exercício da cidadania no Brasil.

Antes de tudo, é importante que se destaque que a cidadania é um direito fundamental na ordem constitucional brasileira. Ainda que formalmente a cidadania não esteja presente no Título II da Constituição – que traz explicitamente os direitos e garantias fundamentais –, o conceito se reveste do caráter de verdadeiro direito fundamental não apenas por se apresentar como um *fundamento* do Estado brasileiro – já que está presente no inciso II do artigo 1º da Constituição – mas também por refletir valores dos mais essenciais da sociedade brasileira.

Se a cidadania é um direito fundamental do cidadão compete a este exercê-lo, por um lado, e ao Estado em dar as condições necessárias para seu exercício, por outro. No âmbito do tema tratado neste texto, torna-se necessário considerar que um dos aspectos que precisam ser concretizados pelo Estado brasileiro para que o cidadão possa exercer seu direito fundamental à cidadania diz respeito, sem dúvida, à transparência que deve haver em seus contratos públicos. Destaque-se que tal transparência se torna necessária não apenas pela sua presença formal no texto constitucional brasileiro – conforme o *caput* do artigo nº 37 da Constituição brasileira – mas também, e principalmente, pelo

aspecto material do exercício da cidadania, já que não se pode vislumbrar o exercício da cidadania pelo cidadão sem que a este sejam dadas condições materiais para fazê-lo.

No que concerne ao aspecto formal, o próprio texto constitucional já traz, no aludido artigo nº 37, a determinação explícita de que o Estado brasileiro, em todas as suas instâncias, obedecerá ao princípio da publicidade. Veja-se que o texto constitucional é taxativo ao deixar claro que é uma obrigação do Estado brasileiro garantir o máximo de publicidade às suas ações. Em uma interpretação tanto axiológica quanto teleológica do texto constitucional brasileiro, percebe-se que o princípio da publicidade – utilizado como sinônimo do princípio da transparência ao qual se aludiu ao longo deste texto – se reveste de condição *sine qua non* no que diz respeito à possibilidade de ter o cidadão condições mínimas para exercer sua função de verdadeiro controlador do Estado. Além disso, destaca-se que no caput do artigo nº 37 o princípio da publicidade vem associado, dentre outros, ao princípio da moralidade, o que significa dizer que o administrador público, premido pela publicidade e pela transparência dos seus atos, não poderá nem deverá realizar ações imorais – tais quais a prática da corrupção – no exercício de suas funções públicas.

Por sua vez, o aspecto material do princípio da publicidade está diretamente relacionado, como já se referiu, à necessidade que o cidadão tem de estar bem informado para que possa efetivamente exercer sua função de controlador do Estado. Neste contexto, ainda que se por um lado possa ser possível argumentar que um nível mínimo de conhecimento dependa da atuação do próprio cidadão,<sup>7</sup> por outro parece ser inegável que o próprio cidadão, por mais que seja escolarizado e interessado na esfera coletiva, não poderá exercer o controle do aparelho do Estado se este não disponibilizar todas as informações necessárias ao cidadão – ou se eventualmente as disponibilizar de maneira incompleta

---

<sup>7</sup> Já que em última instância o cidadão pode até mesmo abrir mão de sua função de controlador do Estado caso decida se utilizar da liberdade individual constitucionalmente garantida de se preocupar apenas com sua vida privada, sem intervir na esfera coletiva – ainda que, claramente, não se concorde com tal apatia por parte do cidadão já que a vida em coletividade é pressuposto da ação cívica.

ou mascarada. Portanto, torna-se extremamente relevante que o Estado brasileiro se guie pelo princípio da transparência para que o cidadão, uma vez empoderado acerca do que é realizado pelo Estado no âmbito dos contratos públicos, possa, de maneira consciente, realizar o seu papel naquilo que ele pode fazer para auxiliar no combate à corrupção.

Um reflexo positivo que pode se originar a partir do exercício da cidadania por parte do cidadão empoderado com base no conhecimento adquirido surgido como reflexo da aplicação do princípio da transparência aos contratos públicos no Brasil é, sem dúvida alguma, o aprofundamento e o fortalecimento da democracia brasileira. Ao partir-se da concepção de que não se pode conceber a ideia de democracia como mera “concretização do ato eleitoral” realizado periodicamente, torna-se necessário compreender a democracia como verdadeira afirmação constante do valor humano do cidadão frente à atuação do Estado. Em outras palavras, entende-se que em uma democracia o indivíduo não é mero *objeto* do poder, mas sim verdadeiro *sujeito* do poder (MIRANDA, 2014, p. 366): significa dizer que o indivíduo não mais se submete ao poder oriundo do Estado, mas sim que, ao contrário, o Estado apenas pode exercer o poder político porque o cidadão assim o permitiu – sendo o cidadão o *titular* do poder político.

Em uma situação de (total) ausência de transparência o cidadão não pode exercer seu poder político para além do momento eleitoral.<sup>8</sup> Em uma situação na qual as informações são retidas – ou eventualmente disponibilizadas apenas a um “seleto” grupo de privilegiados – e não publicitadas, o cidadão perde sua capacidade de tomar decisões – basicamente, de fazer escolhas políticas – com base naquilo que *efetivamente* ocorre na realidade. É um verdadeiro *círculo vicioso* que, em longo prazo, contribui para a redução do nível de democracia no Brasil: o cidadão – fonte do poder político do Estado – não tem conhecimento acerca do que ocorre no âmbito estatal; por não ter conhecimento, não exerce

---

<sup>8</sup> E mesmo se o fizer – ou seja, mesmo se o cidadão exercer seu poder político apenas no momento eleitoral –, fá-lo-á sem o embasamento necessário para tomar a decisão de escolher entre o candidato “A” ou o candidato “B”, já que a falta de transparência – geradora de corrupção – impedirá que o indivíduo possa efetivamente tomar uma boa decisão.

sua cidadania para além do momento eleitoral; por não fazê-lo, aqueles que exercem funções públicas veem-se incentivados a continuarem a não concretizar efetivamente o princípio da transparência, eventualmente encobrendo inclusive casos de corrupção. Neste círculo vicioso a *accountability* deixa de existir – consequentemente, deixando de existir até mesmo o vínculo de representação entre o cidadão e o Estado, fragilizando em última instância a própria democracia.

Por sua vez, em sentido oposto o Estado poderia dar início a um verdadeiro círculo virtuoso se colocasse em prática o princípio da transparência conforme os moldes aqui defendidos. Desta maneira, estando o cidadão devidamente informado poderia este exercer sua cidadania por meio, por exemplo, de uma ação popular nos moldes do artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição ou, ainda, por meio de eventual denúncia de irregularidades ao Tribunal de Contas da União, conforme previsto no artigo nº 74, § 2º, também da Constituição Federal.

Nesta situação de transparência acerca dos contratos públicos – o que, em última instância, significa transparência acerca dos gastos públicos, tema relevante a qualquer cidadão – este sentir-se-ia incentivado a realizar tais ações por ter conhecimento não apenas a respeito do tema, mas também a respeito daquilo que se passa no âmbito interno do Estado, bem como por saber que suas ações em prol da coletividade poderiam gerar a melhoria no funcionamento esperado do Estado. É neste sentido que o maior envolvimento do cidadão com a *res publica* pode aprofundar a democracia, deixando esta de ser vista como o simples ato de votar e passando a ser vista como o mecanismo por excelência para a garantia da cidadania.

## **CONCLUSÃO**

O texto se propôs a analisar a viabilidade de inserir o Princípio da Transparência, observado como um padrão normativo global, no processo brasileiro de contratação pública, uma vez que a *accountability* tem sido ausente na legislação brasileira, dando

espaço para que casos de corrupção e irregularidades permeie todo o processo licitatório, tornando pouco eficiente o gasto público, com a pouca proteção dos direitos e a baixa implementação dos ideais democráticos.

Dessa forma, na primeira parte do texto verificou-se a contextualização do Direito Administrativo Global na contratação pública por meio da internacionalização do tema, a aproximação dos contratos públicos com o Direito Administrativo Global, tendo em vista as novas relações construídas pelo Estado que estão das fronteiras nacionais, bem como a importância do processo de globalização para o contexto do direito brasileiro sob o aspecto do princípio da transparência.

Na segunda parte, analisou-se o Princípio da Transparência como valor global a ser inserido no processo de contratação pública. Nesse sentido, foi necessário construir teoricamente o Princípio da Transparência a partir da regulação global, com base no direito internacional e europeu, para se alcançar a aplicabilidade desse princípio nas regras brasileiras de contratação pública, que estão direcionadas quase unicamente para a publicidade do ato administrativo, o que não é suficiente para tornar o processo adjudicatório plenamente transparente, como demonstrado a partir dos dados apresentados.

Na última parte abordou-se a ausência de *accountability* no processo brasileiro de contratação pública, mostrando-se necessária a regulação *top-down* realizada pelo Direito Administrativo Global a fim de que se promova a proteção dos direitos e se implemente os ideais democráticos. Verificou-se que isso se torna possível por meio da ampliação da eficiência do gasto público a partir do aumento da transparência, bem como a inserção do cidadão na esfera pública, por meio da informação e dos meios de participação.

Conclui-se, portanto, que é necessário buscar no direito internacional e europeu, por meio do Direito Administrativo Global, mecanismos para a melhoria do processo licitatório brasileiro, haja

vista que as regras vigentes não são suficientes para impedir e punir as práticas ilícitas decorrentes dos procedimentos adjudicatórios. De igual modo, a transparência hoje difundida no Brasil deve permear toda a licitação não apenas parte de gestão do gasto público; de outro lado, deve haver a contrapartida do cidadão, que deverá estar plenamente informado a fim de que possa contribuir para a melhoria da responsabilidade dos agentes públicos, exercendo o seu direito de participação, enquanto cidadão.

#### Bibliografia

ALMADA, Maria Paula. *Ranking da qualidade dos portais de transparência dos estados brasileiros: análise da informação pública disponível ao cidadão*. 2013. Disponível em <<http://www.ceadd.com.br/ranking-da-qualidade-dos-portais-de-transparencia-dos-estados-brasileiros-analise-da-qualidade-da-informacao-disponivel-ao-cidadao>>. Último acesso em 27 de março de 2017.

AZEVEDO, Patrícia Anjos. *O princípio da transparência e a troca de informações entre administrações fiscais*. Tese apresentada para finalização do ciclo de estudos conducente ao grau de Mestre. Porto: 2010. Disponível em <<http://www.cije.up.pt/download-file/878>>. Último acesso em 27 de março de 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 88 de 07 de maio de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015.

CGU. Controladoria Geral da União. *Licitações fraudadas continuam liderando as irregularidades encontradas pela CGU em municípios*. 2010. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2010/07/licitacoes-fraudadas-continuam-liderando-as-irregularidades-encontradas-pela-cgu-em-municipios>>. Último acesso em 27 de março de 2017.

CGU. Controladoria Geral da União. *Licitações lideram indícios de fraude em municípios*. 2004. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2004/09/licitacoes-lideram-indicios-de-fraude-em-municipios>>. Último acesso em 27 de março de 2017.

CGU. Controladoria Geral da União. *Brasil Transparente*. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/brasil-transparente/o-programa>>. Último acesso em 27 de março de 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Claudio Roberto et. al. *A transparência como desdobramento do princípio constitucional da publicidade na atual Administração Pública brasileira*. 2012. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/transpar%C3%A2ncia-como-desdobramento-do-princ%C3%ADpio-constitucional-da-publicidade-na-atual-admini>>. Último acesso em 27 de março de 2017.

GRANT, Ruth; KEOHANE, Robert O. Accountability and abuses of power in world politics. *American Political Science Review*, Vol. 99, n. 1, February 2005.

GRARD, Loïc. *La transparence un principe ascendant de la réalisation de l'Union Européenne*. Communication et organisation, 17/2000. 2012. Disponível em <<http://communicationorganisation.revues.org/2351>>. Último acesso em 27 de março de 2017.

KINGSBURY, Benedict. KRISCH, Nico. STEWART, Richard B. Annex: l'emergence du droit administratif global. In.: BORIS, Clementine. *Un droit administratif global?* Cahiers Internationaux - CEDIN, Nanterre: Pedone, 2012.

KINGSBURY, Benedict. KRISCH, Nico. STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68:15. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>>. Último acesso em 27 de março de 2017.

MACDONALD, Terry. MACDONALD, Kate. *Non-Electoral Accountability in Global Politics: Strengthening Democratic Control within the Global Garment Industry*. The European Journal of International Law, Vol. 17, n.1, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo III. Estrutura constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra, 2014.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Carta Democrática Interamericana*. 2001. Disponível em <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/r.Carta.Democr%C3%A1tica.htm>>. Último acesso em 27 de março de 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção das Nações Unidas contra Corrupção*. Escritório Drogas e Crime – UNODOC. 2007. Disponível em <[http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics\\_corruption/Publicacoes/2007\\_UNCAC\\_Port.pdf](http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf)>. Último acesso em 27 de março de 2017.

OBSERVATÓRIO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA. *Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot no processo C-91/08*. 2009. Disponível em <<http://www.contratacaopublica.com.pt/jurisprudencia/comunitaria/Conclusoes-do-Advogado-Geral-no-processo-C-9108-27-de-Outubro-de-2009/712>>. Último acesso em 27 de março de 2017.

OLAYA, Dr. Juanita. WIEHEN, Michael. How to Reduce Corruption in Public Procurement: The Fundamentals. *Handbook for curbing corruption in public procurement*, Part I, pp. 13-105, Transparency International, 2006. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1313787>>. Último acesso em 27 de março de 2017.

PLATT NETO, Orion Augusto et. al. Publicidade e Transparência das Contas Públicas: obrigatoriedade e abrangência. *Contab. Vista & Rev.*, v. 18, n. 1, p. 75-94, jan./ mar. 2007.

RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos públicos: Uma concorrência ajustada ao interesse público*. Lisboa: AAFDL, 2013.

STEWART, Richard B. U.S. Administrative Law: a model for global administrative law? *Law and contemporary problems*, Vol. 68:63, Summer/Autumn 2005.

TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, Out./Dez. 2002.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2014: in detail*. 2014. Disponível em <[http://www.transparency.org/cpi2014/in\\_detail](http://www.transparency.org/cpi2014/in_detail)>. Último acesso em 27 de março de 2017.

TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Processo T-165/12*. Acórdão ECLI: EU: T:2013:646. Data do Julgado: 13.12.2013. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/celex>>.

jsf?celex=62012TJ0165&lang1=pt&type=TXT&ancre=>. Último acesso em 27 de março de 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1992. Disponível em <[https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_on\\_european\\_union\\_en.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf)>. Último acesso em 27 de março de 2017.

UnB. Universidade de Brasília. *Pesquisa de Avaliação do Portal da Transparência do Governo Federal*. Brasília, 2014. Disponível em <[http://www.portaldatransparencia.gov.br/sobre/Boletim/Especial\\_Pesquisa-de-Avaliacao2014.pdf](http://www.portaldatransparencia.gov.br/sobre/Boletim/Especial_Pesquisa-de-Avaliacao2014.pdf)>. Último acesso em 27 de março de 2017.

WTO. World Trade Organization. *Acuerdo revisado sobre contratación pública*. 2014. Disponível em <[https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/rev-gpr-94\\_01\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.pdf)>. Último acesso em 27 de março de 2017.

WTO. World Trade Organization. *WTO Annual Report 2015*. Disponível em <[https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/anrep\\_e/anrep15\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep15_e.pdf)>. Último acesso em 27 de março de 2017.

ISBN 978-85-64878-48-8



