

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 217

Brasília | janeiro – março/2018

Ano 55

SENADO FEDERAL





Revista de Informação Legislativa

SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2017 – 2018

Senador Eunício Oliveira

PRESIDENTE

Senador Cássio Cunha Lima

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador João Alberto Souza

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador José Pimentel

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Gladson Cameli

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Antonio Carlos Valadares

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Zeze Perrella

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Eduardo Amorim

Senador Sérgio Petecão

Senador Davi Alcolumbre

Senador Cidinho Santos



Brasília | ano 55 | nº 217
janeiro/março – 2018



MISSÃO

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

FUNDADORES

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

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

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Fabrício Ferrão Araújo

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Brito Vieira. CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. GESTÃO DE ARTIGOS: Glaucia Cruz. REVISÃO DE ORIGINAIS: Thiago Adjuto, Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Glaucia Cruz, Marcus Aurélio Oliveira e Rejane Campos. CAPA: Angelina Almeida.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964. Trimestral.

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

ISSN 0034-835x

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

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

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou a tradução de qualquer parte desta publicação serão permitidas com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta. / Pídese canje. / On demande l'échange. / Si richiede lo scambio. / We ask for exchange. / Wir bitten um Austausch.

CONSELHO

Dr. Bruno Dantas Nascimento, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Faculdade 7 de Setembro – FA7, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Florivaldo Dutra Araújo, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gilmar Ferreira Mendes, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luis Fernando Barzotto, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Octavio Campos Fischer, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roger Stiefelmann Leal, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wremyr Scliar, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

PARECERISTAS

Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Adualdo de Lima Catão, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Wuhan University, Wuhan, Hubei, China / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Ana Carla Bliacheriene, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Carolina da Motta Perin Schmitz Kohlitz, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Lucia Romero Novelli, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Fernandes Estevez, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. André Karam Trindade, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. André Studart Leitão, Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Andrea Flores, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Angela Araujo da Silveira Espindola, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dra. Ângela Issa Haonati, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Me. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antônio Flávio Testa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio José Maristrello Porto, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Arlindo Fernandes de Oliveira, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Artur Stamford da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Augusto Jobim do Amaral, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Ma. Beatriz Schettini, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betania de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Bruno César Machado Torres Galindo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Alexandre Amorim Rocha, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Luiz Strapazzon, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Carlos Pianovski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Celso de Barros Correia Neto, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cesar Rodrigues van der Laan, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Heineck Schmitt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Daniel Araújo Valença, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dra. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife,

PE, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Davi Augusto Santana de Lelis, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Devanildo Braz da Silva, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Diego Werneck Arguelhes, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Dunja Duic, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Osijek, Croácia / Dr. Edson Alvisi Neves, Universidade do Vigo, Ourense, Espanha / Dr. Eduardo Biacchi Gomes, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Eduardo Saad-Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Elaine Harzheim Macedo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Emilio Peluso Neder Meyer, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Eriberto Francisco Bevilacqua Marin, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dra. Érika Mendes de Carvalho, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dra. Eugénia Cristina Nilsen Ribeiro Barza, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Eugénio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Fabiana Santos Dantas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Fabiano César Rebutzi Guzzo, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Fabio Queiroz Pereira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fábio Túlio Barroso, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Fabíola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Fabricio Ricardo de Limas Tomio, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Felipe de Melo Fonte, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Fernanda Sola, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando César Costa Xavier, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Filipe Lôbo Gomes, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Ma. Flávia Orsi Leme Borges, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Humberto Cunha Filho, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Guilherme Brenner Lucchesi, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Guilherme Tanger Jardim, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Gustavo César Machado Cabral, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Handel Martins Dias, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Heron José de Santana Gordilho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Ilzver Matos de Oliveira, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Me. Ivar Alberto Martins Hartmann, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jacopo Paffarini, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jailton Macena de Araújo, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Jaqueline Mielke Silva, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. João Henrique Pederiva, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil / Dr. José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdade de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Diniz de Moraes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Josué Alfredo Pellegrini, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Juliana Teixeira Esteves, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Leandro Novais e Silva, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Jada Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonardo Silva Nunes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Lidia Patricia Castillo Amaya, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Me. Luciano Carlos Ferreira, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luis Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Luís Fernando Sgarbossa, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci, Pontifícia Universidade

Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Maciel Ramos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Marco Aurélio Nogueira, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marco Félix Jobim, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan, Centro Universitário La Salle Canoas, Canoas, RS, Brasil / Dr. Marcos Prado de Albuquerque, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Mariah Brochado Ferreira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Marilisa Miranda de Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Mario Spangenberg Bolívar, Pontifícia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Mauricio Martins Reis, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Max Möller, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Melina de Souza Rocha Lukic, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Melina Girardi Fachin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Michael César Silva, Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Michael Freitas Mohallem, University College London, Londres, Reino Unido / Ma. Mônica Alves Costa Ribeiro, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Natalia Gaspar Pérez, Benèmerita Universidad Autonòma de Puebla, Puebla, México / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Osvaldo Ferreira de Carvalho, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Busato, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Paulo Henrique Soares, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Nalin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Pedro Augustin Adamy, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, Alemanha / Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Pérsio Henrique Barroso, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rabah Belaidi, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Rafael Fonseca Ferreira, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Me. Rafael Reis Ferreira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Rejane Alves de Arruda, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Renata Christiana Vieira Maia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Renata Queiroz Dutra, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Me. Ricardo Rocha Viola, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Roberta Correa de Araujo, Faculdade de Olinda, Olinda, PE, Brasil / Dr. Roberto da Silva Fragale Filho, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Luís Kanayama, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Rodrigo Vitorino Souza Alves, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rogerio Mayer, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecedes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Salette Maria da Silva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Salette Oro Boff, Instituição Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Saulo Nunes de Carvalho Almeida, Unicatólica de Quixadá, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS, Brasil / Dr. Sérgio Cruz Arenhart, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Sergio Torres Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello, Universidade Federal de

Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Silvana Lucia Henkes, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Sônia Letícia de Mélo Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Ma. Tatiana Emília Dias Gomes, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Taysa Schiocchet, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Thiago Chaves Gaspar Bretas Lage, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Thiago Cortez Costa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Tunjica Petrasevic, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Osijek, Croácia / Dr. Valter Moura do Carmo, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Venceslau Tavares Costa Filho, Fundação Universidade de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Instituto de Desenvolvimento Cultural, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Wálber Araujo Carneiro, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Welton Roberto, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. William Soares Pugliese, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wladimir Paes de Lira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

AUTORES

Ana Maria D'Ávila Lopes é doutora e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – PQ2. / Eduardo Fortunato Bim é mestre em Direito e especialista em Direito Ambiental pela Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil; doutorando em Direito do Estado na Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; procurador federal, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil. / Eduardo Oliveira Agostinho é doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professor de Direito Empresarial na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; advogado. / Evelin Naiara Garcia é graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; advogada. / Fernanda dos Santos Rodrigues Silva é graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; membro dos projetos de pesquisa, cadastrados no CNPq, A Refundação da Jurisdição e a Multidimensionalidade da Sustentabilidade e Ativismo digital e as novas mídias: desafios e oportunidades da cidadania global, do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; bolsista FIPE SENIOR/CCSH/2017 da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil. / Guilherme Bacelar Patrício de Assis é mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; juiz federal. / João Paulo Lacerda Oliveira é graduado em Direito pelo Centro Universitário Euro-Americano, Brasília, DF, Brasil; especialista em Direito, Estado e Constituição pelas Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central, Brasília, DF; mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF; servidor público de Brasília, DF. / Júlio César de Aguiar é bacharel em Direito e mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil; doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; PhD in Law pela University of Aberdeen, UK; professor da graduação e do mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil; procurador da Fazenda Nacional em atuação na Consultoria de Assuntos Financeiros do Ministério da Fazenda. / Leonardo Silva Nunes é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto de Direito Processual Civil e Coletivo nos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil; advogado. / Luciano Athayde Chaves é doutorando em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; professor do Departamento de Direito Processual e Propedêutica da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; juiz do Trabalho; membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. / Luiz Eduardo Diniz Araujo é mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; doutorando em Direito na Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; obteve o Master in Business Law pela Technische Universität Berlin, Berlin, Alemanha; procurador federal da Advocacia-Geral da União. / Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Rio de Janeiro, Brasil; pós-doutorando em Direito Público na Université Lyon III (Jean Moulin), Lyon, França; professor adjunto na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Rio de Janeiro, Brasil; juiz federal, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Marina Soares Marinho é graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; mestranda em Direito e Justiça (Direito Tributário) na Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; assistente do Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. / Nina Trícia Disconzi Rodrigues é doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professora adjunta no Departamento de Direito e no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; coordenadora do Grupo de Pesquisa, cadastrado no CNPq (Grupo de Pesquisa em Direito dos Animais, denominado GPDA), da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; vice-líder do Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq, denominado

CEPEDI (Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet), da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil. / Onofre Alves Batista Júnior é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; tem pós-doutoramento em Direito (Democracia e Direitos Humanos) pela Universidade de Coimbra, Portugal; é mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Portugal; professor de Direito Público da graduação e da pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. / Rafael Santos de Oliveira é doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; professor adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; líder e coordenador do Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq, denominado CEPEDI (Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet), da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil. / Rafael Silveira e Silva é doutor e mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; consultor legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil; professor do Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil; pesquisador associado pleno do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil. / Samuel Paiva Cota é graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil; mestrando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil; advogado.

Sumário

- 13 **A apropriação da agenda legislativa como terceira via para o poder de veto presidencial**
Rafael Silveira e Silva
- 35 **O Supremo Tribunal Federal e a vedação da prisão civil do depositário judicial infiel**
Uma questão ainda em aberto
Ana Maria D'Ávila Lopes
Luciano Athayde Chaves
- 65 **Semipresidencialismo francês**
A relação entre o “rei” e o “pequeno príncipe”
Marcelo Leonardo Tavares
- 85 **Fiscalização ambiental à luz do princípio da subsidiariedade**
Contornos da competência comum
Eduardo Fortunato Bim
- 115 **O fim do foro especial por prerrogativa de função**
Júlio César de Aguiar
João Paulo Lacerda Oliveira
- 135 **A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência**
Entre a autovinculação e a revogação de precedentes
Guilherme Bacelar Patrício de Assis
- 157 **Do federalismo de cooperação ao federalismo canibal**
A Lei Kandir e o desequilíbrio do pacto federativo
Onofre Alves Batista Júnior
Marina Soares Marinho
- 181 **O aprimoramento do direito de petição sob a perspectiva das novas mídias digitais**
Nina Trícia Disconzi Rodrigues
Rafael Santos de Oliveira
Fernanda dos Santos Rodrigues Silva
- 203 **O controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo**
Luiz Eduardo Diniz Araujo

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

223 Inovação, propriedade intelectual e barreiras técnicas

Eduardo Oliveira Agostinho

Evelin Naiara Garcia

243 Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro

Os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público

Samuel Paiva Cota

Leonardo Silva Nunes

A apropriação da agenda legislativa como terceira via para o poder de veto presidencial

RAFAEL SILVEIRA E SILVA

Resumo: Apesar das recentes disputas entre Executivo e Legislativo acerca do veto, este instituto tem recebido pouco atenção no País, a despeito das relevantes contribuições da experiência norte-americana e de países da América Latina. No Brasil, foram observados casos interessantes que indicam a utilização dos vetos como forma de recomeço do jogo legislativo, no qual o presidente da República impede a aprovação da proposta gerada no Legislativo e apresenta sua própria versão sobre a matéria vetada. Trata-se de uma estratégia alternativa do poder de veto, uma variação do fenômeno conhecido como apropriação da agenda legislativa. O presente artigo, ao utilizar diferentes perspectivas teóricas sobre o veto aplicadas a casos norte-americanos e latino-americanos, vincula-as a essa variação do uso do veto presidencial no Brasil e busca analisar os casos observados à luz da governabilidade e das preferências manifestadas pelos parlamentares e pelo presidente da República.

Palavras-chave: Poder de veto. Apropriação. Agenda. Governabilidade.

Introdução

Com o objetivo de incentivar a formalização das relações de trabalho dos empregados domésticos, permitindo, entre outras medidas, que os empregadores pudessem deduzir no valor do imposto de renda anual as contribuições pagas à Previdência Social dos empregados, o presidente da República apresentou a Medida Provisória (MP) 284/2006, convertida na Lei nº 11.324/2006 (BRASIL, 2006a). Ocorre

Recebido em 27/6/17
Aprovado em 14/9/17

que o Congresso discutia projetos de obrigatoriedade de inclusão dos empregados domésticos para terem direito a receber fundo contra desemprego (denominado Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o FGTS). Assim, aproveitando-se da prática de introduzir por meio de emendas assuntos ou itens de agendas estranhos ao texto originalmente proposto, os deputados conseguiram aprovar o pagamento obrigatório do FGTS aos empregados domésticos e, em caso de demissão, o pagamento de uma multa de 40% sobre o saldo acumulado nesse fundo. O presidente, por meio do ministro do Trabalho, alegou que tal emenda fora incluída “na medida no calor de um ano de eleições”¹, vetando, assim, o dispositivo inserido e aprovado no Congresso.

Interessante notar que, um dia após o veto, o governo apresentou projeto de lei (PL 7.363/2006)(BRASIL, 2006b), com poucas modificações em relação à emenda aprovada pelo Legislativo. No caso, apenas foi retirada a multa de 40%. Ainda que subsista ação corretiva do Poder Executivo, não se pode negar que o Legislativo introduziu um novo item de agenda e que o presidente, a despeito do veto, se aproveitou da iniciativa para iniciar uma agenda de sua própria autoria.

Este e outros casos de veto enquadram-se no fenômeno denominado *apropriação*, recentemente estudado na literatura brasileira (ARAÚJO; SILVA, 2012; SILVA; ARAÚJO, 2013; SILVA, 2014). A *apropriação* ocorre quando o Executivo toma por base os projetos que tramitam no Congresso, bem como o conteúdo dos debates e dos demais subprodutos do processo legislativo em curso, para elaborar e apresentar suas próprias proposições, incorporando novos temas à sua agenda legislativa

e, em alguns casos, impondo obstáculos no caminho das agendas debatidas no Congresso. Além disso, esse fenômeno incide tanto sobre projetos oriundos da coalizão, quanto da oposição.

Tais casos, no entanto, ocorrem com menos frequência do que nos demais vetos, para os quais não se verifica o interesse do presidente da República pela matéria. No Brasil, o veto é uma prerrogativa sua e, dadas as condicionantes do sistema político, durante muitos anos adquiriu aspectos quase “imperiais”, visto que raramente os vetos eram apreciados pelo Congresso Nacional na forma prevista pela Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (BRASIL, 1988)². Não obstante, a percepção da *apropriação* por meio do veto possibilitou acrescentar um matiz diferente a esse instituto, estabelecendo situações que, de certa forma, indicam negociação com o Congresso. Trata-se de uma estratégia diferenciada do chefe do Executivo brasileiro, que pode ser inserida, por vias alternativas, ao que Tsebelis e Alemán denominam *conditional agenda-setting power* (ALEMÁN; TSEBELIS, 2005; TSEBELIS; ALEMÁN, 2005). Além disso, enquanto em situações normais de veto observamos a finalização de um processo, o uso desse instrumento como fator preparatório para a *apropriação* funciona como espécie de barganha, tendo em vista que propicia o reinício da discussão de uma agenda; do reinício

¹Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/governo-veta-parcialmente-mp-284/>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

²Quando foi aprovada a Resolução nº 1, de 2013 (BRASIL, 2013), o Congresso obrigou-se a colocar na agenda de votações os vetos. A prática até então era a da total ignorância sobre as decisões dos vetos, criando um passivo decisório gigantesco, o que conferia maior força ao presidente da República. Ocorre que, ao desejar votar os vetos relacionados ao pagamento de *royalties* do petróleo aos estados não produtores dessa *commodity*, o Congresso deparou-se com o grande problema que havia criado. A solução encontrada foi a mudança das regras de tramitação dos vetos e a retomada do rito de votações periódico.

do jogo legislativo, mas em outros termos: os do Executivo. Nesse sentido, observamos que há elementos de análise na teoria de Cameron (2000, 2009) que também podem ser utilizados para entender essa especificidade do caso brasileiro.

Meu argumento é que o veto como veículo de realização da *apropriação* pode ser compreendido pela natureza e característica da agenda em questão, que leva à ação estratégica do Executivo e à reação do Legislativo. Conjugada a isso também está a necessidade de se cotejar o cenário político-partidário e as conexões com alguns pressupostos do presidencialismo de coalizão.

Assim, pretende-se neste trabalho analisar o veto como canal de realização da *apropriação*, buscando dialogar preliminarmente com as teorias de Tsebelis e Alemán (2005), Alemán e Tsebelis (2005) e Cameron (2000, 2009) e como essa forma alternativa do poder de agenda do presidente se associa com a realidade política em que predominam as coalizões multipartidárias.

1. Poder de agenda condicional e micropolítica do veto

O veto e a *apropriação* decorrente dele representam situações em que o governo, por motivos diversos, não consegue moldar o texto ou impedir a aprovação de um projeto de lei elaborado no Congresso, embora a proposta se mostre relevante como agenda a ser devidamente moldada aos interesses da Presidência da República. Nesses casos, o veto é quase sempre aplicado por discordâncias de forma, de intensidade ou mesmo de público alvo, mas nunca por discordância sobre a agenda posta em discussão. Ele também é usado tendo em vista o *timing* da aprovação da proposta origi-

nada no Congresso e a necessidade manifestada de a agenda ser apresentada pelo Executivo e orientada pela Presidência da República. Desse modo, a Presidência veta o projeto aprovado pelo Congresso e, logo depois, apresenta seu projeto sobre aquela questão, reiniciando as discussões em novas bases. É nesse momento em que se formaliza a *apropriação* da agenda.

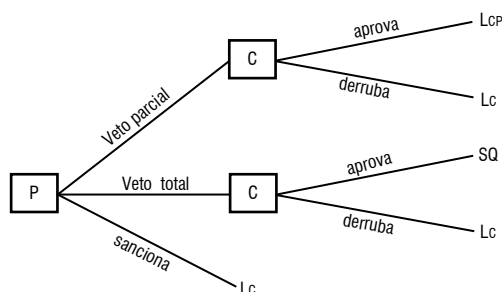
Com relação ao chamado “poder de agenda condicional” de Tsebelis e Alemán (2005), verifica-se que ele é bem adequado a essa dinâmica. O chamado *veto amendment* é o exercício desse tipo de poder: por meio dele, as regras institucionais permitem que, antes de propor o veto, o presidente “revise” a proposição aprovada pelo Legislativo, propondo alterações ou, nas palavras dos autores, algumas “observações”. Como a iniciativa legislativa não partiu do presidente, este acaba exercendo seu poder de agenda *condicionado* ao que o Congresso aprovou³.

Ao avaliarem os procedimentos para os vetos na América Latina, Tsebelis e Alemán (2005) criaram categorias com base em jogos, classificando Argentina e Brasil no grupo dos países que não dispõem do poder de agenda condicional. Isso se explica pelo fato de os autores se basearem nas prerrogativas institucionais dos países, ou seja, nos textos constitucionais. E, nesse sentido, ao autores estavam corretos, pois esse instituto não está previsto na CRFB. Há apenas o veto total e o parcial, com posterior deliberação do Congresso pela aceitação ou rejeição deste veto. A figura 1 ilustra o jogo elaborado por Tsebelis e Alemán para ambos os países.

³Os países cujas condições institucionais apresentaram características enquadradas no âmbito do poder de agenda condicional, respeitadas as variações, foram: Bolívia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Equador, México, Nicarágua, Peru, Uruguai e Venezuela.

Figura 1

Jogo do veto (total e parcial) para Argentina e Brasil



Onde:

P = Presidente

C = Congresso

SQ = Manutenção do *status quo*

L_C = Lei de iniciativa do Congresso sancionada

L_{CP} = Lei de iniciativa do Congresso vetada parcialmente

Fonte: adaptada de Tsebelis e Alemán (2005).

Com base na metodologia escolhida, não seria possível a esses autores verificar matizes e variações importantes existentes em ambos países. Além dos condicionantes institucionais, outras pesquisas buscaram avançar sobre a capacidade estratégica dos presidentes a partir da decisão do veto. Palanza e Sin (2013), por exemplo, ao analisarem em que condições os vetos eram ou não cassados sob um ambiente multipartidário no Congresso argentino, descobriram que o uso do veto parcial era mais eficiente para quebrar a resistência do Legislativo e que, ao contrário do pensamento comum, o pluralismo partidário da base de apoio ao governo elevava as chances para movimentos de derrubada dos vetos. Desse modo, observa-se que a pesquisa de Palanza e Sin (2013) indica a possibilidade de serem exploradas possibilidades que vão das condicionantes institucionais para a compreensão do uso do veto.

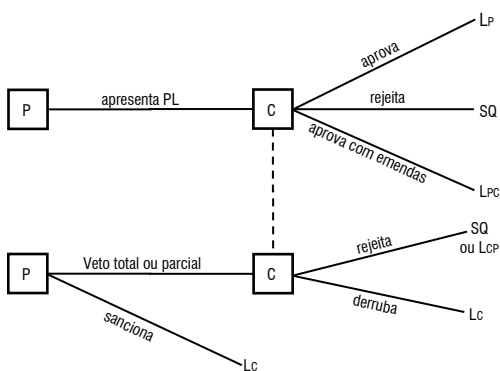
Seguindo essa linha de raciocínio – ou seja, com base nas estruturas procedimentais e institucionais semelhantes, buscar observar movimentos estratégicos dos presidentes a partir da decisão do veto –, julgo existirem oportunidades em que o presidente brasileiro estrategicamente tem condições de moldar o cenário de discussão das propostas do Congresso a seu favor, criando condições para o exercício do poder de agenda condicional. Nesse sentido, o veto como origem da *apropriação* enquadra-se perfeitamente nessa categoria, uma vez que o presidente

opera estrategicamente suas prerrogativas constitucionais (veto e iniciativa de leis) para intervir numa agenda que não era originariamente sua. Com a *apropriação*, o poder de agenda é exercido em dois tempos: ao vetar e ao apresentar nova proposição legislativa.

De forma comparativa ao jogo proposto por Tsebelis e Alemán (2005), percebem-se duas formas de expressão do jogo do veto como origem da *apropriação*. A figura 2 expressa a forma mais comum, em que o presidente, no momento da decisão de vetar total ou parcialmente projeto do Congresso, e de realizar a *apropriação* da agenda, inicia um novo jogo legislativo e paralelo à decisão sobre o veto. A linha pontilhada apenas indica que o Congresso não tem conhecimento *a priori* sobre qual situação deliberará posteriormente. No caso da *apropriação*, os jogos serão paralelos, mas se condicionam mutuamente, dependendo das negociações subsequentes.

Figura 2

Jogos do veto e subsequente *apropriação* da agenda legislativa



Onde:

P = Presidente

C = Congresso

SQ = Manutenção do *status quo*

L_c = Lei de iniciativa do Congresso sancionada

L_{cp} = Lei de iniciativa do Congresso vetada parcialmente

L_p = Lei de iniciativa do presidente aprovada

L_{pc} = Lei de iniciativa do presidente aprovada com emendas do Congresso

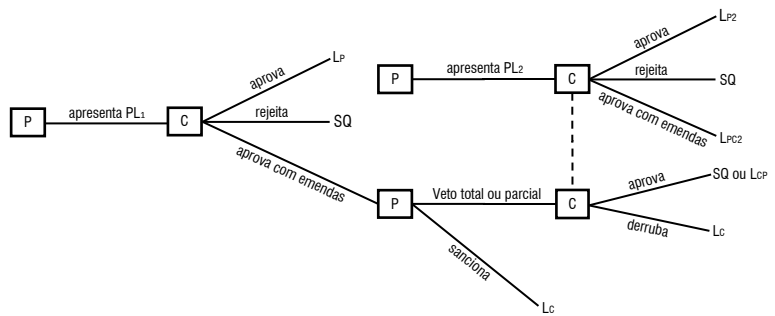
Fonte: elaboração própria.

A segunda forma é um pouco mais complexa, tal como retratado nos jogos da figura 3. São casos em que os projetos do presidente são alterados pelo Congresso; trata-se de modificações que frequentemente

introduzem novos itens de agenda ou matérias estranhas ao projeto original, tal como no exemplo descrito no início deste artigo. Ocorre que tais modificações chamam a atenção do governo, induzindo-o a vetá-los e a apresentar um projeto tratando sobre esses mesmos temas vetados, mas na forma mais adequada aos seus interesses.

Figura 3

Jogos do veto sobre projeto do presidente com *apropriação* da agenda legislativa



Onde:

P = Presidente

C = Congresso

SQ = Manutenção do *status quo*

L_c = Lei de iniciativa do Congresso sancionada

L_{cp} = Lei de iniciativa do Congresso vetada parcialmente

L_{pn} = Lei de iniciativa do presidente aprovada

L_{pcn} = Lei de iniciativa do presidente aprovada com emendas do Congresso

Fonte: elaboração própria.

Como se observa, o poder de agenda condicional brasileiro não é dado em termos constitucionais de forma direta: ele é produzido quando se articulam duas prerrogativas também constitucionais, mas de forma heterodóxica.

Nesse particular, as contribuições de Cameron (2000, 2009) também se aplicam ao fenômeno aqui estudado, na medida em que, ao reiniciar o jogo legislativo, o Executivo brasileiro inevitavelmente reabre negociações e barganhas tanto sobre a nova proposta em discussão, quanto sobre a votação sobre o veto. Segundo o autor, o Executivo norte-americano envia grandes esforços para influenciar o Congresso, tentando evitar o veto (ou utilizando-o como ameaça – *veto threats*) para modificar em termos mais aceitáveis a proposta em discussão. Verifica-se,

assim, que o presidente norte-americano também se utiliza de decisões estratégicas relativas ao poder constitucional a ele atribuído, para influenciar a desistência ou modificar os termos do texto em negociação no Congresso.

No Brasil, a ocorrência do veto é comum e resulta da ineficiência do Executivo ao lidar com os projetos ou emendas apresentados pelo Congresso. No caso da ocorrência de *apropriação*, o veto passa ser o início de um novo processo de barganha. Em síntese, nos Estados Unidos observa-se o esforço do presidente na “negociação pré-veto”, ao passo que no Brasil, especialmente com a *apropriação*, o presidente investe na “negociação pós-veto”.

O Quadro 1 sintetiza as diferentes manifestações dos autores citados.

Quadro 1

Visões sobre o instituto do veto

	<i>Veto bargaining</i> (Cameron)	Poder de agenda condicional (Tsebelis e Alemán)	Veto com <i>apropriação</i> no Brasil
Instrumentos formais	Veto	<i>Veto amendment</i> (fusão de veto e nova proposição prevista constitucionalmente)	Veto + Apresentação de nova proposição (“fusão circunstancial”)
Negociação	Negociação prévia ao veto (o reinício do jogo legislativo ocorre por iniciativa do Congresso)	Negociação contínua (só termina quando o Legislativo vota as emendas apresentadas pelo Executivo)	Negociação após o veto (reinício do jogo legislativo por iniciativa do Executivo)

Fonte: elaboração própria, com base em Cameron (2000, 2009) e Tsebelis e Alemán (2005).

Dado tal cenário, nosso interesse é compreender a natureza estratégica da decisão do exercício do poder de agenda condicional no Brasil com base nos condicionantes partidários e no perfil da *apropriação* da agenda.

2. Modelo da *apropriação* por veto

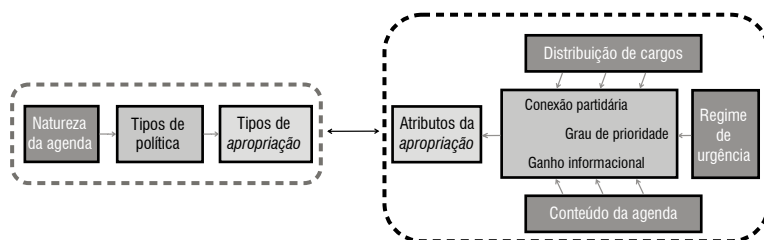
Para entender a dinâmica do poder de agenda condicional brasileiro, seguiremos o modelo analítico de Silva (2014), que está baseado na junção de dois eixos de investigação para a *apropriação*: (i) motivação do presidente para realizar o fenômeno, em que fica definido que *a razão das políticas determina o tipo de apropriação*, e (ii) as possíveis

associações entre atributos ou características da *apropriação* que ofereçam subsídios para avaliar o poder de agenda do chefe do Executivo e seu relacionamento com o presidencialismo brasileiro. Além disso, o modelo está fundado no princípio de que a *apropriação* é resultado de múltiplas causas, ou seja, é produzida por diferentes caminhos ou combinações de seus atributos.

Para estudarmos os vetos que dão início às *apropriações*, entendo que esses princípios são perfeitamente aplicáveis. No entanto, algumas adaptações devem ser feitas com base no fato de que os casos de veto indicam estágios completos do ponto de vista informacional, qualificando plenamente o presidente para tomar as decisões com base nas preferências e nos comportamentos dos agentes no Congresso previamente manifestadas durante a aprovação dos projetos vetados. A figura 4, a seguir, sintetiza a metodologia de análise.

Figura 4

Modelo analítico da *apropriação* originada dos vetos presidenciais



Fonte: adaptada de Silva (2014).

O primeiro eixo toma por base o fato de que cada *apropriação* carrega em si um conjunto de motivações, que podem ser alinhadas em torno de objetivos comuns. O fenômeno sugere que a opção de apresentar seu próprio projeto é relevante para o presidente, pois o colocaria aos olhos do público como legítimo idealizador e condutor de determinada agenda. Silva (2014) propôs duas categorias mutuamente excludentes para classificar os casos de *apropriação*, levando-se em consideração tanto o objetivo de resolver problemas sociais como função central do governo, quanto as repercussões das iniciativas legislativas junto à opinião pública. A lógica é agregar às categorias a relação de custo-benefício político das medidas propostas.

A primeira categoria de *apropriação*, denominada *agenda positiva*, reúne situações que despertam a atenção do presidente, pois têm maior potencial de conversão em ganhos políticos. O interesse do Executivo

manifesta-se na obtenção de *credit claiming*⁴, isto é, de que a política permita aos integrantes do governo capitalizar a atenção ou visibilidade perante a opinião pública. Outra expressão de agenda positiva é a prática do *blame-avoiding* (WEAVER, 1986), indicando o interesse em apresentar políticas que tenham condição de anular outras decisões impopulares (como o aumento de impostos) ou problemas que comprometam a imagem do governo (denúncias de corrupção, por exemplo).

Situação inversa é a atribuída aos casos classificados como de *controle de risco*. Trata-se de uma ameaça ao *status quo* defendido pelo governo, ou de casos em que a mudança proposta no Parlamento seja contrária à pretensão do presidente. A categoria de *controle de risco* também pode ser caracterizada como ação de controle sobre ímpetus populistas manifestados pelo Congresso, especialmente sobre temas sensíveis ao equilíbrio fiscal e administrativo do Estado, que os sucessivos governos não medem esforços para controlar, a despeito da grande insistência demonstrada pelos parlamentares em apresentar alternativas diferenciadas. Nessa categoria, por exemplo, estão o reajuste do salário mínimo e dos benefícios da Previdência Social, e matérias vinculadas ao equilíbrio federativo sobre a partilha na arrecadação de impostos ou outras receitas (mais recentemente sobre *royalties* do petróleo e gás).

Uma vez definidas as categorias, o segundo eixo da metodologia, encarregado de estabelecer os atributos da *apropriação*, é dividido em

⁴Esta expressão, criada por Mayhew (1974), é comumente atribuída às estratégias de parlamentares para melhorarem suas condições de reeleição. Optamos por utilizá-la para indicar a possibilidade de garantir uma visibilidade positiva do anúncio e, posteriormente, da implementação da medida, agregando também a noção do *position taking*, que, nesta pesquisa, se refere à divulgação pública das ações do Executivo durante o mandato do presidente da República.

três perspectivas: o *ganho informacional*, a *conexão partidária* e a *eleição de prioridades*.

O enfoque dado pelo *ganho informacional* relaciona-se à parte substantiva da agenda “apropriada”; vincula-se, assim, à forma como são tratadas as informações que subsidiam a alternativa estratégica do Poder Executivo. Nos casos de veto, temos um conjunto completo de informações acerca do posicionamento dos agentes políticos (tramitação da matéria, pareceres, votações, emendas, entre outros). E isso oferece vantagens estratégicas ao presidente para moldar, na sequência, sua nova iniciativa legislativa. Dessa forma, quanto ao eixo analítico do ganho informacional, adotarei apenas a variável indicativa do nível de distanciamento entre as preferências apresentadas pelas propostas do Executivo elaborada por Silva (2014), denominada *preferência*.

Quanto ao segundo eixo analítico, o da *conexão partidária*, a preocupação é a de identificar a participação dos partidos, tanto na função de agentes da *apropriação*, como na posição de apoiadores de projetos que foram submetidos ao fenômeno. Silva (2014) pretendeu descobrir as relações internas da coalizão de governo, bem como com os partidos de oposição, buscando desvendar o posicionamento estratégico do presidente ao tomar a decisão de realizar a *apropriação*. No caso deste estudo, a questão partidária ganha contornos mais extremos, uma vez que a ação do veto como primeiro passo para a *apropriação* coloca o presidente, num primeiro momento, na posição de conflito com o Congresso. Na perspectiva da conexão partidária, dois atributos são necessários.

O primeiro, denominado *ministro do presidente*, diz respeito ao vínculo partidário com quem ocupa a chefia do Poder Executivo, indicando o poder de influência da Presidência e o

grau de representatividade de seu partido nos processos de *apropriação*. Ele assumirá a característica de uma variável *dummy*, que registra se a proposição do Executivo que configurou a *apropriação* foi assinada por ministro do mesmo partido do ocupante da Presidência (valor “1”) ou se ela foi apresentada por iniciativa de ministros de outros partidos (valor “0”).

O outro atributo reflete a relação com a contraparte do fenômeno, ou seja, com o autor ou relator do projeto que compunha a agenda do Congresso e que, posteriormente, foi submetida à *apropriação*. Esse atributo, denominado *convergência*, foi elaborado para aferir a aderência partidária desses atores políticos à coalizão no governo. Quanto maior o nível de *convergência*, mais destaque tem o partido dentro da coalizão. Este atributo pode variar de “0”, indicando autoria de parlamentares da oposição, até “3”, que indica que o autor do projeto submetido à *apropriação* pertencia ao partido do presidente.

Por fim, temos a perspectiva que contempla a modulação da Presidência ao senso de oportunidade gerado pela agenda do Congresso, por meio da qual se observa o grau de prioridade do governo ao decidir pelo veto e em sequência realizar a *apropriação*. Com esse eixo analítico, pretende-se observar o uso seletivo das prerrogativas presidenciais, por meio do ritmo da tramitação de propostas que apresenta para tomar o lugar daquela vetada, uma vez que a velocidade de tramitação e a manutenção do controle sobre o calendário de votações são aspectos relevantes do poder de agenda presidencial (DÖRING, 1995). Diferentes prioridades também determinam diferentes tratamentos entre as agendas do governo que transitam concomitantemente no Congresso, ou seja, a agenda governamental é “hierarquizada” (DINIZ, 2005).

Entre as opções de iniciativa de lei, o presidente brasileiro pode apresentar projetos (i) em ritmo normal ou ordinário, (ii) por meio de solicitação de urgência constitucional ou (iii) por meio de medidas provisórias (MPs). Embora qualquer apresentação de projeto do governo demarque sensivelmente os trabalhos do Congresso, é natural que os mais prioritários ocupem boa parte das discussões legislativas. Essas três faces da eleição de prioridades da *apropriação* com base no veto são consolidadas no atributo chamado *urgência* (variando de “zero”, para ritmo normal, a “3”, para medidas provisórias).

Com relação às MPs, seus efeitos são imediatos, aguardando apenas a confirmação ou as possíveis alterações oferecidas no Legislativo; seu rito de discussão é sumário e tem preferência sobre os demais. Tal aspecto impõe condicionalidades diferenciadas. Para a Presidência, seria muito mais simples enviar todas as propostas legislativas por meio de

MPs. Mas a realidade não comprova essa prática. Por isso, algumas explicações são demandadas para justificar o uso de diferentes instrumentos legislativos na apresentação de proposições que foram submetidas à *apropriação*.

3. Análise comparativa

O modelo analítico proposto permite que a *apropriação* seja explicada por diferentes combinações de atributos, agrupando-as em categorias semelhantes. Significa dizer que esse tipo de construção admite não haver um formato ideal para cada tipo do fenômeno, o que é coerente com sua complexidade. Para atender aos pressupostos do modelo e realizar o teste empírico, utilizei a ferramenta de análise comparativa conhecida por *Qualitative Comparative Analysis* – QCA (RAGIN, 1987, 2000). A opção metodológica foi a de estabelecer e verificar as associações entre as ocorrências do fenômeno por meio de uma visão configuracional dos atributos para cada tipo de *apropriação*. Essa escolha tem por fundamento o que Rihoux e Ragin (2009) denominaram “causalidade conjuntural múltipla”, aplicável a fenômenos altamente dependentes da ação simultânea de múltiplas causas e da heterogeneidade causal. Assim, a QCA está em harmonia com a *apropriação* na medida em que não respalda suas respostas em apenas um atributo, fundamentando-se, ao contrário, nas relações e complementaridades entre os atributos selecionados.

Além disso, o método permite uma análise simultânea de múltiplos casos, algo incomum em estudos de casos tradicionais. Aplicou-se nesta pesquisa a QCA do tipo *fuzzy-set*, pois esse método sinaliza que objetos relevantes podem ter variações de participação num dado conjunto de soluções (RAGIN, 2000)⁵.

Há uma grande variedade de ferramentas analíticas para a aplicação da QCA. No entanto, chamou-nos a atenção a preocupação de Ragin e Fiss (2008) para a determinação dos atributos mais relevantes na estrutura explicativa do objeto de estudo. Nesse sentido, adotei a definição de “centralidade” de Fiss (2011), para evidenciar as relações de causalidade entre atributos e os tipos de *apropriação* para a melhor capacidade de teorização. O autor sugere que os atributos do tipo *core* são os que indicam forte relação de causalidade com o resultado; por meio deles, ocorre o agrupamento das soluções. Em contraste, os atributos *peripheral*

⁵ Para mais detalhes sobre a operação do QCA, acessar Nota Metodológica em Silva (2014).

apresentam relação causal relativamente mais fraca, mas complementar na solução.

O quadro 2 abaixo sintetiza a notação gráfica de Ragin e Fiss (2008) e Fiss (2011) para simplificar a compreensão dos resultados gerados pelos algoritmos de minimização do QCA:

Quadro 2

Notação das configurações

Símbolo	Papel na configuração	Interpretação analítica dos atributos
{{	<i>Core</i>	"Preferência próxima"
{	<i>Peripheral</i>	"Atuação de <i>ministro</i> do partido do presidente" "Elevada <i>convergência</i> partidária"
∅∅	<i>Core</i>	"Preferência afastada"
∅	<i>Peripheral</i>	"Atuação de ministro de outro partido da coalizão" "Baixa <i>convergência</i> partidária"
Espaço vazio	-	Quaisquer interpretações acima expostas podem ser encaixadas, embora não contribuam para definir a relação causal com o tipo de <i>apropriação</i>

Fonte: Silva (2014).

4. Resultados e discussão

Além das informações colhidas no banco de dados elaborado por Silva (2014)⁶, estendemos o processo de seleção até junho de 2015, incorporando, além dos mandatos de Cardoso e Lula, parte do período do governo de Dilma Rousseff. Foram encontrados 29 casos de poder de agenda condicional, ou seja, de veto com subsequente *apropriação* da agenda legislativa. Essa é uma amostra *small-n* típica, mas a estratégia metodológica torna-se adequada para viabilizar a comparação e o agrupamento dos casos encontrados.

Começando a análise por essas *apropriações*, lembrando que por meio delas o Poder Executivo busca converter em ganho um revés legislativo, de preferência uma oportunidade de visibilidade positiva nos objetivos empreendidos para a geração de leis e políticas. A tabela 1 sintetiza as configurações resultantes dos algoritmos de simplificação do QCA⁷.

⁶ Consultar <http://bpsr.org.br/files/arquivos/Banco_Dados_Silva.html>.

⁷ A ferramenta usada foi o software fs/QCA. Maiores detalhes ver <<http://www.u.arizona.edu/~cragin/fsQCA/software.shtml>>.

Tabela 1

Configurações das *apropriações* por *agenda positiva* veiculadas pelo veto

Eixos analíticos e atributos	Soluções			
	1a	1b	1c	2
<i>Ganho informacional</i>				
Preferências	{{	{{	{{	
<i>Eleição de prioridade</i>				
Urgência	{	∅		∅∅
<i>Conexão partidária</i>				
Ministro do partido do presidente			{{	{
Convergência partidária	{	∅		{{
<i>Consistency</i>	0,93	0,83	0,84	0,88
<i>Raw coverage</i>	0,34	0,27	0,75	0,31
<i>Unique coverage</i>	0,03	0,03	0,24	0,02
<i>Overhall solution consistency</i>	0,82			
<i>Overhall solution coverage</i>	0,84			

Fonte: elaboração própria, com dados da pesquisa.

Com os dados, foi possível gerar quatro soluções possíveis que, conjuntamente, apresentaram uma abrangência de 84% dos casos com consistência de 82% (no QCA, a consistência mínima aceitável é 75%), o que demonstra que as configurações conseguiram responder adequadamente ao fenômeno sob o ponto de vista da agenda positiva. Ressalta-se que a presença ou ausência de alguns atributos perpassou todas as categorias, o que indica sua modulação em relação à primazia das agendas.

Registra-se que as três primeiras soluções estão reunidas numa mesma família, onde o eixo explicativo é a grande aproximação da *preferência* manifestada entre o projeto vetado e o novo projeto apresentado pelo presidente.

A solução “1a”, além do destaque já citado, apresenta nível elevado de *urgência* e alta *convergência* partidária, significando que o Executivo, apesar do veto, realizou a *apropriação* por meio de cooperação com a base de apoio, especialmente com os partidos protagonistas da coalizão, ponderada com a necessidade bem demarcada de recolocar rapidamente a matéria de interesse novamente no jogo legislativo.

A formação de coalizões *ad hoc* é também bastante evidente na solução “1b”. Essa estratégia visa a alcançar especialmente a oposição;

basta verificar a presença de baixa *convergência* partidária. A estratégia foi elaborada no sentido de induzir a adesão em favor da proposição do Executivo. Houve, então, bloqueio das ações da oposição, ao mesmo tempo em que se fortaleceu a coalizão em favor da iniciativa do presidente. Essa solução também permite inferir que a formação de coalizão *ad hoc* também é aplicável a projetos de baixa prioridade, o que deixa claro que o interesse maior do governo é a demarcação de seu território na agenda em discussão no Congresso, sem a necessidade de empregar seu capital político para imprimir velocidade ao processo. A aplicação do veto ofereceu ampla gama de informações, ainda que insuficientes para elevar o grau de interesse em relação à matéria. *A informação orienta a decisão; mas, sozinha, não determina as prioridades do governo* (SILVA, 2014).

Por fim, a solução “1c” foi, de todas as configurações, a de maior amplitude de possibilidades e a que engloba as demais. A solução revela que, a proximidade entre as preferências e a ação centralizadora do partido do Presidente são fatores suficientes para determinar o veto e a *apropriação*.

Na solução 2, a baixa *urgência* e a presença determinante da *convergência* partidária associadas ao atributo *ministro do presidente* deixam evidente que se trata de caso típico de *apropriação* como acomodação de interesses dentro da coalizão. Diniz (2005) enfatiza que muitas propostas colocadas pelo presidente são caracterizadas meramente como instrumentos de negociação para esse fim. Elas não vêm acompanhadas do uso dos recursos que agilizam a tramitação e, comumente, são deixadas a tramitar conforme o *timing* do próprio Congresso Nacional.

Partindo agora para a análise das *apropriações* classificadas na categoria *controle de risco*, é interessante registrar que as situações originadas pelo veto são as mais intuitivas, pois visam a controlar os ímpetos dos parlamentares. Trata-se de casos em que o governo entende que a mera interposição do veto é insuficiente para arrefecer a maioria do Congresso. Dessa forma, o presidente antecipa-se à análise do veto ao apresentar paralelamente um novo projeto de lei acerca daquele tópico de política.

Conforme se depreende da tabela 2, embora tenha apresentado apenas uma configuração, os índices de *consistência* e *cobertura* ficaram acima dos padrões recomendados (*consistência* = 0,75). O resultado confirma que não somente a natureza da política, mas também a grande diferença entre as preferências da Presidência e do Congresso foram determinantes para caracterizar este tipo de *apropriação*.

Tabela 2Configurações das *apropriações* por *controle de risco* veiculadas pelo veto

Eixos analíticos e atributos	Solução
	1
<i>Ganho informacional</i>	
Preferências	∅∅
<i>Eleição de prioridade</i>	
Urgência	
<i>Conexão partidária</i>	
Ministro do presidente	{{
Convergência partidária	∅∅
<i>Consistency</i>	0,82
<i>Raw coverage</i>	0,64
<i>Unique coverage</i>	0,64
<i>Overhall solution consistency</i>	0,82
<i>Overhall solution coverage</i>	0,64

Fonte: elaboração própria, com dados da pesquisa.

Como era previsível, o atributo *preferência* revelou-se baixo, condizente com a natureza da política e com a forma de atuação antagônica dos agentes políticos. O atributo *ministro do presidente* demonstra haver uma concentração do processo decisório nas mãos do chefe do Executivo, mesmo porque as *apropriações* dessa categoria operam temas de repercussão sobre a sociedade e sobre a gestão do governo, para os quais o presidente indica pessoas do seu próprio partido. Além disso, tais fenômenos são ações típicas de bloqueio sobre projetos que foram inicialmente patrocinados pela oposição.

Chamou também a atenção o fato de que esta solução apresentou cobertura menor que a apresentada pelas *apropriações* por *agenda positiva*, embora tenha mantido bom padrão de consistência. Três casos não puderam ser explicados; dentre eles, destaca-se o recente veto à emenda aprovada pelo Congresso à MP nº 664, de 2014, convertida na Lei nº 13.135/2015 (BRASIL, 2015a), que introduzia matéria diversa daquela tratada originalmente na MP: a flexibilização da aplicação do fator previdenciário⁸. No dia seguinte ao veto, a Presidência publicou nova MP (MP nº 676/2015, convertida na Lei nº 13.183/2015 (BRASIL, 2015b)), alterando pequenos

⁸ Fator previdenciário é o resultado de uma fórmula que inclui alíquota de contribuição, idade do trabalhador, tempo de contribuição à Previdência Social e expectativa de sobrevida do segurado. Ele é aplicado para cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição e por idade, sendo opcional no segundo caso. Criado com o objetivo de equiparar a contribuição do segurado ao valor do benefício, desestimula a aposentadoria precoce tendo em vista que diminui o benefício do cidadão caso este deseje realizar o pedido apenas baseando-se nos requisitos mínimos para a elegibilidade da aposentadoria.

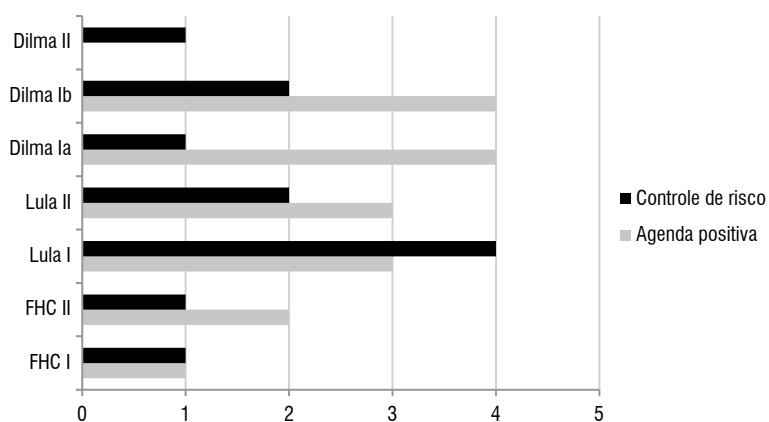
pontos do texto aprovado pelo Congresso. Tal caso enquadra-se nas *apropriações* por *controle de risco*, mas apresenta um perfil não contemplado nos resultados. Esse aspecto pode ser explicado pelo fato de se tratar de um momento muito delicado para a presidenta Dilma Rousseff, que já observava a erosão da sua coalizão partidária e a acentuada queda de popularidade. Em vista dos casos selecionados, trata-se de um ambiente bastante diferente. Jamais FHC ou Lula foram tão pressionados a ponto de fazerem uso do poder de agenda condicional para controle de risco e que estivesse com preferências tão próximas às dos parlamentares. Deve-se acompanhar os desdobramentos desse caso, pois, mesmo com a *apropriação*, o ambiente do Legislativo tornou-se amplamente desfavorável à Presidência.

5. Análise entre os governos

Os resultados da análise comparativa resultam predominantemente de situações em que o presidente detinha amplo controle sobre sua coalizão, os partidos que ocupavam as presidências da Câmara dos Deputados e do Senado também faziam parte da base de apoio. Esse cenário foi indicativo de uma utilização bastante moderada do poder de agenda condicional. O que se percebe com clareza pelo gráfico 1 abaixo é que nos últimos quatro anos o veto como veículo de *apropriação* tem um salto considerável:

Gráfico 1

Número de casos de veto com *apropriação* (1995-2015)



Fonte: elaboração própria.

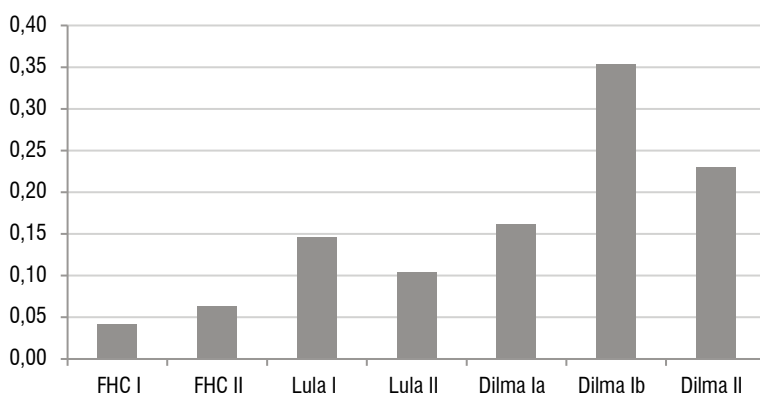
No entanto, esse quadro começa a mudar durante o primeiro mandato de Dilma Rousseff, período no qual dois importantes eventos foram identificados.

O primeiro foram as grandes manifestações populares de junho de 2013, que compartilharam o descontentamento com a classe política, com a precariedade dos serviços públicos e pelo enfoque do governo em gastos considerados supérfluos (como os dos estádios para o evento da Copa do Mundo no Brasil). Nesse momento, o governo de Dilma Rousseff sofreu grande queda de popularidade. O segundo evento, decorrente do primeiro, foi gerado pela tentativa do Congresso de sair da inércia que apresentava em adiar sistematicamente as decisões sobre os vetos presidenciais. Com a aprovação da Resolução nº 1, de 2013, o Congresso retomou a apreciação dos vetos, rompendo com um grande ciclo em que os vetos presidenciais eram, na prática, dados como aprovados. Com essa decisão, o Parlamento brasileiro introduziu uma circunstância nova para o presidente da República, em que a agenda mensal de apreciação dos vetos significava mais trabalho para que o governo contornasse a situação, exigindo, também, que passasse a fazer mais uso do seu poder de agenda condicional.

Realizei cálculo do número de casos pelo tempo do mandato, promovendo uma separação do primeiro mandato da presidenta Dilma Rousseff em dois períodos: antes (Dilma Ia) e depois de junho de 2013 (Dilma Ib). Temos, assim, o seguinte cenário comparativo:

Gráfico 2

Casos de veto com *apropriação* por mês e por mandato (1995-2015)



Fonte: elaboração própria.

O gráfico indica que, mesmo antes do período conturbado pelo qual passou a presidenta, o perfil do primeiro mandato é forte indicativo de que já havia sinais de deterioração da coalizão de apoio ao governo. Se compararmos os demais presidentes, em todos os mandatos onde hou-

ve maiores dificuldades de formação de maiorias de apoio ao governo, também houve necessidade de maior utilização do poder de agenda condicional.

Considerações finais

Este artigo reflete uma agenda de pesquisa em andamento. No entanto, percebe-se claramente que o fenômeno da *apropriação* veiculado a partir do veto presidencial constitui, sem dúvida, para o Brasil, uma clara manifestação do poder de agenda condicional de que trataram Tsebelis e Alemán.

Levando-se em conta aspectos micropolíticos, baseados na lógica da ação estratégica e voltada para a natureza da política de interesse do presidente, esta pesquisa teve como objetivo avançar sobre as características desse poder de agenda condicional e alguns de seus condicionantes. Como expressou Silva (2014, p. 125), “o conteúdo da agenda implica a forma de articular o próprio poder de agenda”.

As características e ações que envolvem cada veto em busca da *apropriação* também são diversas. Podem variar tanto de uma situação em que o governo deseja ser o autor de certa matéria, estabelecendo sua condição de condutor da “boa política”, da “agenda positiva”, quanto da necessidade de ser apresentado algo no lugar do que foi vetado para apaziguar os ânimos contrariados no Congresso (atitude do tipo “morde, mas assopra”)⁹. O governo reinicia o jogo do processo legislativo sobre matérias vetadas, estabelecendo novos termos para as propostas, em geral levando também em consideração as informações adquiridas ao longo do processo legislativo dos projetos que foram vetados.

O fenômeno é uma expressão criativa do poder de agenda do presidente. O veto é um instituto que acentua a condição de centralização da agenda nas mãos do presidente. Dessa forma, relativamente à formação e à apresentação de políticas, os dados e análises realizados mostram a possibilidade de o poder de agenda presidencial ser exercido tendo como maior beneficiário o partido do presidente, em detrimento dos demais partidos da base e da oposição. Além de aumentar suas possibilidades de construção de maiorias no Congresso e de amalgamar as agendas entre os Poderes, o presidente e seu partido ainda viabilizam a obtenção da “autoria” de muitas políticas já em discussão no Parlamento. Mais

⁹Não se ignora o fato de o governo agir com boa-fé para apresentar uma proposição que realmente apresente um texto de melhor qualidade do que o aprovado pelo Congresso. Mas o que fica evidente é que isso, em princípio, poderia ter sido feito ao longo do processo legislativo, evitando reinício do processo a partir do veto.

que qualquer ator político, o presidente consegue capitalizar divulgação pública de suas ações e correlacioná-las com benefícios sociais.

Os resultados preliminares apontam para as características dos últimos vinte anos. Apesar de encontrarmos padrões, a pesquisa deparou-se com um cenário em mudança. Ao ser incorporado um caso recente, que retrata uma realidade não coberta pelas soluções propostas, não apenas se aponta para a necessidade de tornar a análise dinâmica ao incorporar novos períodos mas, principalmente, novos cenários. O perfil dominante dos casos selecionados foi de coalizões bem controladas. No cenário mais recente talvez não seja assim. Isso implica a continuidade da pesquisa sobre a observação dos casos de poder de agenda condicional e sua leitura do gerenciamento de coalizões heterogêneas e multipartidárias (coalizões fracas implicariam maior uso do poder de agenda condicional?).

Além deste, os próximos desafios estão em compreender como o poder de agenda condicional brasileiro influencia nos resultados almejados pelos presidentes, se é possível identificar um perfil desse poder para cada chefe do Poder Executivo, bem como a introdução de novas leituras e variáveis que aprimorem a compreensão do veto como veículo da *apropriação* da agenda e como uma terceira via explicativa nos estudos comparados.

Sobre o autor

Rafael Silveira e Silva é doutor e mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; consultor legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil; professor do Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil; pesquisador associado pleno do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: rssilva@senado.gov.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁰

APPROPRIATION OF THE LEGISLATIVE AGENDA AS A THIRD WAY TO PRESIDENTIAL VETO POWER

ABSTRACT: Despite recent disputes between the Executive and the Legislature over the veto institute, this institute has received little attention in the country, despite the relevant contributions of the American experience and Latin American countries. In

¹⁰ Sem revisão do editor.

Brazil, interesting cases have been observed that indicate the use of vetoes as a form of resumption of the legislative game, in which the President prevents the approval of the proposal generated in the Legislative branch and presents its own version on the vetoed bill. It is an alternative strategy of veto power, a variation of the phenomenon known as Appropriation of the legislative agenda. The present article uses different theoretical perspectives on the veto applied to North American and Latin American cases linking them to this variation of the use of the presidential veto in Brazil, seeking to analyze the cases observed in the light of the governability and the preferences manifested among the parliamentarians and the President.

KEYWORDS: VETO POWER. APPROPRIATION. AGENDA. GOVERNABILITY.

Como citar este artigo

(ABNT)

SILVA, Rafael Silveira e. A apropriação da agenda legislativa como terceira via para o poder de veto presidencial. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 13-33, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p13>.

(APA)

Silva, R. S. e (2018). A apropriação da agenda legislativa como terceira via para o poder de veto presidencial. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(217), 13-33. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p13

Referências

ALEMÁN, Eduardo; TSEBELIS, George. The origins of presidential conditional agenda-setting power in Latin America. *Latin American Research Review*, v. 40, n. 2, p. 3-26, 2005.

ARAUJO, Suely Mara Vaz Guimarães de; SILVA, Rafael Silveira e. Reflexões e novas agendas de pesquisa para os estudos legislativos no Brasil. *Revista Iberoamericana de Estudos Legislativos*, v. 2, n. 1, p. 58-74, out. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/riell/article/view/5847/4546>>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. Titulares da agenda e carreiras políticas. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n.10, p. 285-311, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/8619/6537>>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 11.324, de 19 de julho de 2006. *Diário Oficial da União*, 20 jul. 2006a.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.363, de 20 de julho de 2006. Dá nova redação ao art. 3º-A da Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico. 2006b. Apensado ao Projeto de Lei nº 3.782/2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=411126&filename=PL+7363/2006>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. Congresso Nacional. Resolução nº 1, de 11 de julho de 2013. *Diário Oficial da União*, 12 jul. 2013.

_____. Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015. *Diário Oficial da União*, 18 jun. 2015a.

_____. Lei nº 13.183, de 4 de novembro de 2015. *Diário Oficial da União*, 5 nov. 2015b.

CAMERON, Charles M. *Veto bargaining: presidents and the politics of negative power*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000.

_____. The presidential veto. In: EDWARDS, George C.; HOWELL, William G. *The Oxford handbook of the American presidency*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

DINIZ, Simone. Interações entre os poderes executivo e legislativo no processo decisório: avaliando sucesso e fracasso presidencial. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 1, p. 333-369, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v48n2/a04v48n2>>. Acesso em: 18 set. 2017.

DÖRING, Herbert. Time as a scarce resource: government control of the agenda. In: _____ (Org.). *Parliaments and majority rule in Western Europe*. New York: St. Martin's Press, 1995. p. 223-246.

FISS, Peer C. Building better causal theories: a fuzzy set approach to typologies in organization research. *Academy of Management Journal*, v. 54, n. 2, p. 393-420, 2011.

MAYHEW, David R. *Congress: the electoral connection*. New Haven: Yale University Press, 1974.

PALANZA, Valeria; SIN, Gisela. Item vetoes and attempts to override them in multiparty legislatures. *Journal of Politics in Latin America*, v. 5, n. 1, p. 37-66, 2013.

RAGIN, Charles C.; FISS, Peer C. Net effects analysis versus configurational analysis: an empirical demonstration. In: RAGIN, Charles C. (Org.). *Redesigning social inquiry: fuzzy sets and beyond*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

RAGIN, Charles C. *The comparative method: moving beyond qualitative and quantitative strategies*. Berkeley: University of California Press, 1987.

_____. *Fuzzy set social science*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

RIHOUX, Benoît; Ragin, Charles C. (Org.). *Configurational comparative methods: qualitative comparative analysis (QCA) and related techniques*. Thousand Oaks, CA: Sage, 2009.

SILVA, Rafael Silveira e. Beyond Brazilian coalition presidentialism: the appropriation of the legislative agenda. *Brazilian Political Science Review*, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 98-135, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bpsr/v8n3/1981-3821-bpsr-8-3-0095.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

SILVA, Rafael Silveira e; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Ainda vale a pena legislar: a atuação dos *agenda holders* no Congresso brasileiro. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 48, p. 19-50, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n48/a02v21n48.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

TSEBELIS, George; ALEMÁN, Eduardo. Presidential conditional agenda setting in Latin America. *World Politics*, v. 57, n. 3, p. 396-420, apr. 2005.

WEAVER, R. Kent. The politics of blame avoidance. *Journal of Public Policy*, n. 6, p. 371-398, oct./dec.1986.

O Supremo Tribunal Federal e a vedação da prisão civil do depositário judicial infiel

Uma questão ainda em aberto

ANA MARIA D'ÁVILA LOPES

LUCIANO ATHAYDE CHAVES

Resumo: O presente estudo examina a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 466.343 e seus efeitos sobre a prisão do depositário judicial infiel. Para tanto, com base numa pesquisa bibliográfica e documental na doutrina, jurisprudência e legislação nacional e internacional, apresenta a controvérsia teórica sobre a taxonomia normativa dos tratados de direitos humanos no Direito interno e a doutrina do controle de convencionalidade, proposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, conclui que os efeitos paralisantes das normas infraconstitucionais internas, em decorrência do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não deve esvaziar o conteúdo normativo do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil no que se refere à prisão civil do depositário judicial infiel.

Palavras-chave: Depositário judicial infiel. Prisão civil. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Controle de Convencionalidade.

Introdução

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), tomada no Recurso Extraordinário nº 466.343 (BRASIL, 2009b), tem sido considerada pela literatura especializada (RAMOS, 2009, p. 244; MAUÉS, 2013, p. 27) como exemplo paradigmático da mudança de entendimento (*overruling*) do STF na direção de uma maior proteção normativa dos direitos humanos, na medida em que reconheceu o caráter de *suprale-*

Recebido em 18/10/17

Aprovado em 11/1/18

galidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, especialmente em relação àqueles não absorvidos na positividade constitucional, em razão do preceito contido no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988).

Além de diversas considerações possíveis, a exemplo da superação das controvérsias práticas quanto à *hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos* na ordem jurídica interna e da absorção do denominado controle de *convencionalidade* pelos tribunais brasileiros, é possível contextualizar referida decisão no panorama do constitucionalismo contemporâneo, que busca assumir, como acentua J. J. Gomes Canotilho, uma maior *abertura internacional* no plano das fontes do Direito (CANOTILHO, 2002, p. 369). O significado dessa abertura irradia-se em múltiplas direções, como se pode observar no inciso I do art. 4º da CRFB, entre as quais a *prevalência dos direitos humanos* (BRASIL, 1988). Para Celso Lafer, o princípio que assevera a prevalência dos direitos humanos, além de marcar o trânsito para o regime democrático, também afirma uma visão de mundo, por meio da qual o exercício do poder deve incorporar a perspectiva da cidadania (LAFER, 2005, p. 14).

Fala-se, inclusive, em uma evolução do Estado Constitucional na direção de um “constitucionalismo cosmopolita” (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 83) ou de um “transconstitucionalismo” (NEVES, 2014), mercê de uma ressignificação do conceito de soberania, em razão das inter-relações com a comunidade internacional e seus múltiplos atores globais (ZAGREBELSKY, 2005; FARIA, 2002).

Aquela decisão paradigmática do STF gravitou em torno da vedação da prisão civil por dívidas, como regra, prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos

(CADH) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), não se contemplando, como exceção, a prisão civil do depositário infiel; o STF decidiu pela impossibilidade da prisão do depositário, *qualquer que seja a modalidade do depósito*, em que pese o disposto no art. 5º, inciso LXVII, da CRFB (BRASIL, 1988).¹

Se, por um lado, a decisão foi bem recebida quanto a algumas modalidades de depósito, como a do fiduciante (situação fática específica do mencionado *leading case*), por outro, notadamente em relação ao depositário judicial, a solução provocou dúvidas e inquietações (FELICIANO, 2009; DONIZETTI, [2009]; ACIOLI, 2011), muito em razão da natureza peculiar dessa medida restritiva de liberdade, afeta ao campo das *sanções processuais (contempt of court)*.

Esse aspecto crítico merece ser contextualizado, dado o atual cenário de inefetividade das tutelas jurisdicionais, mais especificamente aquelas de índole executiva, ou seja, de materialização das decisões judiciais que contêm obrigações de dar (pagar). Como indica o Relatório Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Poder Judiciário recebeu, em 2015, nada menos que 28,9 milhões de processos novos, que se somaram aos 70,8 milhões de processos em estoque, ainda que tenham sido julgados 28,5 milhões de feitos. Na fase de execução, a situação é muito grave, com taxa de congestionamento² média em torno de 85,6%, o que demonstra baixíssima efetividade das tutelas jurisdicionais (BRASIL, 2015a, p. 47).

¹“Art. 5º, LXVII – Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1988)

²“Indicador que compara o que não foi baixado com o que tramitou durante o ano-base (soma dos casos novos e dos casos pendentes iniciais)” (BRASIL, 2015a, p. 37).

É correto pensar que essa grave situação não se prende, apenas, às sanções processuais, agora desprovidas da prisão civil do depositário de bens³. Não obstante, a falta de qualquer meio processual que assegure a higidez e a eficiência dos atos de concretização da tutela judicial deve ser objeto de profunda reflexão.

Embora a questão da impossibilidade de prisão civil do depositário judicial infiel, de qualquer modalidade, já esteja posta na Súmula Vinculante nº 25 (BRASIL, 2009g), em que figura como precedente o RE nº 466.343/SP (BRASIL, 2009b), o tema não pode ser considerado como sepultado ou imune à crítica da ciência do Direito, não só porque esta é de índole compreensiva e, portanto, cambiante em razão da história e das respectivas transformações sociais (FERRAZ JÚNIOR, 1991, p. 41; LARENZ, 2005, p. 519; MÜLLER, 2009, p. 149), mas porque o art. 103-A, § 2º da própria CRFB prevê a possibilidade de alteração ou mesmo a revogação das súmulas vinculantes (BRASIL, 1988). Assim, só o pensamento crítico e reflexivo sobre o assunto pode, se for o caso, oferecer argumentos em favor de qualquer proposta de mudança da jurisprudência.

Com base numa pesquisa bibliográfica e documental na doutrina, na jurisprudência e na legislação nacional e internacional, o presente estudo procura demonstrar que a figura jurídica do depositário judicial é distinta da do depositário infiel contratual; por essa razão, sua subsistência em nossa ordem jurídica interna não seria incompatível com as normas internacionais sobre direitos humanos ratificadas pelo Brasil, em especial a CADH.

Para tanto, a primeira parte deste estudo será dedicada ao exame da controvérsia sobre

³ O atual Código de Processo Civil (CPC) já não traz a regra do art. 687, § 3º, do Código revogado (“a prisão de depositário infiel será decretada no próprio processo, independentemente da ação de depósito”) (BRASIL, 2015b).

a hierarquia das normas internacionais sobre direitos humanos no sistema jurídico interno e os contornos teóricos do denominado “controle de convencionalidade”, com o propósito de oferecer um referencial teórico apropriado à leitura crítica da posição do STF quanto à impossibilidade da prisão do depositário judicial infiel.

Na sequência, apresenta-se um olhar analítico do acórdão do STF no RE nº 466.343/SP, considerado como precedente da Corte para a questão da concretização do art. 7, § 7º da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969) quanto à prisão do depositário infiel. Essa abordagem é importante porque o STF adota o modelo de deliberação baseado em votos múltiplos ou em série (modelo *seriatim*) e não de um único voto ou *opinion* (modelo *per curiam*), sintetizador do pensamento do Tribunal; ver Steinmetz e Freitas (2014) e Tiersma (2013)⁴. Por isso, é fundamental o cotejo de todas as manifestações dos julgadores para a melhor compreensão da *ratio decidendi* do precedente, assim

⁴ Esse modelo de deliberação adotado no Brasil, em especial pelo STF, é muito problemático. Virgílio Afonso da Silva acentua que “O modelo brasileiro pode ser considerado como um modelo extremo de deliberação externa, o que o afasta definitivamente dos modelos continentais europeus. Especialmente devido à (1) quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros: nos casos importantes, os ministros levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal; (2) inexistência de unidade institucional e decisória: o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros; e (3) carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal: como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma colagem, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas” (SILVA, 2009, p. 217). Os problemas causados por esse modelo de processo deliberativo, como veremos, repercutiram sobremaneira na falta de unidade argumentativa no julgamento do RE nº 466.343.

compreendida como seus fundamentos determinantes, de fato e de direito (ZANETI JÚNIOR, 2015, p. 371).

No último segmento, será apresentada uma leitura crítica da posição do STF em relação ao depositário infiel, inclusive na linha das opiniões divergentes (*dissenting opinions*) na própria Corte, bem como serão indicados fundamentos em defesa dessa sanção processual, extirpada da ordem jurídica interna pela força normativa da jurisprudência atual quanto ao tema, os quais se harmonizam não só com a CADH, mas também como os postulados internacionais de proteção aos direitos humanos.

1. A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil e o controle de convencionalidade

A CADH, também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, celebrada em 22 de novembro de 1969 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), foi incorporada à ordem jurídica brasileira por meio do Decreto nº 678, de 1992 (BRASIL, 1992b)⁵, e constitui um dos mais importantes documentos normativos⁶ do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (CONTESSÉ, [2009]), protagonizado, no plano transnacional, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Não obstante a ratificação da CADH pelo Brasil, houve pouco ou nenhum efeito de suas normas sobre as do direito interno relativamente à prisão do depositário infiel, nas hipóteses que transbordavam àque-la única cogitada pelo art. 7º, § 7º da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)⁷, tanto que a jurisprudência se conservou (inclusive com relação à prisão do depositário infiel⁸), com al-

⁵ A competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos somente foi reconhecida pelo Brasil com o Decreto Legislativo nº 89/1998 (BRASIL, 1998).

⁶ Os outros documentos são: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948); e o Protocolo de San Salvador (1988) (RAMOS, 2009, p. 248).

⁷ Assinale-se que as Cortes internacionais têm a prática de considerar o direito interno como mero fato (*merely facts*), isto é, elas adotam a perspectiva de reconhecer as normas internacionais como a fonte primária do Direito, pois entendem que o Estado aceitou livremente a adoção do(s) tratado(s). Assim, os estatutos internos acostumam não ser levados em consideração pelas instâncias internacionais, nem mesmo a ideia de superioridade da Constituição sobre as normas previstas em tratados (RAMOS, 2009, p. 253).

⁸ Mesmo com votos divergentes, o STF assentou a tese de que o art. 7º, § 7º da CADH encerrava uma norma de caráter geral, pelo que seriam compatíveis exceções previstas em normas especiais. O caso considerado paradigmático é o julgado no *Habeas Corpus* nº 72.131, cujo teor é o seguinte: “*HABEAS CORPUS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR COMO DEPOSITÁRIO INFIEL. Sendo o*

gumas vozes dissonantes⁹, possivelmente em razão da rarefeita tradição dos atores jurídicos nacionais quanto à consideração do necessário diálogo entre as normas internas e as internacionais, bem como em função da jurisprudência majoritária, no sentido de não considerar as normas inseridas em tratados ratificados pelo Brasil como superiores às normas nacionais soberanamente em vigor.

Até 1988, como lembra Maués (2013, p. 29), o entendimento do STF¹⁰ firmava-se no sentido de que os tratados internacionais – sobre direitos humanos ou não – se incorporavam ao direito interno com *igual hierarquia das leis ordinárias*. É que, naquela altura, levando em conta o *status* ordinário do tratado, as eventuais antinomias entre suas normas e as normas locais ou internas resolviam-se pela aplicação dos métodos clássicos ou tradicionais de superação desses conflitos normativos (MEDINA, 2004) – ou seja, o *cronológico* (“lex posterior derogat legi priori”), o *hierárquico* (“lex superior derogat legi inferiori”) e o da *especialidade* (lei especial prevalece sobre a geral ou “lex specialis derogat legi generali”). Em geral, prevalecia a perspectiva de *legislação especial* das regras alusivas à prisão civil do depositário infiel, já que respaldadas por norma constitucional¹¹, em face da CADH.¹²

Com a promulgação da CRFB em 1988, no entanto, o tema voltou à agenda das discussões, em razão do § 2º do art. 5º “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). A previsão da existência de direitos fundamentais em tratados inter-

devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da CRFB. Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. ‘Habeas corpus’ indeferido, cassada a liminar concedida” (BRASIL, 2003).

⁹Em diversas passagens, o Acórdão referente ao RE nº 466.343 aponta votos divergentes e vencidos anteriormente proferidos em julgados sobre o tema.

¹⁰Representa esse estágio da jurisprudência do STF a decisão proferida na ADI 1.480/DF (BRASIL, 2001, p. 214), em que se destaca a seguinte passagem: “No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) –, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional”.

¹¹O art. 153, § 17 da Emenda Constitucional nº 1/1969 estabelecia: “Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei” (BRASIL, 1969b).

¹²Sobre um histórico das normas constitucionais e infraconstitucionais dispendo sobre a prisão civil do depositário infiel no Brasil, ver Acioli (2011, p. 22).

nacionais levou alguns juristas, como Piovesan (1997, p. 96) e Cançado Trindade (1996, p. 210), a defenderem o nível constitucional desses documentos. Essa posição, apesar de seus respeitáveis fundamentos, não chegou a consolidar-se no Brasil, em especial no STF, em função, sobretudo, do argumento da *supremacia constitucional* sobre os tratados, na medida em que a CRFB atribui competência ao STF para declarar a inconstitucionalidade de tratados (art. 102, III, “b”).¹³

Com o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004b), o debate ganhou outros contornos, em função da introdução do § 3º ao art. 5º, estabelecendo um rito legislativo especial – equivalente àquele das emendas constitucionais – para que tratados internacionais sobre direitos humanos fossem incorporados à ordem normativa interna com a estatura de normas material e formalmente constitucionais.¹⁴

Se, por um lado, essa inovação representou um evidente enfraquecimento da tese da *cláusula de equivalência* dos tratados anteriormente ratificados pelo Brasil, na medida em que o texto constitucional passou a exigir um procedimento específico para o reconhecimento formal da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos humanos, por outro, representou um avanço, já que, cumprido o rito previsto no § 3º do art. 5º, as normas internacionais, ratificadas pelo quórum exigido para as emendas constitucionais, passaram a ostentar *qualificação constitucional* suficiente para integrar, de forma inequívoca, o *bloco de constitucionalidade*¹⁵ e, portanto, servir de *parâmetro de controle* (concentrado ou difuso) para a validade da ordem normativa que lhe é subalterna.¹⁶

Além disso, pode-se também sustentar que, passando a integrar o rol dos direitos fundamentais, essas normas internacionais não po-

¹³ Registra Mazzuoli que muitas foram as vozes a criticar essa posição do Poder Judiciário no Brasil, o que só não provocou um quadro mais profundo em relação aos direitos humanos porque a CRFB apresenta um longo catálogo de direitos, muitos dos quais idênticos àqueles dispostos nos tratados internacionais (MAZZUOLI, 2011, p. 32).

¹⁴ A redação do § 3º do art. 5º é a seguinte: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988).

¹⁵ De acordo com Ana Maria D’Ávila Lopes, pode-se compreender “bloco de constitucionalidade” como sendo o “conjunto de normas que, junto com a Constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de nível constitucional”, de modo a servir, inclusive, de parâmetro para o controle de constitucionalidade no tecido normativo infraconstitucional (LOPES, 2009, p. 45-53).

¹⁶ Em sentido contrário, sustenta Mazzuoli que somente se pode falar em controle de constitucionalidade quando a norma-parâmetro integra o texto propriamente dito da CRFB. Defende, assim, que se fale de controle de convencionalidade, concentrado ou difuso, quando a norma-parâmetro pertence a um tratado internacional de direitos humanos, e não apenas a CADH. Quanto aos demais tratados, aos quais atribui indistintamente a hierarquia de supralegalidade, o método a ser usado para eventual invalidação das normas internas seria o do *controle de supralegalidade* (MAZZUOLI, 2011, p. 73-74).

deriam mais ser rechaçadas por denúncia do tratado, porquanto incorporadas, mediante rito qualificado, ao núcleo das cláusulas constitucionais pétreas, além de resultar igual violação ao princípio da proibição de retrocesso (SARLET, 2013, p. 389-390).

No entanto, essa inovação não resolveu o problema do *status* das normas internacionais ratificadas pelo Brasil, anteriores à EC nº 45/2004 e não subsumidas ao rito do § 3º, art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988). A tese de que a inovação constitucional de 2004 implicou a elevação de todos os tratados anteriores sobre direitos humanos à hierarquia de normas constitucionais não teve força argumentativa (SARLET, 2013, p. 383).

Por isso, a importância da decisão tomada pelo STF no julgamento do RE nº 466.343/SP (BRASIL, 2009b). Seguindo proposição do ministro Gilmar Mendes, inspirado na solução adotada pelo regime constitucional alemão¹⁷, firmou-se essa solução para o problema da hierarquia dos tratados: a) somente podem ostentar hierarquia constitucional e, portanto, integrar o *bloco de constitucionalidade*, os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil e aprovados de acordo com o rito das emendas constitucionais¹⁸; b) com relação aos

tratados anteriores à EC nº 45/2004, suas normas vigoram com o status de *supralegalidade*, isto é, num estrato hierárquico-normativo intermediário, entre a CRFB (e, portanto, do seu *bloco de constitucionalidade*) e os demais diplomas normativos subalternos (leis complementares e leis ordinárias; nesta última categoria também estão alojados os demais tratados internacionais ratificados pelo Brasil).

Várias são as (importantes) consequências da solução adotada pelo STF quanto à *supralegalidade* dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil¹⁹. Primeiro, a superação de uma divergência que, ao fim e ao cabo, resultava na ineficácia das referidas normas internacionais, já que a posição anterior da Suprema Corte, cúpula do Poder Judiciário, influenciava todo o sistema judiciário.

A segunda consequência é permitir maior fluxo do debate sobre o denominado *controle de convencionalidade*, praticado pelo STF na hipótese do RE nº 466.343/SP, método de controle da validade das leis internas em face de diplomas legais internacionais, ainda pouco conhecido e explorado no Brasil.²⁰

Segundo Contesse ([2009], p. 1), a doutrina do *controle de convencionalidade* tem sido articulada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) há algum tempo, com o propósito de fazer com que os

¹⁷Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes anotou que essa tese foi pioneiramente proposta no STF pelo ministro Sepúlveda Pertence no Recurso do *Habeas Corpus* nº 79.785/RJ. Nesse julgamento, contudo, em que se discutia especificamente a aplicação de normas da CADH, assentou-se: “Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José” (BRASIL, 2002b).

¹⁸O primeiro diploma legal internacional a seguir esse rito foi a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 (BRASIL, 2008a). Interessa notar que ainda não há normas procedimentais mais específicas sobre o processo de deliberação quanto ao rito a ser adotado para a ratificação dos tratados. A quem cabe definir qual o rito? Quem delibera sobre essa escolha? É obrigatória sua adoção? No caso do referido tratado, foi o Presidente da

República quem indicou ao Congresso Nacional a deliberação na forma do § 3º do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988). O tema, como se vê, ainda está em aberto. Ingo Sarlet, por exemplo, defende o caráter compulsório do novo rito, em interpretação sistemática da CRFB, tendo em vista a importância que os direitos humanos assumem no próprio texto constitucional (SARLET, 2013, p. 387).

¹⁹Como veremos, na parte seguinte, a solução da supralegalidade não foi unânime, tampouco ficou muito evidenciada no *leading case*. Somente em julgados posteriores, e sem a mesma profundidade argumentativa, apontou-se a maioria formada em defesa dessa tese.

²⁰A respeito do caráter recente desse instituto na agenda jurídica nacional, ver Mazzuoli (2011).

órgãos judiciais internos deixem de aplicar as leis do seu próprio país contrárias à CADH, como método idóneo para robustecer a proteção dos direitos humanos na região. Sustenta Contesse ([2009]) que o caráter de “doutrina” judicial da Corte IDH reside no fato de que não há norma na CADH que disponha sobre esse “controle”²¹, ainda que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969²² contenha disposição de prevalência das normas internacionais sobre as locais. Na prática, esse *controle de convencionalidade* significa

²¹De acordo com Contesse ([2009], p. 4), a sentença que deu origem à doutrina do controle foi a tomada em um caso contra o Estado do Chile, em que se discutia a lei de anistia que impedia a investigação judicial de violação a direitos humanos durante a ditadura de Pinochet. Nessa decisão (*Almonacid Arellano v. Chile*, n. 154, Série C, 2006), assentou a Corte o seguinte a respeito do controle de convencionalidade: “los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque (sic) los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Carbonell, no entanto, aponta o caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala* como a origem da doutrina do controle de convencionalidade, mais precisamente no voto concorrente do juiz mexicano Sergio García Ramírez (CARBONELL, 2013, p. 71). Segundo Carbonell (2013, p. 69), “el control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. Para esse autor, a fonte desse poder-dever seria a própria CADH, que, em seu art. 2º, estabelece o dever dos Estados de adotar disposições de caráter interno com o propósito de dotar a Convenção de plena efetividade.

²²A Convenção de Viena, de 1969, foi ratificada pelo Brasil somente em 2009, por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro daquele ano. O art. 26 da Convenção estipula que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, em evidente posição de defesa do prestígio das normas internacionais (BRASIL, 2009f).

que o órgão judicial, diante de um conflito entre normas internas e a CADH, deve deixar de aplicar a legislação doméstica, em favor das normas da Convenção (CONTESSÉ, [2009], p. 7)²³, “paralisando” os efeitos das normas domésticas, já que a rigor não se poderia cogitar de revogação.

No mesmo sentido, afirma Bustillo Marín (2013, p. 6) que “el control de convencionalidad es el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente, en la que funda la competencia contenciosa de la Corte IDH”. Para essa autora, o controle concentrado somente pode ser feito pela Corte IDH, cabendo aos Estados o controle difuso, no âmbito de competência de suas autoridades.

A própria Corte IDH, em suas publicações sobre sua jurisprudência, tem estimulado a compreensão desse mecanismo, explicitando que “los tribunales nacionales no solo deben limitarse a realizar un examen de constitucionalidad de sus resoluciones, sino también de convencionalidad”, como o fez na divulgação do caso *Boyce y otros v. Barbados* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015, p. 5).

Para Ramos (2009), esse *controle de convencionalidade* deve ser expandido para além das fronteiras do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, de modo a ser observado em relação a quaisquer tratados de direito internacional de direitos humanos. Mais que isso, defende a possibilidade de um “controle de convencionalidade aplicado”, isto

²³Em socorro à robustez dessa doutrina, registra Contesse ([2009], p. 8) que há semelhantes instrumentos na União Europeia.

é, um controle no qual não apenas as normas dos tratados sejam levadas em conta, mas também a interpretação dada a essas normas pelos intérpretes internacionais, mais especificamente pelos órgãos internacionais de direitos humanos, que constituiriam, assim, um “bloco de suprallegalidade” (RAMOS, 2009, p. 245-260).

Segundo esse autor, a tradição brasileira foi a de resistir, durante muito tempo, à jurisdição de órgãos internacionais, sendo legatária dessa posição uma tardia adesão a mecanismos de controle inerentes ao direito internacional, como o controle de convencionalidade (RAMOS, 2009, p. 246-247).

Afirmar, contudo, a necessidade instrumental, decorrente de uma abertura constitucional para a ordem jurídica internacional, não elimina todos os problemas relativos à eficácia dos tratados, em especial os inerentes a direitos humanos. A concorrência de normas, internacionais e domésticas, também importa na consideração de outras ordens de problemas, não só quanto à hierarquia dessas normas, como vimos acima, mas também quanto à hermenêutica própria dos processos de concretização das normas jurídicas.

Apesar dessa importante e necessária fronteira de discussão, que escapa aos objetivos deste trabalho, é possível afirmar que os movimentos teóricos e jurisprudenciais recentes caminham numa direção convergente de maior protagonismo do direito internacional, nomeadamente relacionado à proteção dos direitos humanos, na ordem jurídica interna, de que é paradigmático exemplo a decisão do STF no RE nº 466.343/SP, que será examinada a seguir.

2. Análise do *leading case* do STF sobre a prisão do depositário infiel

O Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343/SP (BRASIL, 2009b) constitui, no âmbito da jurisprudência do STF, o precedente ou *leading case*²⁴ ou decisão paradigmática em face do disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)²⁵, assentando-se a impossibilidade de prisão civil do depositário *de qualquer modalidade*. O jul-

²⁴Seguimos aqui a definição apresentada por Zaneti Júnior (2015, p. 325), no sentido de considerar o *precedente* como o resultado de uma densificação de normas estabelecidas a partir de um caso concreto e suas circunstâncias fáticas e jurídicas, donde se extrai a *ratio decidendi* ou *holding*, expressão do *core* ou núcleo do precedente.

²⁵Segue a redação da norma internacional, extraída do sítio da Corte Interamericana de Direitos Humanos: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

gamento do referido recurso, concluído em 3 de dezembro de 2008, foi realizado em conjunto com outros dois processos sobre o mesmo tema – RE nº 349.703 (BRASIL, 2009c) e HC nº 87.585 (BRASIL, 2009e) – e tem sua ementa assim redigida:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (STF, 2009b).

Essa condição paradigmática está bem delineada nos “precedentes” indicados como lastro jurisprudencial para a edição da Súmula Vinculante nº 25²⁶, cuja tese “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (BRASIL, 2009g) hoje atua com força vinculante sobre o Judiciário, em razão da normatividade do art. 103-A, *caput*, da CRFB (BRASIL, 1988).²⁷

²⁶ Do rol de julgados que respalda a edição da Súmula Vinculante nº 25 (STF, 2009g), como exige o *caput* do art. 103-A da CRFB (BRASIL, 1988), observam-se decisões publicadas anteriormente à conclusão do julgamento do RE nº 466.343. No entanto, os julgados pretéritos não invalidam a condição paradigmática dessa deliberação seminal do STF, na medida em que se traduzem em decisões de suas turmas, apenas antecipando a conclusão a que já chegara a maioria dos ministros, durante o processo de julgamento do RE nº 466.343, várias vezes interrompidos por pedidos de vista regimental. Representa esse quadro o julgamento do *Habeas Corpus* nº 90.172, o mais antigo dos julgados referenciais da súmula, cuja ementa é a seguinte: “*HABEAS CORPUS*. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o nº 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D’Oeste/SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE nº 466.343/SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. [...] 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar (BRASIL, 2007).

²⁷ Até então, não é demasiado registrar, a jurisprudência do STF, embora por maioria, firmava-se no sentido de admitir a constitucionalidade da prisão de alienante fiduciário. Representa essa posição o seguinte precedente: “‘Habeas corpus’. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - *Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica*. ‘Habeas corpus’ indeferido, cassada a liminar concedida” (BRASIL, 2003, grifo nosso). Tratava-se, contudo, de posição majoritária, com vários votos divergentes, entre os quais o do ministro Sepúlveda Pertence, cujos fundamen-

Neste segmento, será feita uma análise resumida dos votos proferidos no referido RE, cujo acórdão é relativamente extenso, com mais de duzentas páginas. O propósito, como já indicado, é o de apreender os fundamentos, fáticos e jurídicos, determinantes na construção desse precedente (*ratio decidendi*), para subsidiar um exame crítico que se pretende fazer mais adiante quanto à inclusão do depósito judicial no panorama da aplicação do preceito contido na CADH.

O caso concreto envolve *contrato de alienação fiduciária* de um veículo, tendo como agente fiduciário uma instituição bancária que, diante do inadimplemento do fiduciante, intentou ação de busca e apreensão do bem, com pedido de prisão do inadimplente, caso o veículo não fosse devolvido. Como as instâncias ordinárias julgaram incabível a prisão²⁸, o banco buscou, mediante o recurso extraordinário, a tutela do STF, a fim de fazer valer a sua jurisprudência.

O relator do recurso, ministro Cezar Peluso, na primeira parte do seu voto sustentou a tese da inexistência de conexão jurídica entre o contrato de alienação fiduciária e o contrato de depósito, evidenciando que a integração desse instrumento ao contrato de alienação desempenhava um papel de autêntica garantia, com vantagens inegáveis para a liquidez das operações em favor do agente ou da instituição fiduciária. Com esse propósito, incluiu-se no art. 66 da Lei nº 4.728/1965 (BRASIL, 1965), com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 911/1969 (BRASIL, 1969), a condição de depositário ao alienante.²⁹

Em seguida, o relator destacou a tradição constitucional brasileira, desde a Constituição de 1934, de assegurar como direito fundamen-

tos foram lembrados pelo ministro Cezar Peluso, em seu voto no RE 466.343, os quais, em arremate, indicavam o seguinte “Por essas e por outras, minha convicção é velha, portanto, no sentido da inconstitucionalidade da prisão do alienante fiduciário que se pretenda albergar na exceção constitucional da vedação da prisão por dívidas” (Brasil, 2009b).

²⁸ A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à época já se mostrava firmemente refratária à medida de prisão, como espelha o seguinte julgado: “PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL - EXECUÇÃO FISCAL - RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO INFIEL - PREQUESTIONAMENTO - EIVA DE OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO - NÃO OCORRÊNCIA - INVIABILIDADE. I - Pendente no C. Supremo Tribunal Federal julgamento que não se completou (Recurso Extraordinário 466.343-1/SP) acerca da aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, no sentido da insubsistência da prisão do depositário infiel, deve ser mantida a orientação firmada há anos por esta Corte, ainda pela não aplicação do Pacto referido ao caso de depositário infiel. II - Inexistência de defeitos intrínsecos ao julgamento, tratando os Embargos de pretensão de reapreciação do julgamento. Embargos de declaração rejeitados” (BRASIL, 2008b).

²⁹ “Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal” (BRASIL, 1969a). Esse dispositivo legal foi integralmente revogado pela Lei nº 10.931, de 2004 (BRASIL, 2004a).

tal individual a vedação de prisão por dívidas (BRASIL, 1934), sendo as exceções trazidas na CRFB uma repetição do art. 153, § 17 da Emenda nº 1/1969 (BRASIL, 1969b), sem, contudo, o constituinte de 1988 ter especificado o que se compreende por “depositário infiel”. Conclui que a questão se subsume à interpretação da própria ordem jurídica interna, *sequer sendo necessário valer-se da CADH*, porquanto o uso deturpado do contrato de depósito resulta em arbítrio, sendo, pois, ilegítima a prisão civil do fiduciante.

O ministro Gilmar Mendes, seguinte a votar, iniciou seu pronunciamento destacando que as normas mais avançadas de direitos humanos, como as encontradas na CADH, não admitem prisão por dívida, salvo na hipótese de alimentante inadimplente. Com base nisso, em seu voto fez uma longa exposição sobre as teses relativas à hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos, para concluir que, afastada a possibilidade de automática recepção de constitucionalidades dos tratados sobre direitos humanos, o advento da EC nº 45/2004 ao menos acenou para a insuficiência da tese da hierarquia equivalente a lei ordinária, até mesmo por influxo de um necessário *diálogo entre os Estados Constitucionais*, especialmente no que se refere à proteção dos direitos humanos. E, no caso brasileiro, em diversas passagens a CRFB sinaliza a abertura para o direito internacional, a exemplo dos arts. 4º; 5º, §§ 2º, 3º e 4º (BRASIL, 1988), que seguiriam uma linha de tendência do constitucionalismo mundial de prestígio às normas internacionais de proteção do ser humano.

Defendeu, pois, uma revisão da posição do Tribunal, partindo da afirmação do anacronismo da tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, para, ao final, sustentar que a solução mais consistente seria a que atribui às normas internacionais sobre

direitos humanos o *status* jurídico de “supralegalidade”, já que, não podendo afrontar a supremacia constitucional, tampouco seria equiparada à legislação infraconstitucional ordinária. Nesses termos, afirmou que a prisão do depositário infiel, prevista na CRFB, não foi revogada pela adesão do Brasil à CADH, mas deixou de ter aplicabilidade, diante dos *efeitos paralisantes* produzidos pelo tratado sobre as normas infraconstitucionais respectivas, ou seja, sobre o art. 1.287 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) e Decreto-Lei nº 911/1969 (BRASIL, 1969a), vigentes à época da ratificação (1992). E mais: em vista da supralegalidade do tratado, a legislação posterior sobre a matéria, art. 652 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002a), também haveria de sofrer efeitos paralisantes em sua eficácia. Deixa-se, assim, de haver base legal para a prisão do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro.

O ministro Gilmar Mendes agregou duas teses sobre prisão do devedor fiduciante que implicam *violação ao princípio da proporcionalidade*: a) a existência de outros meios de coerção do devedor, a qual não justificaria a prisão; e b) a instituição do depósito vinculado ao contrato de alienação fiduciária é atípica, transbordando os limites semânticos da expressão “depositário infiel”, a que alude o art. 5º, LXVII da CRFB (BRASIL, 1988).³⁰

Ao acompanhar os votos precedentes, a ministra Cármen Lúcia expôs o fundamento de que, após a ratificação da CADH, não poderia haver interpretação extensiva em relação

³⁰Neste ponto, o ministro Gilmar Mendes desenvolve uma longa exposição sobre o conceito de reserva legal proporcional, com especial ênfase no Direito alemão, bem como sobre os limites à atuação do Poder Legislativo na disciplina de institutos que, embora previstos na CRFB, não apresentam reserva legal expressa. Essa tese se aplicaria ao contrato atípico de depósito atrelado ao de alienação fiduciária, porque, nessa hipótese, seria o mesmo que admitir a ampliação de uma restrição indevida e desproporcional ao direito fundamental de não ser preso por dívidas.

ao que limita a liberdade, sendo este outro princípio constante do tratado.³¹

O julgador a votar em seguida foi o ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhou os votos precedentes sem acrescentar qualquer argumento novo, apenas registrou considerar que a decisão representava um avanço quanto ao tema.

O ministro Joaquim Barbosa votou em seguida, ressaltando que a CRFB não admite, de forma expressa, a alienação fiduciária entre as exceções para a prisão civil, não podendo a legislação ordinária acrescer nesse tema, nem mesmo por analogia, porquanto se trata de restrição à liberdade individual. Na sequência, afirmou que a CADH estabelece preceitos que se integram ao catálogo de direitos fundamentais da ordem brasileira. Daí a incompatibilidade do Decreto-Lei nº 911/1969 (BRASIL, 1969a), com o art. 7º, § 7º da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Sobreveio o pronunciamento do ministro Ayres Britto, que destacou que o conteúdo do art. 5º, LXVII, da CRFB (BRASIL, 1988), é de “eficácia restringível”, cujo núcleo deontico traz duas exceções que não podem ser alargadas pela legislação sem o prévio crivo da proporcionalidade, uma vez que o referido direito fundamental (da vedação de prisão por dívida) integra o denominado “estatuto constitucional da liberdade”³², “protetores ou eminentemente tutelares da liberdade de locomoção do indivíduo”, cujo rol é encerrado pela previsão de sua garantia: o *habeas corpus*, no inciso LXVIII do mesmo artigo constitucional (BRASIL, 1988).

³¹ Apesar de não fazer referência no voto, provavelmente se trata da norma de interpretação contida no Artigo 29, alínea “b” da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

³² Refere-se o ministro Ayres Britto aos oito incisos do art. 5º que tratam, de forma sucessiva, do tema da liberdade: do inciso LXI ao LXVIII (BRASIL, 1988).

Quanto ao tema da CADH, indicou o caráter complementar de argumento que o tema assumiu no voto do ministro Gilmar Mendes, concluindo que as normas de caráter infraconstitucional que cuidam de direitos fundamentais têm natureza bifronte, pois, apesar de não serem normas constitucionais, ostentam conteúdo que seria materialmente constitucional, atraindo, assim, a garantia de *proibição de retrocesso* de direitos.

Em seguida, o ministro Marco Aurélio proferiu seu voto, registrando, logo de saída, que o Tribunal estava revendo (mais uma vez) sua jurisprudência, desta vez não só em razão da chegada de novos membros, mas também por conta da dinâmica da vida. Assentou que a prisão civil por dívida é resquício do velho Direito Romano e que figura apenas por exceção no nosso ordenamento jurídico. Deste modo, fugiu à razoabilidade o uso da figura jurídica do depósito para potencializar o contrato de alienação fiduciária, meio que as entidades financeiras encontraram para dar mais garantia ao recebimento dos financiamentos. De outro lado, a introdução da CADH no nosso ordenamento jurídico, ainda que sem status constitucional, suplantou a legislação regulamentadora do depositário infiel, que somente poderia versar sobre inadimplemento voluntário e inescusável de alimentos. Nada mais. Lembrou que ficara vencido, noutras oportunidades, quanto ao tema. Acompanhou, ao final, o relator.

O ministro Celso de Mello, em voto-*visita*, circunscreveu a controvérsia tratada nos recursos e *habeas corpus* julgados simultaneamente em torno do questionamento: se subsiste ou não a legislação infraconstitucional, considerando o que dispõe o art. 7º, § 7º da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969) e o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

(BRASIL, 1992a). Destacou que *o tema envolve o exame da questão da crescente internacionalização dos direitos humanos e sua relação com o direito interno, em especial após a EC nº 45/2004.*

No que se refere à vedação de prisão civil no direito constitucional brasileiro, indicou a tradição da inclusão do tema desde a Constituição de 1934 (com exceção da Constituição outorgada em 1937). De outro lado, observou que, no plano internacional, os tratados subscritos pelo Brasil, como a CADH, reafirmam o compromisso do Estado brasileiro na promoção de um regime de liberdades pessoais e de justiça social, nomeadamente no panorama do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O desafio que se coloca, afirma, é o de emprestar máxima efetividade a essas normas de cariz internacional, missão concretizada também confiada ao Poder Judiciário, como expressão de “um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana” (BRASIL, 2009a). Em relação ao tema da controvérsia, os tratados internacionais deixam clara *a proibição de prisão por dívidas*, apenas ressaltando a excepcional situação do inadimplemento inescusável de obrigação alimentar.

Quanto ao contido no art. 5º, LXVII, da CRFB (BRASIL, 1988), o ministro Celso de Mello assinalou que as exceções ao preceito da proibição da prisão civil por dívidas devem ser compreendidas como um *afastamento pontual à interdição constitucional, a depender de lei*, já que as exceções não teriam eficácia sem disposição legal regulamentadora, com requisitos, prazos e condições da privação da liberdade.

Relativamente à hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos, *reviu sua posição anterior* e seguiu a doutrina que atribui especial qualificação às suas normas, *atribuindo-lhes natureza constitucional*, em razão do que consta do § 2º do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988), passando a integrar, desse modo, o *bloco de constitucionalidade*, ainda que tenha afirmado, de outro lado, a supremacia das normas constitucionais sobre aquelas presentes nos tratados e convenções internacionais, por se qualificar como “estatuto fundamental da República”, salvo se introduzidas pelo rito do § 3º do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988).

Aponta, em sua conclusão, que as normas infraconstitucionais autorizadas da prisão civil do depositário fiduciante não foram recepcionadas pelo ordenamento constitucional, razões pelas quais acompanhou o voto do relator.

Só então tomou a palavra o relator, o ministro Cezar Peluso, para complementar o seu voto, a fim de nele fazer incluir seu ponto de vista quanto à questão da posição hierárquica das normas internacionais sobre direitos humanos, afirmando que não vislumbra antinomia en-

tre o preceito (principal e secundário) do art. 5º, LXVII, da CRFB (BRASIL, 1988) e o art. 7º, § 7º da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), não considerando relevante, para o caso, o problema na taxonomia das normas dessa Convenção, assentando, apenas, não comungar a tese do status infraconstitucional de tais normas.

O seguinte a votar, o ministro Menezes Direito, asseverou que “há uma força teórica impulsionando a comunidade internacional para legitimar-se ela própria como fonte criadora e protetora dos direitos humanos” (BRASIL, 2009b), encampando, assim, o movimento do Tribunal, no sentido de firmar uma “posição transformadora” sobre o tema da hierarquia das normas internacionais. Nesse propósito, acompanha a proposta do ministro Gilmar Mendes, no sentido da sua *supralegalidade* (que denominou de “hierarquia especial”), suficiente para atribuir à CADH *força paralisante* sobre as normas internas relacionados ao depósito, tanto nos contratos de alienação fiduciária, como nos contratos de depósito “puro”. Excluiu, contudo, desse âmbito de efeitos, o *depósito judicial*, porque teria este “outra natureza”, na medida em que entre o Juiz e o depositário há uma relação hierárquico-subordinativa, pois este último exerce uma função pública, como sempre assim decidiu o STF.³³

Colhidos os votos³⁴, houve ainda breves manifestações sobre algumas questões, em es-

³³ Cita o ministro Menezes Direito os seguintes precedentes em seu voto: o RHC nº 90.759/MG, Primeira Turma, relator o ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 22/6/2007; o HC nº 82.682/RS, Segunda Turma, relator o ministro Carlos Velloso, DJ de 30/5/2003; o HC nº 68.609/DF, Tribunal Pleno, relator o ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 30/8/1991; o RHC nº 80.035/SC, Segunda Turma, relator o ministro Celso de Mello, DJ de 17/8/2001; e o HC nº 92.541/PR, Primeira Turma, de que ele foi o relator, DJ de 25/4/2008 (BRASIL, 2009a).

³⁴ Os extratos de Ata das sessões registram a presença, ainda, do ministro Eros Grau no quórum de votação, mas

pecial: a) se prevaleceria, efetivamente, a tese da proibição da prisão do depositário judicial infiel; b) o que fazer com o contido na Súmula nº 619 do STF, que trata dessa questão.³⁵ Nesse julgamento, contudo, prevaleceu a tese do relator, ou seja, sem qualquer exceção à prisão civil, a não ser na hipótese do devedor-alimentante. Por outro lado, não houve expressa deliberação sobre a revogação da Súmula nº 619.³⁶

3. A prisão civil do depositário infiel judicial: algumas questões em aberto

Neste segmento, será feito um exame crítico desse precedente judicial que, como se viu, inaugura o debate sobre várias questões jurídicas, como: a) a hierarquia dos tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil e seu *status de supralegalidade*; b) o controle de convencionalidade; c) os *efeitos paralisantes* das normas domésticas em desacordo com os tratados internacionais; d) a ineficácia de todas as normas infraconstitucionais autorizadas da prisão do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Observe-se desde já que o STF praticou *overruling*³⁷ em relação à sua jurisprudência,

o acórdão publicado não indica qualquer manifestação sua registrada, embora anotado que acompanhou o voto do relator, pois a votação foi unânime.

³⁵ Súmula nº 619 (revogada) do STF: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito” (BRASIL, 1984).

³⁶ Somente quando do julgamento do HC nº 92.566 (BRASIL, 2009d), o STF veio a se pronunciar sobre o depositário judicial infiel de forma mais específica, ainda que não enfrentados os fundamentos lançados pelo ministro Menezes Direito.

³⁷ Explica Bustamante (2012, p. 387-388) que o *overruling* ou ab-rogação do precedente judicial é uma espécie de *judicial departure*, ou seja, o afastamento de uma regra jurisprudencial, em situações que costumam variar em função de fatores institucionais e extrainstitucionais que dão força ao precedente.

até então pacífica, não somente quanto à hierarquia dos tratados internacionais no panorama das normas internas, mas também quanto à própria possibilidade de prisão civil do depositário infiel, cristalizada no enunciado da Súmula nº 619.

Sucedem que o *percurso analítico* sobre o acórdão proferido no RE nº 466.343/SP (BRASIL, 2009b) revela toda a complexidade e o caráter problemático do modelo de deliberação adotado pelo STF, o modelo *seriatim* (ou de votos em série, múltiplos). Como já pontuado por Silva (2009), esse esquema deliberativo, pelo menos na experiência brasileira (considerada como *modelo extremo*), pode apresentar diversos aspectos que acabam por dificultar a compreensão da *unidade decisória*, já que se apresenta como um *feixe de votos individuais*, muitas vezes já trazidos prontos para a sessão de julgamento, sem o necessário debate.

E desse modelo ainda se exige maior cuidado quando se trata de uma deliberação do Tribunal que implica a superação de um precedente judicial, ou mesmo de uma súmula de sua jurisprudência, o que demanda maior congruência argumentativa na formação da *ratio decidendi*.

O que se viu no julgamento, tomado num período de dois anos (2006 até 2008, quando concluído), foi uma *seqüência de argumentos por vezes díspares* e manifestações individuais que dificultaram a compreensão do(s) argumento(s) aceito(s) pela maioria dos julgadores.

Vejam alguns exemplos. Quanto à aplicação da CADH ao caso concreto, o voto original do relator, ministro Cezar Peluso, *sequer suscitou esse argumento*, que só foi trazido mais adiante, no voto do ministro Gilmar Mendes. Em realidade, a posição do ministro Peluso, pelo desprovimento do recurso, baseou-se, exclusivamente, na impossibilidade de se admitir a condição de depositário ao fiduciante ina-

dimplente, na medida em que essa modalidade acessória de garantia estaria sendo usada nos contratos de alienação fiduciária de maneira esdrúxula ou imprópria, escudando-se da permissão da parte final do art. 5º, LXVII, da CRFB (BRASIL, 1988), para impor ao devedor um constrangimento ilegal. Essa posição foi acompanhada pelo ministro Marco Aurélio.

Desde já aqui fica delineado que o *caso concreto não cuidou do depositário judicial*, mas somente do depositário fiduciante. A análise, pelo relator, quanto a esse aspecto, parece muito apropriada, principalmente se considerarmos a natureza atual dos contratos de alienação fiduciária, praticamente contratos de adesão, classificando-se, assim, a cláusula do depósito como potencialmente *leonina ou abusiva*, no panorama atual do direito do consumidor.

Somente a partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, inaugura-se no Plenário do STF o debate sobre a incidência, na espécie, do art. 7º, § 7º da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), ainda que tenha expressamente concordado com os argumentos originais do relator. Houve aqui o desejo de se valer da oportunidade do julgamento para se promover a rediscussão da questão da hierarquia da CADH, e os demais tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados, na ordem jurídica doméstica. Aliás, o ministro Gilmar Mendes deixou evidenciado que o STF aproveitou a ocasião para enfrentar um problema há algum tempo pendente na Corte: a taxonomia ou hierarquia dos tratados de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, na ordem jurídica interna. Esse propósito é, numa assentada posterior do julgamento, expressamente registrado por ele.³⁸

³⁸Na oportunidade, assim se manifestou o ministro Gilmar Mendes: “de modo que saúdo os avanços que esta-

Só após esse novo rumo argumentativo e diversos votos colhidos na sequência, o relator, como visto, ofereceu um complemento de voto, manifestando-se expressamente sobre essa questão da hierarquia dos tratados, mas em outra direção: a da hierarquia constitucional daquela estirpe de tratados internacionais.

Sucedem que a conclusão do julgamento aponta unanimidade em torno do voto do relator, o que resulta numa *incongruência* argumentativa, pelo menos quanto a alguns aspectos, como a questão da hierarquia da CADH, como tratado internacional. Essa questão somente foi dirimida no julgamento de outro feito, na mesma tarde no julgamento do *Habeas Corpus* nº 92.566³⁹ (BRASIL, 2009d), quando o ministro Celso de Mello chamou a atenção do Plenário para uma explícita checagem do quórum majoritário em favor da tese da supralegalidade, recontando-se os votos, inclusive porque alguns ministros sequer se pronunciaram sobre a questão no RE nº 466.343. Por essa razão, chegou o ministro Celso de Mello a asseverar: “houve, no julgamento anterior, clara dispersão dos fundamentos que deram suporte às correntes que se formaram, nesta Corte, no exame da controvérsia em referência” (BRASIL, 2009b).

Assim, a maioria formada em favor da *tese da supralegalidade* (ou da *hierarquia especial*, como preferiu denominar o ministro Menezes Direito) contou com *apenas cinco votos*, dos onze integrantes da Corte (Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Menezes Direito e Ayres Britto), ficando vencidos os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie. Não se manifestaram sobre o tema os ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa.

Critique-se, pois, que um tema tão delicado e importante, que resultou na superação do precedente (*overruling*), tenha sido deliberado pelo STF com tal carência de *unidade decisória* (SILVA, 2009, p. 217), a ponto de deixar dúvida no próprio Plenário, dirimida somente em outro julgamento, feito na sequência, mas cujas informações estão ausentes no *leading case*.

Seja como for, a partir de então, a tese da *supralegalidade* dos tratados internacionais sobre direitos humanos passou a orientar a jurisprudência da Corte, assim como a doutrina do *controle da convencionalidade*, utilizada para projetar os efeitos de normas *supralegais*, integrantes da CADH, sobre as leis ordinárias internas, paralisando seus *efeitos* com

mos dispostos a fazer, e eu mesmo incentivei nos votos proferidos a tentativa de abrir um pouco esse debate” (BRASIL, 2009b).

³⁹ “PRISÃO CIVIL - PENHOR RURAL - CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA - BENS - GARANTIA - IMPROPRIEDADE. Ante o ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia” (BRASIL, 2009d).

o fito de frustrar-lhes qualquer eficácia, esvaziando-se, assim, qualquer potencial normativo da exceção cravada na parte final do art. 5º, inciso LXVII, da CRFB (BRASIL, 1988).

De outro lado, ao se prestigiar, no confronto das normas internacionais com as domésticas, aquelas que mais beneficiam o direito fundamental da liberdade, o STF também assimilou *princípios inerentes à interpretação dos tratados de direitos humanos*, como o da interpretação *pro homine* (RAMOS, 2009, p. 254).

A crítica que aqui se faz dirige-se à *extensão dos efeitos paralisantes*, no julgamento do STF, às normas que dispõem sobre o depositário judicial infiel, pelas seguintes razões: a) falta de *densidade argumentativa* da decisão no que se refere ao depositário judicial; b) a distinta natureza do instituto jurídico do depósito judicial; c) a condição de que o depositário sequer é necessariamente o devedor; d) o despreço que se atribuiu à jurisdição executiva e, portanto, à garantia fundamental do acesso à justiça; e) os efeitos sobre a crise da efetividade das tutelas no Brasil e a ausência de alternativas idôneas para a guarda e conservação de bens constrictados ou penhorados.

Em relação à primeira objeção, percebe-se que a posição do STF foi firmada *sem o devido debate ou acúmulo argumentativo* para estender os efeitos paralisantes às normas que cuidavam da prisão do depositário judicial infiel. Quase nada se falou sobre o tema em favor da tese que resultou no principal precedente da Súmula Vinculante nº 25. Ao contrário, os argumentos mais densos a respeito foram lançados pelo ministro Menezes Direito, mas na direção da compatibilidade das regras do Código Civil e do Código de Processo Civil quanto à possibilidade da prisão civil do depositário judicial.

Ao concordar com a tese dos efeitos paralisantes resultantes da incidência das regras da CADH, como norma de hierarquia superior, ao instituto da prisão civil, o ministro Menezes Direito argumentou que: a) essa aplicação seria possível quanto ao depositário infiel “no plano dos contratos de depósito”; b) não seria adequado incluir nessa hipótese a prisão do depositário judicial, que era, até então, inclusive assegurada pela Súmula nº 619 do STF. E justificou da seguinte forma:

Por essa razão, *sequer incluo nesse cenário o depositário judicial*, que, na minha avaliação, tem outra natureza jurídica apartada da prisão civil própria do regime dos contratos de depósito. Nesse caso específico, a prisão não é decretada com fundamento no descumprimento de uma obrigação civil, *mas no desrespeito a um múnus público*. Entre o Juiz e o depositário dos bens apreendidos judicialmente a relação que se estabelece é, com efeito, de subordinação hierárquica, já que este último está exercendo, por delegação de uma função pública [...] É que, neste caso,

a designação não decorre nem origina obrigação contratual, sendo indubitoso que o depositário judicial não assume nenhuma dívida, mas, tão-só, um encargo judicial, envolvendo a própria dignidade do processo judicial. É que ‘considerada essa peculiar condição jurídica do depositário judicial de bens penhorados, que não resulta de contrato, *nem representa uma dívida*, não se pode ter por incompatível a sua prisão civil com as normas de direito internacional acima referidas⁴⁰ (BRASIL, 2009b, grifos nossos).

O acórdão ressentiu-se tanto de unidade argumentativa decisória quanto ao tema do depositário judicial infiel, que o próprio ministro Menezes Direito, nos debates finais, indagou ao Plenário se a decisão contemplaria ou não essa figura jurídica no controle de convencionalidade que se estava a fazer, até mesmo porque *o caso concreto não tratava dessa hipótese*. Deliberou-se então de se voltar ao tema em julgamento seguinte, inclusive para os fins de revogação da Súmula nº 619.

Ocorre que, no julgamento do já mencionado HC nº 92.566, o Tribunal deliberou-se pela revogação da Súmula nº 619 e pelos efeitos paralisantes das regras atinentes ao depositário judicial, mas *sem agregar argumentos específicos*, como fizera o ministro Menezes Direito. Aliás, a maioria dos julgadores apenas fez remissão aos votos proferidos no RE nº 466.343, os quais, como visto, não enfrentaram adequadamente o tema.

É de sublinhar que a posição da doutrina daquele momento, relativamente à defesa da insubsistência da prisão civil em razão da preferência que deveria ser dada às normas da CADH, relacionava à hipótese do devedor-fiduciante. Nesse sentido, talvez um dos primeiros trabalhos de que se tenha notícia seja o de Mazzuoli (2002, p. 202), no qual conclui que a ordem jurídica internacional, em especial a CADH, projetou efeitos internos para proibir qualquer prisão por dívidas.

Sucedo que, na linha do voto-vencido do ministro Menezes Direito, o depositário judicial exerce um *munus* público e sequer é ele necessariamente a parte executada, ou seja, o devedor. A natureza dessa relação jurídica é distinta da do depositário contratual, como há muito tem assentado a literatura processual (ACIOLI, 2011, p. 53)⁴¹, que aponta o

⁴⁰ O ministro Menezes Direito ressaltou o depositário judicial em seu voto, homenageando os precedentes do próprio STF, entre os quais: o RHC nº 90.759/MG, Primeira Turma, relator o ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 22/6/2007; o HC nº 82.682/RS, Segunda Turma, relator o ministro Carlos Velloso, DJ de 30/5/2003; HC nº 68.609/DF, Tribunal Pleno, relator o ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 30/8/1991; o RHC nº 80.035/SC, Segunda Turma, relator o ministro Celso de Mello, DJ de 17/8/2001; e o HC nº 92.541/PR, Primeira Turma, relator o ministro Menezes Direito, DJe, 25/4/2008 (BRASIL, 2009b). Percebe-se, aqui, o uso de um *argumento sistêmico* de prestígio ao precedente (MACCORMICK, 2010, p. 72).

⁴¹ Sobre essa natureza, escreve Acioli (2011, p. 53): “Com efeito, a relação que se instaura com a nomeação de um depositário judicial de bens penhorados no processo conecta esse sujeito ao juiz da execução sob o manto do *jus imperium* inerente ao exer-

depositário como um auxiliar do juízo, designado mediante ato do juiz, ainda que possível a recusa da designação.

Desse modo, o descumprimento dessa obrigação processual resulta numa sanção (*contempt of court*⁴²), que era gradualmente aplicada, pois a prisão, então autorizada pelo, agora revogado, § 3º do art. 666 do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), somente ocorria após a concessão de prazo para a restituição do bem, na linha interpretativa do art. 642 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002a). E mais: sequer o depósito se presumia gratuito, ou seja, o depositário poderia receber uma remuneração pela atividade de guarda e conservação do bem.

Por essas razões, até a decisão do STF, não havia rechaço à prisão civil como medida de *contempt of court* constitucionalmente permitida, até mesmo porque a CADH não vedava (nem veda) expressamente prisões civis como sanção processual, medida muito comum em outras democracias, como na Alemanha (ACIOLI, 2011, p. 28).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), mesmo quando não admitia a prisão do “depositário” fiduciante, já reconhecendo a força normativa da CADH nessa particular hipótese⁴³, admitia a do depositário judicial infiel, por considerar a natureza distinta das obrigações, conforme pode ser apreciado no RHC nº 24.571/SP e no HC nº 116.480/SP:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. TEMPESTIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTES. 1. É intempestivo o recurso ordinário interposto após o término do prazo legal, consoante o disposto no art. 30, da Lei nº 8.038/90. Deve ser conhecido o recurso ordinário intempestivo como writ substitutivo, nos termos da jurisprudência majoritária desta Corte. 2. A obrigação de apresentar o bem penhorado é oriunda de um múnus público confiado ao depositário do juízo. 3. É impossível a utilização do remédio heroico quando não estiver pré-constituído todo o arcabouço probatório. 4. O Pacto de São José da Costa Rica não pode ser invocado para o caso do depositário infiel. A prisão referida nesse documento é a que decorre de dívida oriunda de contrato, e não a que se aplica como sanção pelo descumprimento de decisão judicial. 5. Ordem denegada (BRASIL, 2009a).

cício do poder jurisdicional. Nesse caso, não há propriamente manifestações de vontade recíprocas, opostas e simétricas em relação ao objeto desse ato, como é bem ao feito dos negócios jurídicos celebrados no âmago do princípio do autoregramento ou da autonomia da vontade das partes”.

⁴²Toma-se o conceito de *contempt of court* assimilado por Wambier (2005, p. 585), “genericamente entendido como o desacato à ordem judicial”. Sobre o tema, ver Feliciano (2009, p. 72).

⁴³Nota-se, assim, que o *controle de convencionalidade* já era praticado pelo STJ mesmo antes de o tema ser absorvido na jurisprudência do STF.

HABEAS CORPUS – PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO INFIEL – ALIENAÇÃO DE BENS PENHORADOS. 1. A vedação à prisão civil como estabelecido no Pacto Internacional de San José da Costa Rica não se aplica às hipóteses de descumprimento de ordem judicial. 2. Decreta-se a prisão civil do depositário, que no cumprimento de *munus* público, como auxiliar da justiça, tem de responsabilizar-se pelos bens que lhe são entregues em garantia. 3. Descumprida injustificadamente a ordem judicial de apresentação dos bens dados em garantia, torna-se pertinente a prisão civil do depositário nos próprios autos da ação (Súmula n. 619/STF). 4. Ordem denegada (BRASIL, 2008c).

Arenhart ([2007]) sustenta que a proibição de prisão civil por dívida é da tradição constitucional brasileira, não sendo, portanto, um tema inovado pela CADH. E mais: no cenário internacional, essa expressão de “prisão por dívida” está relacionada a obrigações contratuais, não a outros casos. E conclui:

Em razão disso, pode-se concluir que a indicação presente nos tratados internacionais (referente à prisão por dívida ou à prisão por obrigação contratual), bem como a expressão “por dívida”, presente nos diversos diplomas nacionais, *devem ser interpretados de forma significativa*, restringindo a proibição de prisão civil apenas para tais casos, ou seja, *em relação a dívidas ou obrigações contratuais*. Não há, portanto, no direito brasileiro, limitação quanto ao uso da prisão civil em outros casos. Não fosse assim, *seria difícil de justificar o uso da prisão civil na Alemanha e nos Estados Unidos que, como visto, apresentam em sua legislação a mesma restrição existente no Brasil* (ARENHART, [2007], p. 12, grifos nossos).

Ao defender, portanto, a *prisão* civil como meio coercitivo – excluída, assim, a hipótese de coerção por dívidas, como veda a própria CRFB –, percebe-se a preocupação desse autor com outras questões muito importantes, como a *eficácia da jurisdição*, que se conecta com fundamentais *garantias constitucionais*, como o *acesso à justiça e a duração razoável do processo*, previstas respectivamente nos incisos XXXV e LXXXVIII do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988). É que, muitas vezes, não dispõe o Poder Judiciário de outros meios eficazes e idôneos para fazer cumprir suas determinações. Observa Aciole (2011, p. 34) que a garantia do “acesso à justiça somente é acolhida em sua fundamentalidade se houver máxima correspondência entre a tutela executiva prestada e aquela inovada na petição inicial, devendo ser dispensado ao juiz os meios necessários e adequados à efetiva entrega da prestação jurisdicional em concreto”.

É o que sucede com o depósito e a conservação dos bens penhorados. Sem a coerção da prisão daquele que aceita essa obrigação, e que não é, repita-se, necessariamente o devedor, *perde-se um mecanismo essencial de realização da tutela*, por meio da execução forçada sobre o patrimônio da parte executada. Se a infidelidade do depositário gerasse

apenas perdas e danos, teríamos uma situação conflitiva, pois o juiz da execução passaria a ter não uma, mas duas execuções: uma contra o executado originário e outra contra o depositário infiel. Essa não tem sido a tradição brasileira, pelo menos até a decisão do STF no RE nº 466.343.

De outro modo, a defesa da prisão do depositário judicial infiel não nega o vetor interpretativo *pro homine*, na medida em que deve também ser considerada a necessária proteção à sociedade (*interesse geral*) quanto à efetividade das decisões judiciais. Há contradição em ser parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a efetividade das tutelas e o respeito às decisões judiciais, em especial quando se tem a compreensão de que a CADH, assim como a própria CRFB, somente veda prisão por dívida, que, a rigor, não é da essência da coerção sobre o depositário judicial.

E mais: “é bastante discutível a proteção à liberdade individual consagrada por aqueles que entendem que a prisão civil do depositário res- tou banida pela ratificação da CADH, na medida em que transforma sua conduta de um ilícito processual em um ilícito penal” (ACIOLI, 2011, p. 59). É que, inviável a sanção processual, pode-se enquadrar o desrespeito à obrigação de restituir o bem judicialmente entregue ao depositário como um tipo penal, de desobediência à ordem judicial (art. 330) ou mesmo estelionato (art. 171), ambos previstos no Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940), agravando, assim, a condição pessoal do depositário.

Por outro lado, como já destacado, as taxas de congestionamento da execução no Poder Judiciário são mais que alarmantes: chegam a flertar com a ineficiência crônica. Assim, as sanções processuais, se não constituem a única solução, podem ao menos auxiliar no movimento de efetividade das decisões judiciais. A defesa de um argumento desse tipo – *teleológico* (MACCORMICK, 2010, p. 74) – mostra-se apropriada, principalmente porque a própria CADH, assim como a tradição constitucional brasileira, ressalvam o dever de prestar alimentos, cuja in- adimplência pode resultar na prisão do devedor (por dívida, ressalte-se). Pesou aqui, certamente, a natureza alimentar da obrigação. Porém, o que dizer de iguais dívidas alimentares, como aquelas de natureza traba- lhista, em execução no Poder Judiciário? Nesse caso, a força vinculante da Súmula nº 25 impede a prisão do depositário do bem que garante e busca satisfazer essa obrigação.

Em relação a todas essas questões, deixou muito a desejar a decisão do STF, aqui estudada, já que os argumentos prevaletentes, além de bai- xa densidade, mostram-se contraditórios, em contraste com os outros interesses que competia à Corte considerar, até mesmo porque suscita- dos por pelo menos um dos julgadores, como visto.

O voto do relator, prevalecente, ao não enfrentar, pois, a distinção da natureza jurídica das obrigações e a condição de que o depositário infiel judicial sequer é – obrigatoriamente – o devedor, ampliou o significado do texto normativo constante do art. 7º, § 7º da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969). E mais: faltou-lhe coerência, porque ele mesmo reconheceu o fundamento especial da prisão do alimentante devedor, em razão da natureza particular da obrigação. E uma obrigação judicial, como *munus público*, qual a sua relevância? Qual o fundamento para desprezá-la?

Por essas razões ainda em aberto, deve-se considerar a possibilidade de uma revisão do posicionamento do STF quanto ao tema, até porque uma súmula vinculante, como *razão autoritativa ou de autoridade* (MACCORMICK, 2010, p 67), não se converte em razão absoluta, como, aliás, acentua a CRFB, ao prever, no art. 103-A, § 2º, a possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula vinculante (BRASIL, 1988).

Conclusão

No que se refere à prisão do depositário-fiduciante, a decisão do STF valeu-se do método do *controle de convencionalidade*, proposto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, para impor *efeitos paralisantes* sobre todas as normas infraconstitucionais que a autorizavam, esvaziando, assim, a normatividade da parte final do art. 5º, LXVII, da CRFB. E mostra-se correto o precedente, quando considera o uso anômalo ou impróprio do instituto jurídico do depósito acoplado ao contrato de alienação fiduciária apenas com o propósito de oferecer à instituição financeira uma garantia eficaz para o recebimento de um crédito. Nessa hipótese, trata-se de uma ameaça à liberdade da pessoa humana em função de uma dívida, não somente contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos, mas ao princípio da proporcionalidade, como assentado no julgamento.

Ainda assim, a extensão pouco fundamentada da decisão à possibilidade de prisão do depositário judicial implicou indevida restrição de uma sanção processual (*contempt of court*) importante e que não envolve necessariamente a pessoa do devedor, já que o depositário não é forçosamente o devedor da obrigação civil exequenda.

Ao não estabelecer essa distinção e, portanto, a subsistência da possibilidade de coerção indireta, mediante prisão civil, do depositário, a decisão do STF pode provocar diversas consequências:

a) ao esvaziar o conteúdo normativo da parte final do art. 5º, LXVII, da CRFB – pelos efeitos paralisantes das normas processuais sanciona-

tórias da infidelidade do depósito –, deixou ao juiz da execução apenas duas possibilidades, diante de uma situação concreta: i) converter a não devolução do bem em perdas e danos e, assim, inaugurar outro processo executivo, aprofundando, ainda mais, a crise de litigiosidade do Poder Judiciário, em especial quanto à já elevadíssima taxa de congestionamento; ii) considerar a infidelidade como um tipo penal, de *desacato* ou *desobediência* à ordem judicial, o que, em qualquer desses casos, implica *gravame jurídico maior à pessoa do depositário*, subvertendo-se, assim, a lógica jurídica de proteção à pessoa (interpretação *pro homine*) que deveria reger a hermenêutica dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

b) criou severos embaraços para o desenvolvimento das políticas judiciais de redução do estoque de execução, já que dependem de medidas executivas que passam pela penhora e expropriação de bens.

Conclui-se que a questão da possibilidade de prisão civil do depositário judicial infiel ainda deve ser tida como aberta em nossa realidade jurídica, a fim de fomentar os constitucionalmente legitimados a propor, junto ao STF, a alteração da Súmula Vinculante nº 25, como o permite o art. 103-A, § 2º, da CRFB, excluindo-se aquela hipótese do cenário de proibição da aplicação da medida excepcional de restrição de liberdade.

Sobre os autores

Ana Maria D'Ávila Lopes é doutora e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – PQ2.
E-mail: anadavilalopes@yahoo.com.br

Luciano Athayde Chaves é doutorando em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; professor do Departamento de Direito Processual e Propedêutica da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; juiz do Trabalho; membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.
E-mail: lucianoathaydechaves@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴⁴

THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE PROHIBITION OF THE CIVIL PRISON OF JUDICIAL UNFAITHFUL DEPOSITARY: AN ISSUE STILL OPEN

⁴⁴Sem revisão do editor.

ABSTRACT: This study examines the decision by the Brazilian Supreme Court in Extraordinary Appeal nº 466,343 and its effect on the issue of the arrest of faithless judicial depositary. Based on a bibliographical and documentary research in national and international doctrine, legislation and jurisprudence, it presents the theoretical controversy over the rules taxonomy of human rights treaties in domestic law and the control of conventionality doctrine, proposed by the Inter-American Court of Human Rights. Finally, it concludes that the paralyzing effects of internal infra-constitutional rules, due to the art. 7, § 7 of the American Convention on Human Rights, should not empty the normative content of the art. 5, paragraph LXVII of the Brazilian Federal Constitution with regard the civil prison of judicial unfaithful depositary.

KEYWORDS: UNFAITHFUL JUDICIAL DEPOSITARY. CIVIL PRISON. AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. CONVENTIONALITY CONTROL.

Como citar este artigo

(ABNT)

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHAVES, Luciano Athayde. O Supremo Tribunal Federal e a vedação da prisão civil do depositário judicial infiel: uma questão ainda em aberto. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 35-63, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p35>.

(APA)

Lopes, A. M. D'Á., & Chaves, L. A. (2018). O Supremo Tribunal Federal e a vedação da prisão civil do depositário judicial infiel: uma questão ainda em aberto. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(217), 35-63. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p35

Referências

ACIOLI, José Adelmey da Silva. *A possibilidade da prisão do depositário judicial infiel*: revisitando a súmula vinculante n. 25 do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: LTr, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A prisão civil como meio coercitivo*. [2007]. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, 5 jan. 1916.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial da União*, 16 jul. 1934.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940.

_____. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. *Diário Oficial da União*, 16 jul. 1965.

_____. Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 3 out. 1969a.

_____. Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, 20 out. 1969b.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 jan. 1973.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 619. *Diário da Justiça*, 29 out. 1984. [revogada].

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, 7 jul. 1992a.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, 9 nov. 1992b.

_____. Decreto Legislativo nº 89, de 1998. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação... *Diário Oficial da União*, 4 dez. 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF. Requerente: Confederação Nacional do Transporte; Confederação Nacional da Indústria. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, 18 maio 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 15 jan. 2001.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em *habeas corpus* n. 79.785-7/RJ. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 22 nov. 2002b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 72.131-1/RJ. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Interessado: Sateplan Consórcios Ltda. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator para o acórdão: Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça*, 1º ago. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911... *Diário Oficial da União*, 3 ago. 2004a.

_____. Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2004b.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 90.172-7/SP. Paciente: Marivaldo Adalberto Albuquerque ou Marivaldo Adalberto Albuquerque. Impetrante: Benedito Donizeth Rezende Chaves. Coator: Relator do HC nº 68584 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça*, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479172>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. Decreto Legislativo nº 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*, 10 jul. 2008a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus* n. 23.606/SC. Embargante: Adriano Reicherdt. Embargado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Min. Sidnei Beneti. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 ago. 2008b. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/788787/agravo-regimental-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-agrg-no-rhc-23606-sc-2008-0102501-4?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 116.480/SP. Paciente: José Aparecido Gomes de Oliveira. Impetrante: Matheus de Oliveira Tavares et al. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relatora: Min. Eliana Calmon. *Diário da Justiça Eletrônico*, 23 out. 2008c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=827158&num_registro=200802128350&data=20081023&formato=PDF>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em *habeas corpus* n. 24.571/SP. Recorrente: Denilson Castilho. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Castro Meira. *Diário da Justiça Eletrônico*, 17 fev. 2009a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=835404&num_registro=200802161768&data=20090217&formato=PDF>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 466.343-1/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça Eletrônico*, 5 jun. 2009b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 349.703-1/RS. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator originário: Min. Carlos Britto. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 5 jun. 2009c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 92.566-9/SP. Paciente: José Arlindo Passos Correa. Impetrante: Eduardo Gomes de Queiroz. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 5 jun. 2009d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 87.585-8/TO. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 jun. 2009e. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União*, 15 dez. 2009f.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 25. *Diário da Justiça Eletrônico*, 23 dez. 2009g. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2015: (ano-base 2014)*. Brasília: CNJ, 2015a.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015b.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

BUSTILLO MARÍN, Roselia. *El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*. [S.l.]: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, [2013]. Disponível em:

<http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_control_de_convencionalidad_PJF_1.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: _____ (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. São José, CR: Iidh, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CARBONELL, Miguel. *Introducción general al control de convencionalidad*. México, D.F.: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CONTESSÉ, Jorge. ¿La última palabra?: control de convencionalidad y posibilidades de diálogo com la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [2009]. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Control de convencionalidad*: cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 7. [S.l.]: CorteIDH; DANIDA, 2015. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

DONIZETTI, Elpidio. *Depósito judicial e prisão civil do depositário infiel*: análise do julgamento do RE 466343/SP. [2009]. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/senado/novocpc/pdf/Artigo_Elpidio.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FELICIANO, Guilherme G. A prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz: um outro olhar. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p. 55-79, jan./jun. 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1991.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. (Estado e Constituição, n. 9).

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. *Seqüência*: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 29, n. 59, p. 43-60, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p43/13589>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

MACCORMICK, Neil. Argumentación e interpretación en el derecho. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, v. 33, p. 65-78, 2010.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). *Eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013. p. 27-50.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *O controle de convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 238, p. 43-56,

out./dez. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44056/44739>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *RIL: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos* [de 22 de novembro de 1969]. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisados à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; BARCELÔ I SERRAMALERA, Mercê (Org.). *Direitos fundamentais em estados compostos*. Chapecó, SC: Editora Unesc, 2013. p. 379-412. Disponível em: <http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Brasil_x_Espanha_05_11_2014.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

STEINMETZ, Wilson; FREITAS, Riva Sobrado de. Modelo *seriatim* de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 221-236, jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/c7044a72d8f890dd3591aee8f65f03c5.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

TIERSMA, Peter M. The textualization of precedent. *Notre Dame Law Review*, [S.l.], v. 82, n. 6, p. 1187-1277, 2013. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol82/iss3/6>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O *contempt of court* na recente experiência brasileira. In: MARINONI, Luiz G. (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

Semipresidencialismo francês

A relação entre o “rei” e o “pequeno príncipe”

MARCELO LEONARDO TAVARES

Resumo: O artigo examina a estrutura das normas constitucionais que servem de base para o semipresidencialismo francês e como esse regime de governo favorece o relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo em períodos de concordância e de discordância entre as maiorias democráticas que legitimam o presidente e a Assembleia Nacional. Será estudada a evolução do sistema de um parlamentarismo racionalizado para um “quase presidencialismo” e o comportamento dos órgãos nesse esquema de engenharia política variável. Conclui que a flexibilidade do semipresidencialismo francês tem garantido, nos últimos sessenta anos, o funcionamento efetivo do governo em ambiente de liberdade e de democracia.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Regime de governo. Semipresidencialismo francês.

1. Introdução

– Teu pôr do sol, tu o terás. Eu o exigirei. Mas eu esperarei, na minha ciência de governo, que as condições sejam favoráveis (SAINT-EXUPÉRY, 2006)¹.

A Constituição da Quinta República completará sessenta anos em 2018. Criticada internamente por alguns e já objeto de várias reformas,²

¹ A epígrafe apresenta um excerto da passagem do clássico mundial da literatura infantil em que o pequeno príncipe encontra o rei do asteroide B 325. No diálogo travado entre os dois, o rei demonstra como o uso do poder pode ser mais estendido ou mais restrito, a depender das circunstâncias. Essa flexibilidade é uma das características do semipresidencialismo francês, que permite arranjos institucionais diferentes em períodos de concordância ou de discordância entre maiorias que dão legitimidade ao presidente e à Assembleia Nacional.

² Apenas como exemplo de críticas, ver Le Divellec (2006, p. 101-138); Bourmaud (2001, p. 7-17). A Constituição francesa foi alterada 24 vezes entre 1960 e 2008.

essa senhora tem ultrapassado momentos institucionais variados e vivenciado a alternância de poder democraticamente em ambiente de liberdade e de respeito aos direitos fundamentais.

Surgido da necessidade de enfrentamento de uma grave crise institucional durante a Guerra da Argélia e da constatação de que o regime parlamentar assembleísta instaurado em 1946 não conseguia dar boas respostas às dificuldades de relacionamento entre os Poderes, o semipresidencialismo francês é produto de uma engenharia institucional criativa e original que tem garantido estabilidade e eficiência na gestão da coisa pública.

É certo que o próprio uso do termo “semipresidencialismo” não é compartilhado por alguns acadêmicos para indicar o funcionamento dos órgãos políticos naquele país. A denominação é tradicional na obra de Duverger (1993), que a emprega para designar o sistema de governo caracterizado pela existência de um Poder Executivo dual, composto por um presidente (“rei”) eleito por sufrágio universal direto e que tem relevantes atribuições, e por um Governo (“pequeno príncipe”) responsável perante o Parlamento.³

Como será visto no decorrer do trabalho, a Constituição francesa de 1958, em que pese ter instaurado formalmente um regime de governo parlamentar, acabou tendo, após algumas reformas e acomodação política, a formação

³Gicquel e Gicquel (2015, p. 165) utilizam o termo “presidencialista” para indicar o regime francês, pois concentra os poderes nas mãos do chefe de Estado em razão de seu modo de eleição pelo sufrágio universal e a disposição de uma maioria parlamentar. Duhamel (2016, p. 564-570) procura combinar ambos os pontos de vista, apartando, de início, os termos regime e sistema. Para ele, regime constitucional é o conjunto de regras relativas à atribuição e ao exercício do poder, enquanto o sistema é a relação e interação entre as forças políticas, maiorias eleitorais, práticas, isto é, a vida política. Com base nisso, admite que o regime francês seja denominado de semipresidencialista e que o sistema seja presidencialista.

de um sistema peculiar no qual os órgãos políticos estabelecem interação própria não encontrada em outros países.

Ainda que haja dificuldades no funcionamento do regime, como de resto ocorre com qualquer outro, é possível fazer uma leitura otimista da estabilidade alcançada pela reordenação procedida pela nova Constituição: o “parlamentarismo” francês, desde 1958, teve apenas vinte primeiros-ministros, sem qualquer crise ministerial séria, um presidente que se manteve no poder por quatorze anos (François Mitterrand) e dois governos que duraram cinco anos (Lionel Jospin, de 1997 a 2002, e François Fillon, de 2007 a 2012).

Mesmo nos três períodos considerados de coabitação (de um lado, o presidente com uma orientação ideológica e, de outro, a maioria da Assembleia e o primeiro-ministro com orientação diversa)⁴, foi estabelecida uma convivência institucional que permitiu o exercício regular dessas funções.⁵

Ao se escolher o semipresidencialismo francês como objeto de estudo, não se pretende supor, por óbvio, que ele seja aplicado sem reflexão como modelo para o Brasil. A França

⁴Rosseto (1992, p. 40) dá o crédito do uso do termo “coabitação” ao ex-presidente Valéry Giscard d’Estaing, que o teria empregado em artigo publicado no jornal *Le Monde* em 1983 para designar, ainda em tese, a contradição entre a maioria presidencial e a maioria parlamentar. O autor anota que, antes de realmente ocorrer, em 1986, a coabitação já era objeto de diversas especulações por parte de juristas e de homens públicos. Duverger (1974a), logo no início do primeiro período de coabitação, teorizou sobre o quadro institucional do exercício das atribuições do presidente e do primeiro-ministro, o que, em termos, foi concretizado durante o período de 1986 a 1988. O autor, mais de uma década antes, na parte final do livro *La Monarchie Republicaine – ou comment les démocraties se donnent des rois*, já havia feito esse exercício de imaginar como a diarquia do Executivo se comportaria.

⁵Os períodos de coabitação ocorreram na Presidência de François Mitterrand, durante os governos de Jacques Chirac (1986-1988) e de Édouard Balladur (1993-1995), e na presidência de Jacques Chirac, durante o governo de Lionel Jospin (1997-2002) (GICQUEL; GICQUEL, 2015, p. 510-511).

e o Brasil apresentam realidades sociais e vários desafios diferentes e não se trabalha mesmo com a transposição de modelos.

As questões que se colocam aqui são (i) se o modelo francês favorece o relacionamento entre os Poderes e (ii) como a organização político-normativa pós-1958 na França se comportou em situações de alinhamento e de oposição entre o presidente e o primeiro-ministro. A chave do sistema, como se verá, está justamente na relação entre o “rei” e o “pequeno príncipe”.

A compreensão do funcionamento de um sistema que alia uma Presidência constituída democraticamente, um Governo responsável perante o Legislativo e relações institucionais adaptáveis à alternância de poder pode contribuir para que se reflita sobre eventuais caminhos que façam avançar as instituições brasileiras com base em normas que potencializem boas práticas institucionais.

2. O sistema de governo da Quinta República

O regime parlamentar implica a existência de um Poder Executivo dual, com chefe de Estado (monarca ou presidente da República) sem responsabilidade política e um Governo colegiado que solidariamente presta contas ao Legislativo. Além disso, o regime caracteriza-se pela colaboração entre o Executivo e o Legislativo (ARDANT; MATHIEU, 2016-2017, p. 227-284).

Nos sistemas parlamentares atuais, em geral, o presidente ou o monarca não pratica atos sem ratificação do primeiro-ministro, que elabora e executa o programa de governo, chefia a administração e toma iniciativa legislativa.⁶

Por outro lado, o regime presidencial baseia-se em estrutura unitária do Executivo e em rígida separação de poderes.⁷ O presidente, legitimado pelo povo, é o chefe e tem a decisão de política externa e interna, acumulando as funções de chefe de Estado e de Governo (TURPIN, 2007, p. 266-269). No presidencialismo, ainda, não se põe a responsabilidade do presidente em relação ao Parlamento, uma vez que o chefe do Executivo exerce mandato com prazo certo. Sua retirada forçada no curso do mandato pode decorrer de *recall* ou de julgamento formal com

⁶Esquemas institucionais de governo parlamentarista são encontrados também em países que justificam a existência de chefes de Estado por sua origem divina, como em teocracias do Oriente Médio (DE BAECQUE, 1976, p. 11).

⁷Como referência clássica de estudo sobre os regimes presidencial e parlamentar, ver Rufia (1996, p. 168-305). Para uma visão dos sistemas políticos atuais, ver Duhamel, O. (2016, p. 230-495).

enquadramento em crime de responsabilidade ou eventualmente em crime comum. Por fim, no presidencialismo há nítida separação entre os poderes Executivo e Legislativo, podendo ser previstos mecanismos de freios e contrapesos de maior ou de menor intensidade.

O semipresidencialismo tem dinâmica própria e estabelece relações peculiares entre o chefe de Estado, o Governo e o Legislativo. De um lado, combina traços do presidencialismo (como o exercício de algumas atribuições de política interna pelo presidente e seu poder de organizar o governo) e do parlamentarismo (como a responsabilidade colegiada do Governo perante o Parlamento e o mandato com prazo certo). De outro lado, sua base normativa estimula relações dinâmicas próprias na atuação preventiva em eventuais choques entre o Executivo e o Legislativo, além de dar respaldo a saídas menos traumáticas em caso de crise.⁸

No que se refere à França, a estabilidade do regime político é sinal de que não tem funcionado mal. Dinamicamente, mostra-se capaz de flexibilizar, ao permitir acomodações institucionais decorrentes de variações ideológicas dos grupos organizados nos partidos políticos que conseguem maioria nas eleições presidenciais e para a Assembleia Nacional.

O regime francês não foi instituído de pronto após a Segunda Guerra. Seus contornos decorrem de reformas constitucionais e de práticas políticas que o levaram ao atual estágio de desenvolvimento.

3. Do parlamentarismo assembleísta da Quarta República ao parlamentarismo racionalizado da Quinta República

A Quinta República francesa, iniciada em 1958, é consequência da falência institucional observada na aplicação da Constituição anterior, da Quarta República, de 1946, em especial no enfrentamento da chamada crise da Argélia, fato responsável pela ruptura institucional e pela nova repactuação social.⁹

A França, naquela época, adotava um parlamentarismo instável, caracterizado pela eleição dos deputados em sistema proporcional e pela

⁸Sartori (2005, p. 148-149) delinea cinco características do semipresidencialismo: (i) chefe de Estado eleito pelo povo; (ii) compartilhamento de poder com um primeiro-ministro, estabelecendo estrutura dual no Executivo; (iii) o presidente não depende do Parlamento, mas deve canalizar sua vontade por meio do Governo; (iv) o Governo está sujeito à confiança do Parlamento; e (v) flexibilidade de exercício do poder. Na mesma linha, ver Duverger (1993). Elgie (1999, p. 13-14) conceitua o semipresidencialismo com fundamento somente da existência de (i) um presidente eleito popularmente com mandato e (ii) um primeiro-ministro e de um gabinete responsáveis perante o Parlamento. Relaciona então 42 países com governos desse tipo no mundo.

⁹Para a análise da passagem da Quarta para a Quinta República francesa, ver Duhamel, É. (2000, p. 503-535); Chevallier et al. (2015); Pactet (1993, p. 297-342).

submissão do presidente da República à Assembleia Nacional, que o escolhia e ainda era responsável pela organização do Governo.

O regime implantado pela Quarta República desequilibrava a relação entre o Executivo e o Legislativo, e deixava o presidente da República refém da vontade da maioria eventual posta no Parlamento. Em outros termos, o Executivo não era dotado de mecanismos de proteção contra turbulências decorrentes de modificações rotineiras na composição majoritária de um Legislativo pouco propositivo. Esse fraco Poder Executivo teve que enfrentar um violento processo de descolonização, em especial na Argélia,¹⁰ o que culminou na crise de 13 de maio de 1958 e na decretação de Estado de sítio.¹¹

De Gaulle então assumiu o governo, encarregado de resolver a questão argelina e de revisar a Constituição de 1946; disso resultou uma nova Constituição, a da Quinta República. A principal preocupação do novo sistema foi reequilibrar a relação entre o Executivo e o Legislativo para garantir o funcionamento do governo, racionalizando-o.

No que se refere à denominação do regime, pode-se afirmar que tanto a Quarta República quanto a Quinta República adotaram formalmente o parlamentarismo. Contudo, vistas de perto, as realidades políticas são bem diferentes: a Constituição daquela seguiu o modelo de convenção permanente e a Constituição desta procurou dar proeminência ao presidente.

A racionalização do parlamentarismo realizada pela Constituição de 1958 decorreu de um conjunto de disposições normativas que tiveram por objetivo limitar a influência desmedida do Parlamento sobre os atos do Governo, sem estabelecer a separação completa entre os Poderes. Entre a sujeição do Executivo ao Parlamento e a completa separação, optou-se pelo caminho do meio, de estabelecer a colaboração entre os órgãos – a começar pelo fato de que, pela redação original, o presidente não seria mais eleito pelo Parlamento, diferentemente do que ocorria com a Constituição anterior. Sua eleição passou a ser indireta com base em colégio eleitoral mais largo, composto também por representantes

¹⁰ A década de 50 do século XX foi importante no processo de descolonização. Quanto à França, dos acordos de Genebra de 1954 resultou a independência do Laos, do Camboja e do Vietnã. O Marrocos e a Tunísia tornaram-se independentes em 1956. Disponível em: <<http://www.cndp.fr/crdp-reims/cinquieme/decolonisation.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

¹¹ Rosseto (1992, p. 21) destaca que a queda do regime implantado em 1946 pode ser explicada pelo funcionamento defeituoso das instituições, o qual levou parte da opinião pública ao descrédito no “parlamentarismo absoluto”. Além disso, as hostilidades decorrentes da guerra não declarada da Argélia perturbaram fortemente as relações na sociedade francesa. O alto custo das operações militares e a transferência de algumas atribuições de governo para autoridades militares foram marcantes para exacerbar a oposição entre os que defendiam uma solução liberal e negociada e aqueles que viam um abandono inaceitável à “Argélia francesa”.

de coletividades territoriais.¹² O constituinte estabeleceu a responsabilidade do Governo perante o chefe de Estado e permitiu a dissolução da Assembleia. Além disso, para reforçar mais o Executivo, permitiu-lhe pautar a ordem do dia legislativa,¹³ limitou o número de matérias a ser objeto de lei e deu ao Governo poder legiferante mediante atos executivos (*ordonnances*).¹⁴

4. Do parlamentarismo racionalizado ao “quase presidencialismo”

O regime de governo francês apresentava três importantes traços do parlamentarismo na redação original da Constituição de 1958:¹⁵ (i) a irresponsabilidade política do chefe de Estado diante do Parlamento; (ii) a responsabilização política colegiada do Governo perante a Assembleia Nacional; e (iii) a possibilidade de dissolução do Parlamento pelo chefe de Estado (art. 12).¹⁶

Entretanto, logo no início da década de sessenta do século passado, iniciou-se um processo de reforma, que o afastou do parlamentarismo. Em 1962, de Gaulle propôs alteração da Constituição para que a eleição do chefe de Estado fosse direta, mediante sufrágio universal. A modificação reforçou o poder do chefe de Estado em face do primeiro-ministro e do Parlamento. O presidente passou a dar as cartas do jogo político, gerando a tendência de obter maioria estável na Assembleia. O

¹² O art. 72 da Constituição francesa reconhece como coletividades locais as comunas, os departamentos, as regiões, as coletividades com estatuto particular e as coletividades de ultramar. O colégio eleitoral era composto de oitenta mil pessoas (FRANÇA, 1958).

¹³ Depois da reforma constitucional de 2008, as Casas Legislativas readquiriram boa parte do poder de definir a pauta (atual redação do art. 48 da Constituição), reduzindo-se o papel do Governo nesse âmbito, o que, entretanto, ainda exerce forte influência na rotina da Assembleia (arts. 28 e 48 da Constituição francesa) (FRANÇA, 1958).

¹⁴ *Ordonnances* são atos executivos com força legislativa, autorizados pelo Parlamento para a execução do programa de Governo.

¹⁵ A Constituição de 1958 incorporou as linhas políticas gerais defendidas por Charles de Gaulle em discurso proferido no dia 16 de junho de 1946 em Bayeux: separação de poderes; Executivo forte, eleito por colégio eleitoral e irresponsável perante a Assembleia; Parlamento composto de duas Casas; presidente da República com atribuição de arbitragem e garantidor da independência nacional, cabendo-lhe nomear o primeiro-ministro, presidir o Conselho de ministros, emitir decretos, promulgar leis e discutir e ratificar tratados internacionais. Disponível em: <<http://www.charles-de-gaulle.org/pages/espace-pedagogique/le-point-sur/les-textes-a-connaître/discours-de-bayeux-16-juin-1946.php>>. Acesso em: 10 jan. 2017. A importância do discurso deve-se ao momento histórico e político em que foi proferido. Tratava-se da comemoração de dois anos da liberação da região da Normandia pelos aliados. Além disso, em junho de 1946, era a primeira vez que de Gaulle se dirigia aos franceses após ter-se exonerado do governo provisório em janeiro de 1946, sendo que em maio o povo havia rejeitado o primeiro projeto constitucional.

¹⁶ Arts. 12, 19 e 20 da Constituição francesa (FRANÇA, 1958).

regime de governo na França migrou, então, do parlamentarismo racionalizado para a presidencialização.¹⁷

O novo fundamento de legitimidade do presidente da República por meio de eleição popular foi tão marcante que deu origem a práticas políticas colhidas das entrelinhas normativas que reforçaram ainda mais seu papel no Executivo e ratificaram a sua preponderância institucional.¹⁸ Então, entrou em cena a força das possibilidades normativas postas pela revisão da Constituição.¹⁹

Assim, a obrigação de o primeiro-ministro, uma vez designado, submeter à Assembleia o programa de governo para obter prévio voto de confiança, passou a ser interpretada como mera faculdade. Rompeu-se também com a tradição de se designar, como primeiro-ministro, o parlamentar líder da maioria (de Gaulle nomeou, para o Governo, Georges Pompidou, que não exercia mandato).

Outra interpretação extensiva dos poderes do presidente, a partir da nova legitimidade que lhe foi conferida, decorreu do sentido que passou a ser dado ao art. 8º da Constituição. O dispositivo prevê que o chefe de Estado encerre o exercício das funções do primeiro-ministro a partir do pedido de demissão do Governo (FRANÇA, 1958). Regras como essa são tradicionais em sistemas parlamentares em que a demissão do Governo depende da vontade do Legislativo.

Contudo, a partir de 1962, o presidente passou a exigir a demissão do Governo sem que lhe tivesse sido negada confiança por parte da Assembleia Nacional, estabelecendo a dupla responsabilidade do órgão perante o Presidente e o Legislativo.²⁰

É possível afirmar até mais do que isso. Enquanto a letra da Constituição dá à Assembleia Nacional a prerrogativa de conduzir a demissão do Governo por falta de apoio (e aqui não se sustenta, de forma

¹⁷ Duverger (1974b, p. 5-6) destaca que o presidente deixou de ser um chefe de Estado sem prestígio nem poderes para tornar-se o chefe supremo do Governo.

¹⁸ Para Rosseto (1992, p. 35), a proeminência do presidente, que era conjuntural em 1958, a partir de 1962 torna-se um princípio de funcionamento do sistema: o presidente passa a ser o chefe real do Executivo; o Governo, nomeado por ele, perde importância: executa o programa sob sua autoridade e pode ser exonerado por ele, independentemente da vontade da Assembleia. O primeiro-ministro tende a agir como um homem de sua confiança, um porta-voz perante o Parlamento, onde se encontra a maioria disciplinada que se contenta em registrar a vontade presidencial e em traduzi-la sob a forma legislativa. Avril (2008, p. 5-6) chega a afirmar que, a partir de 1962, iniciou-se outro sistema de governo.

¹⁹ Para o estudo sobre mutações constitucionais na Quinta República, ver Beaud (2001, p. 19-31). Lucena (1996) destaca a força do pragmatismo político para a fixação das condições de funcionamento institucional em regimes semipresidenciais.

²⁰ A interpretação presidencialista da Constituição de 1958 já era possível, mas não prevaleceu desde logo. Acabou realmente sendo confirmada pelas alterações de reforma de 1962. Para isso, contribuíram a forte personalidade do general de Gaulle, o fato de ter assumido pessoalmente a solução da Questão Argelina e a utilização do referendo como ato de ligação direta do presidente com o povo (ROSSETO, 1992, p. 31-32).

alguma, que ela não possa exercê-la sempre), a experiência acabou confirmando a prática de que a verdadeira responsabilidade se dá perante o presidente.²¹ O regime, que pode ser denominado de dualista, em virtude da dupla relação de confiança (o Governo responde ao Parlamento e ao Presidente), na prática acaba fixando a maior responsabilidade dos ministros perante o chefe de Estado.²²

A “presidencialização” do sistema, por fim, decorreu do que os franceses denominam “fato majoritário” (*fait majoritaire*) presidencial – ou seja, uma maioria parlamentar estável dá apoio ao presidente, permitindo-lhe a execução do programa de governo. O “fato majoritário” é definido como a unidade de ação governamental entre Executivo e o Legislativo (BIGAUT, 2009, p. 95)²³ e decorre da coincidência da maioria democrática obtida na eleição do chefe de Estado com a maioria na Assembleia e, por consequência, acaba

²¹ Na realidade, desde 1958, o único primeiro-ministro demitido em razão de moção de censura aprovada na Assembleia foi Georges Pompidou, que suportou a consequência política da reforma constitucional, apresentada por de Gaulle, a qual introduziu a eleição direta do chefe de Estado. O presidente dissolveu a Assembleia e, obtendo a confirmação da maioria de seu partido na eleição que se seguiu, nomeou Pompidou novamente como primeiro-ministro. As demais demissões de Governo na história da Quinta República decorreram de ato discricionário do chefe de Estado. Disponível em: <<http://www.huffingtonpost.fr/2015/02/19/motion-de-censure-georges-pompidou-le-seul-premier-ministre-re/>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

²² A responsabilidade é pendular quando o presidente e o primeiro-ministro se encontram em lados opostos do espectro político, na chamada coabitação. O Governo responde, então, à Assembleia. Nesse caso, prevalece o modelo de responsabilidade do parlamentarismo.

²³ Duverger (1993, p. II) define a maioria, para a compreensão do termo, “quando mais da metade dos deputados se enquadra em um partido ou aliança coerente e estável, que obedece a uma disciplina nas votações, por ocasião dos escrutínios de investidura, de confiança ou de censura. Isso significa que esse partido ou essa aliança sejam submissos a uma direção global, porém não exclui divergências, conflitos e disputas internas. O essencial é que a unidade da maioria reapareça cada vez que a existência do governo for questionada, o que garante o Oto dos projetos para os quais ele reivindica a confiança.”

por torná-lo verdadeiro condutor das ações executivas e, por meio do Governo, das ações legislativas no Parlamento. O fenômeno consolida a proeminência do presidente e, levado a uma situação aguda, pode vir a submeter o Legislativo à sua vontade.²⁴

Contudo, nem sempre ocorre o fato majoritário. Havendo discordância entre a maioria presidencial e a da Assembleia, as relações “parlamentarizam-se” e o Legislativo tem força para impor a formação do Governo ao chefe de Estado. É justamente a flexibilidade do sistema a via de solução, sem maior trauma, de eventuais crises institucionais. A combinação de forças políticas pode variar a cada eleição, mediante a ocupação variável de espaços de poder, e o regime se adapta.

As relações entre o presidente e o primeiro-ministro, e entre o presidente e a Assembleia são marcadas, pois, pela capacidade de flexibilização. Em regra, sobressai-se a vontade presidencial, com a interpretação extensiva de suas atribuições postas na Constituição. Havendo coabitação, entretanto, os poderes do presidente são interpretados restritivamente, dando maior espaço à atuação da Assembleia e ao Governo.²⁵

Vejamos como o fenômeno se processa.

4.1. O presidente da República (o “rei”)

O chefe de Estado recebe poderes oriundos de um estatuto normativo que lhe garante capacidade de estabelecer relações diretas com o povo (eleição direta e submissão de lei

²⁴ Ardant e Mathieu (2016-2017, p. 413-419) fazem um resumo histórico do “fato majoritário” na Quinta República, destacando que, por sua causa, desapareceu o centro político, com a consequente polarização *gauche-droite* (esquerda-direita) na Assembleia Nacional.

²⁵ Gicquel e Gicquel (2015, p. 512) afirmam que o dualismo que caracteriza o regime pode ser atribuído a um conflito de prevalência, de acordo com a harmonização ou a contradição das maiorias presidencial e parlamentar.

a referendo) e com o Legislativo (por exemplo, possibilidade de dissolução da Assembleia e submissão de leis a nova apreciação), além de influir na composição do Conselho Constitucional.²⁶

O presidente da República atualmente é eleito por sufrágio universal direto para mandato de cinco anos, com possibilidade de uma reeleição. Isso lhe garante a legitimidade popular que servirá de base para o exercício do poder, em especial quando houver necessidade de contraposição a decisões adotadas pelo Parlamento.

O mandato, inicialmente de sete anos, renovável, foi reduzido para cinco em 2000, com possibilidade de apenas uma reeleição. A redução do mandato para cinco anos e a limitação a uma reeleição, por um lado, modernizou a representatividade presidencial (submetendo o presidente a uma avaliação eleitoral mais frequente), reforçou os laços democráticos com os eleitores e impediu sua perenização no poder; por outro, a medida colocou-o de vez na arena política interna, legou para segundo plano seu papel de arbitragem institucional e aumentou a frequência da paralisação das atividades políticas em decorrência do período eleitoral.

A reforma que instituiu o mandato de cinco anos, a que estabeleceu o novo estatuto de responsabilidade do presidente e a que criou o controle repressivo de constitucionalidade²⁷ alteraram a relação entre o Executivo e o

Legislativo, e fizeram com que se iniciasse uma nova fase política na República.

A eleição dos deputados, por critério majoritário em dois turnos, ocorre um mês depois da escolha do presidente, e tem por consequência estabelecer: (i) senão a bipartidarização, uma bipolarização ideológica e (ii) o alinhamento entre a maioria que elegeu o presidente e a maioria que elegerá os deputados na Câmara Baixa, reforçando a hipótese de ocorrência do “fato majoritário”. Na prática, os eleitores são chamados a fazer uma escolha política em bloco, colocando, à frente do Executivo, a pessoa considerada apta a liderar o país e, na Assembleia, uma maioria a dar-lhe apoio na execução do programa de governo.

Antes da redução do mandato presidencial e da instituição da eleição combinada (presidente-Assembleia), o descompasso entre as eleições do chefe de Estado e dos membros da Câmara Baixa podia fazer com que o presidente iniciasse o mandato sob oposição parlamentar; ou que o desgaste de cinco anos no exercício do cargo colocasse, no meio de seu mandato, a escolha de uma Assembleia contrária a sua linha ideológica. Nos dois casos, havia maior chance de haver coabitação, dando proeminência à Assembleia para indicar o primeiro-ministro e para influir no governo.

Em tese, o alinhamento das eleições presidencial e dos deputados não impede a escolha de um presidente que adote certa linha ideológica e de uma maioria parlamentar de oposição. Mas a ocorrência disso é improvável. O recém-eleito presidente exerce grande

²⁶O estatuto da Presidência consta basicamente do Título II da Constituição (arts. 5^o a 19). Houve quatro reformas constitucionais alterando o regramento inicialmente estabelecido: a que instituiu eleição direta, em 1962; a que reduziu a duração do mandato de sete para cinco anos, em 2000; a que redefiniu sua responsabilidade, em 2007; e a que modificou suas atribuições, em 2008.

²⁷A instituição do controle de constitucionalidade na França passou por quatro etapas importantes até que chegasse ao estágio atual: (i) sua criação pela Constituição de 1958; (ii) a decisão do próprio Conselho, de 16 de julho de 1971, quando ele assumiu a competência para exercer

o controle de constitucionalidade preventivo; (iii) a possibilidade de ser provocado diretamente por parlamentares, a partir de 1974, abrindo-se a iniciativa de ser instado a se pronunciar pela oposição ao Governo e tornando-o órgão ligado à proteção de minorias; e (iv) a instauração da questão prioritária de constitucionalidade (*question prioritaire de constitutionnalité*), pela reforma constitucional de 23 de julho de 2008, que instituiu o controle repressivo (GAY, 2014, p. 11-25).

influência sobre o pleito para a Assembleia, que se realiza logo depois. O chefe de Estado é beneficiado pela euforia da vitória e pelo fato de que seu programa ainda não foi colocado à prova e submetido a desafios de execução.

O art. 5º da Constituição francesa prevê que o presidente vele pelo respeito a ela e que assegure, por sua arbitragem, a continuidade do Estado. Ele deve garantir a independência nacional, a integridade do território e o respeito aos tratados (FRANÇA, 1958). A fim de poder exercer as missões constitucionais que lhe são postas, o presidente tem várias atribuições. Algumas podem ser exercidas de forma isolada (poderes próprios) e outras dependem de ratificação pelo Governo (*exercés avec le contreseing*).²⁸

Sob o aspecto processual penal e civil, o chefe de Estado não pode sofrer, durante o mandato, qualquer tipo de perseguição por ato que não tenha a ver com o exercício de suas funções, ficando suspensa a prescrição da pretensão. Decorrido um mês do término de suas funções, cessa a proteção processual.

O presidente, em relação aos atos praticados nessa qualidade, não pode ser responsabilizado penal ou civilmente, mesmo depois de terminado o mandato, com duas exceções: (i) por demanda apresentada perante a Corte Penal Internacional (art. 53-2) e (ii) por meio de julgamento realizado pelo Parlamento, reunido em Alta Corte, mediante o voto de dois terços dos seus membros (FRANÇA, 1958).

A questão que se apresenta é a seguinte: se o presidente exerce atribuições próprias sem necessitar de ratificação do Governo, como se poderia manter imune à prestação de contas? A Constituição francesa, na realidade, refere-se à impossibilidade de destituição do Presidente por falta de apoio parlamentar, ou seja, à irresponsabilidade política prevista normalmente no parlamentarismo.²⁹ Com isso, não prevê que a falta

²⁸ Os poderes a serem exercidos sem ratificação pelo Governo são os de nomeação e de exoneração do primeiro-ministro (art. 8º, alínea 1), de referendo legislativo (art. 11), de dissolução da Assembleia Nacional (art. 12), de decretação de medidas excepcionais (art. 16), de comunicação direta com as casas legislativas (art. 18), de provocação do Conselho Constitucional (arts. 54 e 61) e de nomeação de três membros e a escolha do presidente do Conselho Constitucional (art. 56). Além disso, como atividades típicas de chefe de Estado, acredita embaixadores e enviados extraordinários de outros países. As atribuições presidenciais que exigem ratificação governamental envolvem atividades de defesa, de negociação de tratados (art. 52), de iniciativa de revisão constitucional (art. 89), de graça individual (art. 17), de abertura e de encerramento de sessões extraordinárias do Congresso (art. 30), de solicitar nova deliberação sobre projeto de lei (art. 10), de promulgar leis (art. 10, alínea 1), de assinar *ordonnances* e decretos deliberados pelo Conselho de Ministros, de nomear e exonerar ministros e outros agentes públicos (art. 8º) (FRANÇA, 1958).

²⁹ Alguns autores destacam que o Presidente seria de qualquer forma responsável politicamente perante o povo. Por exemplo, ver Ardant e Mathieu (2016-2017, p. 440-441). Não há dúvida quanto a isso. Parece, contudo, que aqui se trata de outro tipo de responsabilidade. A colocação da responsabilidade presidencial perante o eleitor francês, uma vez

de apoio político por parte da Assembleia seja causa de cessação do mandato antes do termo final. Caberá ao Governo responder politicamente perante o Legislativo pela má condução dos atos do Executivo.

Entretanto, como o presidente francês não apenas pratica atos protocolares, mas tem importantes atribuições de política externa e interna, sem que muitos deles sejam ratificados pelo Governo (*sans contresigne*), houve necessidade de previsão de mecanismo de destituição do presidente da República, em procedimento próximo ao dos sistemas presidencialistas,³⁰ sem o qual este ficaria sem qualquer possibilidade de controle orgânico.³¹

Mesmo não havendo definição clara do que seja “falta de cumprimento de deveres manifestamente incompatível com o prosseguimento em seu mandato”³², o fato é que a atual redação da Constituição francesa encontrou um caminho satisfatório para manter a irresponsabilidade do Presidente em relação à política ordinária, o que é compatível com o

que não há *recall*, somente faz sentido na Ciência Política. Para o Direito Constitucional, o importante é pontuar que, mesmo nas hipóteses em que o presidente coloque claramente a intenção de engajamento de sua política perante o eleitorado, como o do encaminhamento de referendo ou de eleição parlamentar após dissolução da Assembleia, uma manifestação popular contrária a seu interesse não resulta em sua obrigatória saída do cargo.

³⁰ Gicquel e Gicquel (2015, p. 596) afirmam que o procedimento de destituição do presidente francês é distinto do *impeachment* norte-americano. Sem embargo de haver regulamentação própria, não parece que, no que se refere à questão de fundo, não se possa encontrar semelhança entre os dois institutos, uma vez que ambos têm por objetivo a retirada do chefe de Estado por decisão dos representantes do povo em virtude de prática de ato político de alta gravidade.

³¹ A Lei Orgânica nº 2014-1392 regulamenta a aplicação do art. 68 da Constituição francesa. Alguns de seus dispositivos foram declarados não conformes à Constituição pela decisão preventiva do Conselho Constitucional 2014-703 DC, de 19 de novembro de 2014. Para comentários sobre essa decisão, ver Hutier e Mangiavillano (2015, p. 494-496).

³² No original: “en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec la poursuite de son mandat”.

regime parlamentarista, mas permitiu que seja destituído em casos graves, de maneira semelhante à que ocorre no sistema presidencialista.

4.2. O Governo (o “pequeno príncipe”)

A Constituição prevê que o Governo determine e conduza a política da nação. Para isso, dispõe da Administração e das Forças Armadas, podendo nomear ocupantes de determinados cargos. O primeiro-ministro dirige a ação do Governo e assegura a execução das leis.³³ Pela lógica democrática, deve o Governo executar seu programa, cabendo-lhe decidir e fixar prioridades.

O presidente livremente nomeia e exonera o primeiro-ministro; e, por indicação deste, nomeia e exonera os demais ministros.³⁴ A prática política não torna irrelevante o apoio parlamentar na definição do Governo e a previsão normativa deve ser compreendida no contexto da relação entre os dois Poderes.

Não há dúvida de que a escolha adequada do Governo seja um dos atos estratégicos mais importantes do presidente. Mesmo quando há concordância entre a maioria presidencial e a da Assembleia, a escolha de um quadro político do Legislativo³⁵ ou de um bom administrador não prescinde de que essa figura tenha aceitação parlamentar.³⁶ Da mesma forma, não

³³ Arts. 20 e 21 da Constituição francesa (FRANÇA, 1958).

³⁴ Art. 8º da Constituição francesa (FRANÇA, 1958).

³⁵ Os ministros não podem exercer mandato parlamentar, o que distancia o regime francês do modelo parlamentarista. Essa é uma peculiaridade do sistema que o aproxima da característica tradicional do presidencialismo, ao estabelecer uma separação de poder mais forte. O art. 25, da Constituição, entretanto, prevê o sistema de suplência para o caso de um parlamentar aceitar exercer funções no governo. Cessado o exercício das atribuições governamentais, o parlamentar tem direito de retorno ao mandato (FRANÇA, 1958).

³⁶ Duverger (1974b, p. 82) comenta que o presidente deve de qualquer forma escolher um governo suscetível de ter confiança da Assembleia, perante a qual é responsável.

pode o presidente desconsiderar as correntes partidárias que lhe dão apoio na composição do Governo, sendo o bom uso dessa atribuição aspecto importante para garantir-lhe apoio.

A responsabilidade solidária dos ministros perante a Assembleia é um traço parlamentarista do regime. Com efeito, o Governo responde politicamente pelos atos do Executivo como órgão colegiado, seja pela apresentação do programa de governo ou de uma declaração política geral, seja mediante a sujeição a uma moção de censura.³⁷ Adotada a moção, ou manifestada a desaprovação do programa ou da declaração política geral, fica patente a negativa de confiança pela maioria parlamentar e o primeiro-ministro deve remeter ao presidente a demissão do Governo.³⁸

Os ministros são penalmente responsáveis perante os órgãos da justiça comum em relação a atos não governamentais, e perante a Corte de Justiça da República quanto aos atos praticados no exercício das funções.³⁹

Seguindo a tradição parlamentarista, o sistema francês mantém estreita vinculação entre atividade governamental e legislativa. Para isso, o primeiro-ministro tem prerrogativas no processo legislativo, como o direito de iniciativa (art. 39), de emenda (art. 44), de oposição a uma emenda parlamentar que agrave a situação financeira do Estado (art. 40), de solicitação de autorização de adoção de atos executivos de natureza legislativa (*ordonnances*),

³⁷ Arts. 20, 49 e 50 da Constituição francesa (FRANÇA, 1958).

³⁸ O princípio da solidariedade governamental não impede, contudo, a exoneração isolada de ministro. É a retirada do primeiro-ministro que implica a queda do Governo.

³⁹ A Corte de Justiça da República é composta por quinze membros, sendo três magistrados da Corte de Cassação, dentre os quais será escolhido o presidente, seis deputados e seis senadores, renováveis periodicamente. A acusação cabe ao Procurador-Geral que oficia perante a Corte de Cassação. Ver art. 68-2, da Constituição francesa (FRANÇA, 1958).

de fixar a ordem do dia das Casas por duas semanas a cada quatro (art. 48), de solicitar urgência no processo legislativo (art. 45), de propor ao presidente a realização de referendo e de solicitar a convocação de sessão extraordinária do Congresso (art. 46). Os ministros têm direito de acesso e de palavra nas Casas legislativas (art. 31) (FRANÇA, 1958).

O Governo é órgão da maior importância no semipresidencialismo.⁴⁰ Deve fazer a Administração funcionar e encontra-se na confluência da relação institucional entre o Executivo e o Legislativo. A ele acorrem constantemente questões relevantes, e seu bom desempenho é fundamental para o dinamismo do poder público e para a estabilidade do regime.⁴¹

Internamente, no Executivo, a relação entre o presidente e o primeiro-ministro é variável. Nos períodos de concordância, o presidente consegue impor sua maioria à Assembleia e o sistema aproxima-se do presidencialismo. O chefe de Estado escolhe com mais liberdade os ministros e, diante de uma Assembleia estável e cooperativa, executa seu programa. Será ele, na realidade, a autoridade a determinar a política da nação, dando as cartas do jogo político e fazendo com que o governo exerça o importante papel de relacionamento político com o Legislativo nas questões do dia a dia. Nessa situação, na prática, o Governo responde ao presidente, sendo pouco provável que a Assembleia o desautorize ou censure. Durante os períodos de concordância, o presidente, que domina o Governo e a Assembleia, pode vir a exercer o poder em situação de “hiper-

⁴⁰ Sobre a importância da função governamental na Quinta República, ver Dord (2001, p. 45-58).

⁴¹ Gicquel e Gicquel (2015, p. 630) apontam que, na Quinta República, apesar da existência das variáveis de concordância ou de coabitação, os Governos não sucumbiram a situações extremadas de serem anulados em sua atuação ou de exercê-la de forma imperial. Para o autor, os Governos oscilaram entre ser influentes (mínimo) e determinantes (máximo).

presidencialização”, dando as cartas no Executivo e impondo sua pauta legislativa por meio do primeiro-ministro, que se comporta como seu homem de execução. Como em *O pequeno príncipe*, se perguntado “sobre o que reina”, não hesitaria em responder com grande simplicidade: “sobre tudo” (SAINT-EXUPÉRY, 2006, p. 25).

Por outro lado, na coabitação, o sistema pendula na direção do parlamentarismo, ficando o presidente mais restrito a funções de chefia de Estado, tendendo a ratificar a escolha do primeiro-ministro a partir da indicação da maioria política parlamentar que se lhe opõe e de cofirmar os nomes de ministros apresentados pelo chefe de Governo. O Governo terá que buscar constantemente o apoio da Assembleia, ficando em segundo plano a relação de confiança entre o primeiro-ministro e o presidente.

Nessa hipótese, a coerência fará com que o presidente nomeie os ministros com base em negociação com o Legislativo, resguardando-se o poder de veto a determinados nomes para a ocupação das pastas. Tende a não fazer indicação propositiva na escolha dos ministros e a assumir posição negativa, de colocação de limites.

Não se pode afirmar que, na coabitação, o sistema funcione exatamente como o modelo parlamentar, uma vez que a Constituição francesa dá ao presidente atribuições próprias das quais ele não poderá omitir-se. Contudo, a tendência é a de que haja uma leitura mais literal dos dispositivos constitucionais, ficando cada um, presidente e primeiro-ministro, limitados ao espaço constitucional que lhes cabe. O chefe de Estado, por exemplo, passa a presidir apenas formalmente o Conselho de Ministros, cuja pauta é previamente acordada em reunião entre o primeiro-ministro e os demais componentes do Governo. O presidente, nessa hipótese, não interfere nos atos da política ordinária a não ser que contrariem suas concepções relativas ao feixe de competências das quais detenha proeminência.

Na coabitação, o “rei”, ciente de que a autoridade “repousa sobre a razão”, somente exige “o que cada um pode dar”, respeitando o espaço institucional do “pequeno príncipe” (SAINTE-EXEUPÉRY, 2006, p. 26)⁴².

O chefe de Estado, na coabitação, acaba assumindo mais a função constitucional de arbitragem (art. 5º), deixando o primeiro-ministro governar e responder pelos atos de governo diretamente à Assembleia Nacional. O presidente vela pelo regular funcionamento dos poderes

⁴²Na passagem, o rei afirma: “É preciso exigir de cada um o que cada um pode dar. A autoridade repousa sobre a razão. Se ordenares a teu povo que ele se lance ao mar, farão todos revolução. Eu tenho o direito de exigir obediência porque minha ordens são razoáveis.” O rei demonstra, pois, a sabedoria de compreender as restrições que eventuais circunstâncias imprimem ao exercício de seu poder e ao espaço institucional que em algumas situações lhe é reservado.

públicos, pela continuidade do Estado, pela independência nacional, pela integridade do território, pelo respeito aos tratados, pela garantia de independência da Justiça e pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e no Preâmbulo da Constituição de 1946.

Caberá ao primeiro-ministro, com a confiança da Assembleia, determinar e conduzir a política interna e executar o programa de governo.

Existem, na coabitação, algumas áreas mais sensíveis de contato, como é o caso das relações exteriores e da defesa. Por exemplo, a Constituição dispõe que o chefe de Estado é o chefe das Forças Armadas e preside os conselhos e comitês superiores de defesa nacional (art. 15), ao passo que o primeiro-ministro é responsável pela defesa nacional (art. 21) e que o Governo dispõe das Forças Armadas (art. 20) (FRANÇA, 1958). As previsões normativas são fluidas e pouco assertivas a respeito do espaço que cada um deva assumir em matéria tão relevante.

Alguns argumentam que o presidente, nessas matérias, teria verdadeiro “domínio reservado”, sem atuação do Governo. Isso decorreria da interpretação de sua principal missão institucional como garantidor da independência nacional, da integridade do território e do respeito aos tratados.⁴³

Contudo, a teoria do “domínio reservado” encontra obstáculo no fato de o chefe de Estado não ter como exercer essas atribuições sem o engajamento do Governo, não parecendo correto afirmar que exista reserva de domínio, mas sim proeminência presidencial.⁴⁴ Por isso, é melhor afirmar que o presidente e o primeiro-ministro compartilham poder, cada qual no enquadramento institucional de seus cargos, sendo que tal acomodação institucional foi construída nas três experiências de coabitação vividas na Quinta República.

Antes da primeira coabitação, de 1986 a 1988, entre o presidente François Mitterrand e o primeiro-ministro Jacques Chirac, existia ain-

⁴³ A elaboração da teoria do “domínio reservado” é atribuída ao político J. Chaban-Delmas, para definir as matérias em que o presidente de Gaulle podia tomar as decisões por ele mesmo, sem que necessariamente o primeiro-ministro estivesse de acordo, o que envolvia, naquela época, assuntos relativos à questão argelina, à diplomacia e à defesa. Mesmo sendo correto afirmar que o presidente de Gaulle tenha assumido pessoalmente as decisões nessas questões, isso não significa que, sob o aspecto normativo, a Constituição fizesse tal previsão (LASCOMBE; TOULEMONDE, 2015, p. 295).

⁴⁴ Duverger (1993, p. 123) comenta que a teoria do domínio reservado não foi acolhida por de Gaulle e por Georges Pompidou, pois tinha, no fundo, a intenção de limitá-lhes o poder. Da mesma forma, no caso de coabitação, a teoria foi rejeitada por Jacques Chirac. Chirac, que antes vivenciara a coabitação como primeiro-ministro na presidência Mitterrand, em 1997 experimentou a coabitação no exercício da chefia de Estado. Em discurso proferido em 14 de julho de 1997, mesmo destacando o domínio de interesse da presidência nos temas de relações internacionais e de defesa, não descartou a importância da cooperação governamental. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/revision-du-bac/annales-bac/histoire-terminale/interview-tv-jean-chirac-le-14-juillet-1997_t-hrde102.html>. Acesso: em 15 jan. 2017.

da dúvida sobre as consequências da presença de uma maioria de oposição ao partido do presidente da República. Havia expectativa de o chefe de Estado dissolver a Assembleia recém-eleita ou mesmo de renunciar ao cargo. Não se sabia, caso não ocorressem as hipóteses e o presidente permanecesse, como seria o relacionamento entre as duas cabeças do Executivo.

De fato, como não ocorreu qualquer uma das soluções mais radicais, iniciou-se uma convivência que serviu para pontuar como os órgãos funcionariam no período. Mitterrand recusou-se a abandonar o papel político ativo, notadamente em matéria de política internacional, e mostrou que não permaneceria inerte. Como exemplo, não nomeou dois ministros indicados para a Defesa e para a pasta das Relações Internacionais e recusou-se a assinar três projetos de *ordonnances* que lhe foram enviados pelo Governo.⁴⁵

O segundo período de coabitação, de 1993 a 1995, entre o presidente Mitterrand e o primeiro-ministro Édouard Balladour, foi considerado mais pacífico do que o primeiro, em boa parte em virtude da doença já apresentada pelo chefe de Estado. O presidente deixou o Governo executar seu programa, sem grande influência, enquanto, no que se refere a questões externas, houve maior participação do primeiro-ministro.

Foi no terceiro e mais longo período, de 1997 a 2002, entre o presidente Jacques Chirac e o primeiro-ministro Lionel Jospin, que o Governo teve papel de maior destaque,

⁴⁵Dois principais motivos parecem explicar a relação não belicosa estabelecida de início no Executivo: a maioria obtida pela oposição ao presidente na Assembleia não foi larga e Jacques Chirac, líder da coligação partidária de oposição à do presidente, pretendia ser visto como um estadista apto a ocupar no futuro a própria presidência. O final do período mostrou enfrentamento maior entre o presidente e o primeiro-ministro, ambos candidatos à eleição presidencial (DUVERGER, 1993, p. 45).

tendo em vista a fragilidade política do presidente, dada a ampla maioria obtida pelo partido de oposição na Assembleia (GICQUEL; GICQUEL, 2015, p. 530).

Em que pese haver nuances nas relações mantidas entre o presidente e o Governo nos três períodos de coabitação, fruto de traços de personalidade e de ambientes políticos variados, a previsão normativa de Constituição serviu de enquadramento para uma acomodação satisfatória de espaço institucional e de exercício das atribuições previstas para cada órgão, de modo que não ocorreram crises de maiores proporções entre os Poderes.

5. Conclusão

O regime de governo da Quinta República francesa apresenta as seguintes linhas caracterizadoras gerais: (i) Executivo dual, dividido entre o presidente e o Governo (chefiado pelo primeiro-ministro); (ii) flexibilidade de estabelecimento de relações políticas, a depender da realidade da formação de maiorias (períodos de concordância e de coabitação); (iii) irresponsabilidade política do chefe de Estado diante do Legislativo, com possibilidade de sua destituição excepcional por falta grave aos deveres institucionais, a ser decidida pelo Parlamento reunido em Alta Corte; (iv) existência de atribuições constitucionais próprias do presidente, sem necessidade de ratificação pelo Governo; (v) formação do Governo por escolha do presidente a partir de nomes que podem não integrar o Parlamento; (vi) dupla responsabilidade política colegiada do Governo, perante o presidente e perante o Parlamento; (vii) possibilidade de dissolução do Parlamento pelo chefe de Estado; e (viii) grande influência do Executivo nos trabalhos legislativos.

Nos últimos sessenta anos, o semipresidencialismo contribuiu para a estabilidade das relações entre os Poderes e permitiu que os representantes da maioria efetivamente governassem. As eleições realizadas regularmente conseguiram, na Quinta República, envolver real disputa de correntes ideológicas distintas no acesso ao poder, no qual se revezaram em médio prazo.

Ao longo do tempo, o regime de governo na França tem apresentado mecanismos de amortecimento no embate entre o Executivo e o Legislativo, evitando que eventual relação conturbada entre os dois Poderes não possa ser solucionada em ambiente de normalidade. Além disso, favoreceu a existência de base parlamentar formal para o Governo, que não depende de concessões baseadas em critérios pouco republicanos para se articular junto ao Legislativo.

A possibilidade de demissão do Governo pelo presidente faz com que os ministros não se afastem das linhas programáticas gerais apresentadas por aquele que recebeu a investidura popular. O risco de aprovação de moção de censura faz com que o governo se preocupe em manter coesa sua base parlamentar, ouvindo as demandas políticas do Legislativo e prestando-lhe contas. Por outro lado, a hipótese de dissolução da Assembleia faz com que os deputados tenham que adotar raciocínio de custo-benefício pela retirada de apoio ao Governo, pois isso lhes pode custar o mandato.

Mesmo que a moção de censura e a dissolução da Assembleia não tenham sido utilizadas, sua mera previsão constitucional evita o extremismo político e favorece o diálogo institucional. Ao mesmo tempo, o Conselho Constitucional pode funcionar como contrapoder à vontade da maioria, ajudando a garantir os direitos da minoria e o respeito aos direitos fundamentais.

Por fim, o principal traço do semipresidencialismo é sua flexibilidade.

Como o regime semipresidencial francês importa a eleição direta para presidente da República cumulada com escrutínio majoritário em dois turnos para os deputados (conduz à bipolarização partidária) e a possibilidade de dissolução de Assembleia pelo chefe de Estado, o sistema tende à presidencialização, isto é, à concentração de poder nas mãos do presidente, desde que as maiorias presidencial e parlamentar estejam em concordância.

Contudo, sem que as regras constitucionais sejam alteradas, a discordância entre maiorias leva o regime a uma “parlamentarização”, isto é, ao destaque da força do governo, saído da escolha parlamentar, na condução das questões executivas e legislativas.

Esse movimento pendular, entretanto, não leva o regime ao presidencialismo puro nos momentos de concordância, ou ao parlamentarismo puro nos momentos de coabitação em decorrência de contrapesos institucionais que o amortecem.

Na concordância, o presidente terá que compartilhar poder com o primeiro-ministro, em especial nos atos que exigem ratificação. Sem se negar sua proeminência, o fato é que o Executivo continuará bicéfalo. Logo, não se pode comparar a atuação do presidente no semipresidencialismo ao do presidente no presidencialismo.

Na coabitação, o freio também está baseado no compartilhamento de poder. O primeiro-ministro, que tem o apoio da maioria na Assembleia Nacional, deve respeitar o espaço institucional do presidente, em especial nas matérias em que possui proeminência constitucional.

Isso demonstra a grande capacidade de acomodação do regime às diversas situações enfrentadas na vida pública sob a mesma égide

normativa. Mais que isso: mesmo que se considerem somente os períodos de concordância e até mandatos presidenciais diferentes exercidos pela mesma pessoa (Charles de Gaulle, François Mitterrand e Jacques Chirac), o regime constitucional conseguiu adaptar-se a cada realidade e a cada necessidade que se lhe colocaram.

No fundo, a forma como se articulam as maiorias (apoiada em único partido ou em coligação) e se compõem os Governos (mais técnico ou mais político), aliada à força obtida pelo presidente em sua eleição (o que é variável a depender do percentual de votos obtidos), molda nuances nas relações entre os órgãos de poder sem causar fraturas institucionais relevantes.

O sistema político francês, por certo, tem seus problemas e recebe críticas, mas não há dúvida de que tem garantido, nos últimos sessenta anos, o funcionamento efetivo do Governo em ambiente de liberdade e de democracia.

Sobre o autor

Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Rio de Janeiro, Brasil; pós-doutorando em Direito Público na Université Lyon III (Jean Moulin), Lyon, França; professor adjunto na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Rio de Janeiro, Brasil; juiz federal, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
E-mail: marceloltavares@globo.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴⁶

FRENCH SEMI-PRESIDENTIALISM: THE RELATIONSHIP BETWEEN THE “KING” AND THE “LITTLE PRINCE”

ABSTRACT: The article aims to examine the structure of the constitutional rules of French semi-presidentialism and how this form of government improve the relationship between the Executive and Legislative Powers in situations of agreement and disagreement of democratic majorities. We will analyze the evolution of the system from a rationalized parliamentarism to a quasi-presidentialism and the scheme of variable political engineering. It concludes how the flexibility of French semi-presidentialism has contributed to the effective functioning of government in a free and democratic society in the last sixty years.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL LAW. FORM OF GOVERNMENT. FRENCH SEMI-PRESIDENTIALISM.

⁴⁶ Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

TAVARES, Marcelo Leonardo. Semipresidencialismo francês: a relação entre o “rei” e o “pequeno príncipe”. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 65-83, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p65>.

(APA)

Tavares, M. L. (2018). Semipresidencialismo francês: a relação entre o “rei” e o “pequeno príncipe”. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(217), 65-83. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p65

Referências

ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 28. ed. Paris: LGDJ, 2016-2017.

AVRIL, Pierre. Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la V^e République. *Pouvoirs – Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n. 126, p. 5-16, 2008.

BEAUD, Olivier. Les mutations de la V^e République: ou comment se modifie une constitution écrite. *Pouvoirs – Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n. 99, p. 19-31, 2001.

BIGAUT, Christian. *Lexique de la V^e République*. Paris: Ellipses, 2009.

BOURMAUD, Daniel. Monarchie, dyarchie, polyarchie: variations autour du pouvoir sous la V^e République. *Pouvoirs – Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n. 99, p. 7-17, 2001.

CHEVALLIER, Jean-Jacques et al. *Histoire de la V^e République (1958-2015)*. Paris: Dalloz, 2015.

DE BAECQUE, Francis. *Qui gouverne la France?* Paris: PUF, 1976.

DORD, Olivier. Mens sana in corpore insano: du gouvernement sous la V^e République. *Pouvoirs – Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n. 99, p. 45-58, 2001.

DUHAMEL, Éric. *Histoire politique de la IV^e République*. Paris: La Découverte, 2000.

DUHAMEL, Olivier. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Éditions du Seuil, 2016.

DUVERGER, Maurice. *La monarchie republicaine – ou comment les démocraties se donnent des rois*. Paris: R. Laffont, 1974a.

_____. *La cinquième république*. Paris: PUF, 1974b.

_____. *O regime semi-presidencialista*. São Paulo: Sumaré, 1993.

ELGIE, Robert. *Semi-presidentialism in Europe*. New York: Oxford University Press, 1999.

FRANÇA. Constituição da República Francesa de 1958. *Journal Officiel*, 5 out. 1958. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 12 maio 2017.

GAY, Laurence. *La question prioritaire de constitutionnalité: approche de droit comparé*. Bruxelles: Bruylant, 2014.

GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2015.

HUTIER, Sophie; MANGIAVILLANO, Alexandre. Jurisprudence du Conseil Constitutionnel. *Revue française de droit constitutionnel*, n. 102, p. 494-496, jul. 2015.

LASCOMBE, Michel; TOULEMONDE, Gilles. *Le droit constitutionnel de la Vème République*. Paris: L'Harmattan, 2015.

LE DIVELLEC, Armel. Le prince inapprivoisé: de l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre 'droit de la constitution' et système de gouvernement. *Droits*, n. 44, p. 101-138, 2006.

LUCENA, Manoel de. Semipresidencialismo: teoria geral e práticas portuguesas (I). *Análise social*, v. 31, p. 831-892, 1996. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223395988T5cQZ6tf3Uu36ZX3.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

PACTET, Pierre. *Institutions politiques: droit constitutionnel*. Paris: Masson, 1993.

ROSSETO, Jean. *Les institutions politiques de la France*. Paris: Armand Colin, 1992.

RUFIA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: FCE, 1996.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *O pequeno príncipe*. São Paulo: Agir, 2006.

SARTORI, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada*. Cidade do México: FCE, 2005.

TURPIN, Dominique. *Droit constitutionnel*. Paris: PUF, 2007.

Fiscalização ambiental à luz do princípio da subsidiariedade

Contornos da competência comum

EDUARDO FORTUNATO BIM

Resumo: A competência comum para promover a fiscalização ambiental deve ser lida à luz do princípio da subsidiariedade, que encerra a essência (regra de ouro) do federalismo, dando interpretação conforme à Lei Complementar nº 140/2011, sendo necessário que a fiscalização ambiental efetuada pelos órgãos ambientais obedeça a uma espécie de benefício de ordem, exceto nos casos em que o órgão ambiental detenha competência para licenciar ou autorizar a atividade ou empreendimento.

Palavras-chave: Fiscalização ambiental. Competência constitucional comum. Princípio constitucional da subsidiariedade. Benefício de ordem.

1. Introdução

As competências comuns do federalismo brasileiro (CRFB, art. 23) ainda são equivocadamente compreendidas, o que contribui para o mito de que quaisquer das três esferas federativas devam atuar nessas matérias sem o respeito a um dos princípios centrais do federalismo, a subsidiariedade. Essa atuação sem subsidiariedade acarreta ações descoordenadas, fruto da vontade momentânea e ausência de planejamento, estruturação e eficácia nos objetivos do federalismo cooperativo – aquele que encampa competências concorrentes, sejam materiais (art. 23), sejam legislativas (art. 24).

Em relação à fiscalização ambiental é recorrente o ajuizamento de ações judiciais, geralmente ações civis públicas (ACPs), para que o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais

Recebido em 25/10/17
Aprovado em 23/2/18

Renováveis (Ibama) exerça a sua competência fiscalizatória supletiva em relação às ocupações irregulares em bens da União (v.g., terrenos de marinha, florestas públicas), áreas de preservação permanente (APPs) ou mesmo Áreas de Proteção Ambiental (APAs). Requer-se a condenação do Ibama, seja isoladamente, seja solidariamente com mais algum órgão ambiental local (estadual ou municipal), chegando mesmo, em alguns casos, a ignorar a existência do órgão estadual ou municipal de meio ambiente. Alega-se que o Ibama se omite em seu dever de defender o meio ambiente porque deixa de adotar medidas de fiscalização, tanto administrativas (v.g., autorização de supressão de vegetação em bens federais, autos de infração e embargos administrativos) quanto judiciais (ajuizamento de ACPs).

Tal compreensão da competência comum para a fiscalização ambiental afigura-se problemática não apenas porque o Ibama tem entendimento firme de que não deve substituir os demais órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) na atividade de fiscalização ambiental, sob pena de inviabilizar as suas metas estratégicas de combate ao desmatamento ou demais infrações ambientais¹, mas também porque ela distorce o modelo de competências concorrentes federativas, como é visto adiante.

O objetivo do presente artigo é analisar a visão de que a competência comum justificaria a imposição a qualquer órgão do Sisnama, especialmente ao Ibama, a obrigação de promover a fiscalização ambiental sem que se respeite o princípio estruturante do federalismo cooperativo, o da subsidiariedade, como se a obrigação de promover a fiscalização ambiental fosse solidária sem benefício de ordem.

2. A regra de ouro do federalismo (subsidiariedade) como norte para a exegese da competência comum em termos de fiscalização ambiental

O princípio federativo, adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988), uma vez que a federação é a sua forma de Estado, “constitui toda a base do ordenamento constitu-

¹“6.1. Entende-se que não é cabível que o IBAMA seja responsabilizado nesse tipo de ACP por omissão ou atuação ineficiente em atividades que não fazem parte das suas atribuições prevalentes, muito menos que seja condenado a identificar as áreas degradadas em terrenos da União e que promova a recuperação ambiental nas áreas ilegalmente ocupadas existindo órgãos ambientais locais. 6.2. Entende-se, igualmente, que a condenação do IBAMA nessa lide prejudicaria a atuação do órgão no desempenho de suas atribuições prevalentes, uma vez que os recursos financeiros e a capacidade instalada do órgão não será alterada em decorrência de uma condenação com diversas obrigações de fazer” (BRASIL, 2017c). No mesmo sentido, ver Brasil (2017d).

cional, devendo ser tratado com primazia diante das demais normas da Constituição” (FERRERI, 1995, p. 15). Devem-se extrair consequências normativas do princípio federativo, uma vez que ele molda a distribuição de poder e deveres no Estado, não tendo apelo meramente retórico na CRFB.

É fundamental compreender a regra de ouro do federalismo para desvendar as obrigações que recaem sobre os órgãos ambientais das três esferas federativas. O estudo mais filosófico dessa regra é necessário porque nem sempre os dispositivos expressos da CRFB revelam toda a normatividade dominante no direito constitucional. Sem dúvida, esse é o caso da competência comum, na qual a ausência de base principiológica acaba desvirtuando a correta compreensão da competência comum (art. 23) em matéria ambiental em termos de fiscalização.

Quanto mais perto do poder decisório, mais democrático é o poder, motivo pelo qual a federação se tornou o modelo de excelência do Estado democrático, sendo necessário uma forte tendência descentralizadora, culminando na existência de uma regra de ouro do federalismo, assim definida por Bastos (2001, p. 293):

nada será exercido por um poder de nível superior desde que possa ser cumprido pelo inferior. Isso significa dizer que só serão atribuídas ao governo federal e ao estadual aquelas tarefas que não possam ser cumpridas senão a partir de um governo com esse nível de amplitude e generalização. Em outras palavras, o município prefere ao Estado e à União. O Estado, por sua vez, prefere à União.²

Essa regra de ouro encampa o princípio de subsidiariedade, que raramente se encontra expresso nos textos constitucionais, o que prejudica o seu estudo e, conseqüentemente, a compreensão de seu alcance. Para Farias (1999, p. 317), a regra de ouro, princípio estruturante da federação, está ligada intimamente “ao princípio da subsidiariedade, mecanismo adequado para a solução dos conflitos administrativos das diferentes esferas federativas.”

O princípio de subsidiariedade pressupõe a consideração das entidades menores, motivo pelo qual o federalismo nada mais é do que a sua aplicação. Segundo Baracho (1995), o princípio de subsidiariedade é aplicável nas relações entre órgãos centrais e locais, interferindo no grau de descentralização. “A descentralização é um domínio predileto de aplicação do princípio de subsidiariedade, sendo que a doutrina menciona as relações possíveis entre o centro e a periferia” (BARACHO, 1995, p. 40).

²No mesmo sentido, ver Farias (1999, p. 316-317).

A subsidiariedade como princípio significa que “as decisões serão tomadas ao nível político mais baixo possível, isto é, por aqueles que estão, o mais próximo possível, das decisões que são definidas, efetuadas e executadas” (FARIAS, 1999, p. 319). Ele se associa ao fortalecimento do poder local, o que o faz fundamental para entender a competência comum para a fiscalização ambiental. Segundo Cambi (1998, p. 248), ao comentar que o modelo federativo alemão buscou desenvolver um federalismo eficiente ao privilegiar o princípio da subsidiariedade, explica que esse princípio não reserva ao ente federativo maior o que pode ser realizado pelo menor, “já que este, e não aquele, está diretamente em contato com os problemas locais, sendo menos dispendioso e burocrático que ele possua os meios para executar competências referentes à realização dessas atividades”.

Farias (1999, p. 320-321) destaca que a competência comum ambiental (CRFB, art. 23, VI e VII) e o princípio da subsidiariedade, inerente ao modelo federativo, impõem o exercício da competência do órgão federal de gestão ambiental de forma complementar ao do órgão estadual na fiscalização e concessão de licenças e autorizações ambientais. Acrescentar-se-iam os órgãos municipais e os estaduais. Por isso, enfatiza que não “seria exagero afirmar que um dos princípios fundamentais do funcionamento do Sistema Legal de Tutela do Meio Ambiente, no Brasil, é o da atuação subsidiária do órgão federal” (FARIAS, 1999, p. 321) – e nem poderia ser diferente.

Essa atuação escalonada e preferencial das competências materiais de fiscalização ambiental “não pode ser superposta, simultânea e conflitiva”, exercendo-se mediante a caracterização de determinadas situações que, “como o próprio nome sugere, implica exercício condicional, subsidiário de competências material. Visa, em aspecto ordinário, a suprir ou suplementar eventuais omissões, falhas ou funcionamento defeituosos da prestação administrativa que, originariamente, compete ao órgão estadual” (FARIAS, 1999, p. 321) ou ao municipal.

Em suma, ainda que se trate de competência constitucional comum, o princípio da subsidiariedade impõe que a atuação do ente federal, em termos de fiscalização, somente é admitida quando o estadual ou o municipal não tiverem capacidade de lidar com a questão (“benefício de ordem”), raciocínio aplicável ao estado em relação ao município. Essa é a regra de ouro do federalismo na fiscalização ambiental. Como afirmado por García (1995, p. 121), com base em Ulrich Karpen, a União só pode agir quando, “segundo um ordenamento de competências que concorrem entre si de forma flexível, as forças das unidades menores não forem suficientes para dar conta de uma tarefa colocada pelo bem comum”.

Como será visto no próximo item, essa regra de ouro da fiscalização ambiental no Estado federativo tem sido ignorada por causa de uma visão distorcida da competência comum e, em última instância, do próprio federalismo, o que tem gerado sobreposições e desvirtuamento institucional dos componentes do Sisnama.

3. A competência comum na fiscalização ambiental calibrada pelo princípio da subsidiariedade: a necessidade de garantir o poder-dever do ente, órgão ou entidade primariamente competente

A competência comum para fiscalizar o meio ambiente deve ser lida à luz do federalismo cooperativo, especialmente do princípio constitucional da subsidiariedade. Na esteira do que já foi apresentado, é reconhecida a existência de um “benefício de ordem” dos entes federativos com competência para a realização de ações de proteção ambiental, quando o objeto da ação fiscalizatória não estiver previsto em seu planejamento estratégico, confeccionado dentro de sua zona de discricionariedade.

Havendo competência comum para proteger o meio ambiente (CRFB, art. 23), criou-se um mito de que as três esferas federativas tinham o dever de tutelar o bem protegido, sem qualquer disciplina racional do exercício dessa competência. De acordo com essa equivocada interpretação da norma constitucional, qualquer das três esferas podia ser provocada para que realizasse a fiscalização ambiental, ficando a escolha de qual (União, Estado ou Município) ao exclusivo talante do requerente.

Essa equivocada concepção era aplicada até mesmo no interior do ente federativo, fazendo com que órgãos ou entidades que têm poder supletivo em termos fiscalizatórios em relação a outros fossem obrigados a fiscalizar sem que o original fosse. É o caso do Ibama com o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), que detém primazia fiscalizatória ambiental nas unidades de conservação sob sua tutela.

Esse mito nasceu de uma compreensão singela da competência comum: o de que ela, *justamente por ser comum, deveria sempre, e sem o estabelecimento de qualquer critério de racionalização do uso da máquina estatal (“benefício de ordem”), ser desempenhada, indiscriminadamente, por todos os entes com competência para a realização de ações de proteção ambiental.* Tal interpretação rasa da norma constitucional fere o princípio constitucional da subsidiariedade do direito público e a concepção do federalismo cooperativo.

O federalismo cooperativo tem em mira evitar a sobreposição inútil e dispendiosa da atuação dos entes estatais, como doutrina Barroso (2003, p. 128). Farias (1999) tem o mesmo entendimento, destacando que a circunstância dos entes federados comporem um único e indivisível sistema de interesses ambientais não implica “*superposição* de poderes, de modo a propiciar manifestações conflitantes ou contraditórias das diferentes pessoas políticas, em face de um mesmo assunto. Sem qualquer dúvida, um dos principais objetivos da ordem constitucional é o da segurança e certeza jurídica, circunstância que se deve ter em mente ao interpretar o dispositivo em apreço” (FARIAS, 1999, p. 312-313).³

O federalismo cooperativo concretiza-se com a coordenação entre os entes políticos e é pautado por uma racionalidade que visa a evitar o desperdício dos escassos recursos estatais e trazer segurança e certeza jurídicas. Pouco depois da promulgação da CRFB, Greco (1992, p. 140) já lecionava que essa “*área de administração comum não deve estar sujeita a desperdício de esforços e à superposição de atividades, muito menos ao entrecchoque de ações administrativas de órgãos entre si autônomos, mas que todos, sob a égide da lei, devem agir de maneira harmoniosa e cooperativa*”. A articulação entre os entes federativos é de rigor para prevenir o desperdício de recursos públicos e superposição de funções idênticas, imprimindo uma prestação de serviços de forma eficiente e racional (YOSHIDA, 2014, p. 126).

As competências comuns, sob essa ótica cooperativa, devem ser regulamentadas por leis complementares – no caso ambiental o foi pela Lei Complementar (LC) nº 140/2011 (BRASIL, 2011) –, mas sem que se elimine a competência de um ente federativo, como destaca Bercovici (2002, p. 18), nem se perca a coordenação entre os entes políticos geradora do benefício de ordem, mormente em vista do princípio constitucional da subsidiariedade.

Coordenar as competências administrativas comuns significa que não pode haver sobreposição ou atuações descoordenadas, porque isso gera desperdício de conhecimento acumulado e deslocamentos desnecessários, desorganizando, desse modo, o planejamento da política pública de fiscalização do órgão ambiental por uma visão desvirtuada desse tipo de competências.

³ A competência comum “*não deve estar sujeita a desperdícios de esforços e à superposição de atividades, muito menos ao entrecchoque de ações administrativas de órgãos entre si autônomos*”; estes devem, sob a égide da lei, “*agir de maneira harmoniosa e cooperativa, o que significa, em síntese, para os poderes locais, regionais e nacionais limitar o exercício da sua própria competência em função de regras de interligação e de coexistência com igual competência de outras esferas de poder estatal e, até mesmo, subordinar-se à administração orgânica ou sistêmica sob o comando de um ou mais órgãos*” (FARIAS, 1999, p. 314).

Farias (2014, p. 47) também entende que se deve evitar a sobreposição de atuações, uma vez que “o significado do adjetivo ‘comum’ na Constituição Federal é inconfundível com as conotações que se reconhecem aos vocábulos ‘concorrente’ e ‘simultâneo’”. Leciona que o artigo 23 da CRFB “não implica – nem se pode conceber que implique – superposição de poderes, de modo a propiciar manifestações conflitantes ou contraditórias das diferentes pessoas políticas, em face de um mesmo assunto” (FARIAS, 2014, p. 40).

Entender que todos os entes devem fiscalizar ao mesmo tempo, ou independentemente de qualquer “benefício de ordem”, constitui equívoco não apenas pelo completo desprestígio do legislador, mas também porque imobiliza e torna absoluta determinada exegese constitucional, o que nem o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) admite, além de *não existir exegese do STF no sentido de que todos os entes precisam fazer tudo ao mesmo tempo ou independentemente de qualquer ordem*. A ADI 2.544 (BRASIL, 2006c), geralmente citada equivocadamente como decisão do STF no sentido de que todos os entes federativos devem fazer tudo ao mesmo tempo e com sobreposição, não tem esse alcance. Por sua vez, a LC nº 140/2011 não demitiu nenhum ente político de atuar ambientalmente, apenas regulou a eventual sobreposição, que de forma alguma aniquila a capacidade fiscalizatória dos outros entes, mas apenas impõe um “benefício de ordem” na fiscalização ambiental.

Ademais, a LC nº 140/2011 pode desenvolver e concretizar a CRFB, exatamente como deve ocorrer numa democracia, sendo perfeitamente válido racionalizar a atuação dos entes federados, ainda que alterando eventual exegese em sentido contrário, mesmo que esta seja do STF,⁴ o que não foi o caso.

⁴No MS 32.033/DF, o ministro Marco Aurélio lembrou: “Em diversas ocasiões [ADIs 152/MG, 122/DF e 2.253/ES], o Supremo havia fixado a interpretação de que a expressão ‘funções de magistério’, prevista no § 5º do artigo 40 da Constituição Federal, para efeito de cômputo de tempo de aposentadoria especial relativa à carreira de professor, deveria ser compreendida estritamente como ‘funções de docência exercidas em sala de aula’. O Tribunal chegou a editar o Verbete nº 726 da Súmula, estampado que, ‘para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de sala de aula’. Assim, o profissional ‘professor’ não poderia contar, para a aposentadoria especial da carreira, o tempo de atividade de caráter administrativo na área de educação, como a atividade de diretor de escola ou de coordenador escolar, sendo válido apenas o tempo de ensino propriamente dito – em sala de aula. Essa orientação foi posteriormente desafiada pela Lei federal nº 11.301, de 2006, segundo a qual ‘funções de magistério’, para efeito de concessão de aposentadoria especial aos professores, deveriam ser compreendidas como as ‘exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas’, incluídas, ‘além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico’. Ao expandir o sentido da expressão constitucional ‘funções de magistério’ para alcançar ‘educacionais prestados fora de sala de aula’ – direção, coordenação e assessoramento pedagógico –, o legislador ordinário, a toda evidência, procurou reverter a interpretação constitucional anteriormente consolidada pelo Supremo. A lei foi impugnada por meio da citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772. O autor – Procurador-Geral da República –

Alguns aspectos precisam ser destacados em relação à suposta obrigação de todos os entes federados (ou órgãos ou entidades) exercerem a fiscalização ambiental independentemente de qualquer ordem ou disciplina de atuação.

Frise-se, em primeiro lugar, que nem mesmo exegese do STF existe no sentido de que todos os entes precisam fazer tudo ao mesmo tempo, ou independentemente de qualquer ordem. Falta uma exegese do STF clara no sentido de que o artigo 23, parágrafo único, da CRFB, vedaria uma regulamentação racionalizadora. A ADI 2.544 apenas decidiu que a “inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas” (BRASIL, 2006c, p. 112).

Em outras palavras, a jurisprudência do STF está longe de impor ou admitir que mais entidades realizando a mesma tarefa são mais afinadas com a competência comum. O que os entes não podem é se demitirem dos encargos constitucionais de proteção constantes da competência comum para “descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios” (BRASIL, 2006c, p. 112). A LC nº 140/2011 não fez isso em momento algum; apenas regulou a eventual sobreposição, tornando prevalente ação fiscalizatória do ente licenciador, ou autorizador, em relação às atividades por ele licenciáveis, ou autorizáveis.

Desde a década de noventa, o Decreto nº 99.274/1990 (art. 21) (BRASIL, 1990) estipula que cabe ao Ibama, em caráter supletivo à atuação dos órgãos seccionais estaduais e dos órgãos locais, a fiscalização e o controle da aplicação de critérios, normas e padrões de qualidade ambiental do licenciamento ambiental, não sendo exatamente novidade a atuação supletiva em matéria de fiscalização, embora ela deva ser estendida também aos Estados em relação às competências municipais.

Não surpreende o fato de o tema ser regulado pelo Ibama. Na Portaria Ibama 24, de 16 de agosto de 2016 (Regulamento Interno de Fiscalização Ambiental – RIF) (BRASIL, 2016), essa autarquia ambiental federal tem atentado para a fiscalização supletiva, quando fundamentada em situações emergenciais, bem como à imprescindibilidade do seu planejamento, visando obter eficiência, racionalidade e econo-

sustentou que a norma implicou inobservância aos precedentes do Supremo, inclusive ao Verbete nº 726. O Supremo recusou os argumentos e reconheceu a superação, mediante lei ordinária, da interpretação anterior do artigo 40, § 5º, da Carta Federal, modificando, ele mesmo, a orientação antecedente quanto ao tema. Entrou no debate sobre os significados constitucionais com o legislador ordinário e *permitiu que a Constituição fosse desenvolvida e concretizada também na arena parlamentar, exatamente como deve ocorrer em uma democracia real*” (BRASIL, 2014a, p. [242-243], grifo nosso).

micidade no atuar administrativo (arts. 7º, I, II, III, XV, e 34).⁵

Conceber a competência comum como um dever de fiscalizar todas as demandas apresentadas ao órgão ambiental, seja administrativa, seja judicialmente, ou por qualquer tipo de denúncia, sem que haja um benefício de ordem, traria consideráveis prejuízos ao bom funcionamento da federação, *transformando a competência comum em competência do que foi primeiro demandado ou que teve ciência da infração ambiental*, o que fere o senso do federalismo cooperativo lastreado no princípio constitucional da subsidiariedade. Em vista disso, o Ibama estabeleceu, na já citada Portaria Ibama 24/2016, que aprovou o seu RIF:

Art. 42. Com o objetivo de otimizar a capacidade instalada da fiscalização ambiental e priorizar o emprego estratégico dos recursos, o atendimento das denúncias será efetuado com base na prevalência de competências do Ibama, remetendo-se os demais casos ao órgão ambiental do ente federativo que detiver a competência de sua fiscalização ambiental (BRASIL, 2016, p. 81).

O que a LC nº 140/2011 preceitua, ao reconhecer a competência comum para fisca-

⁵“Art. 7º. São diretrizes gerais para a fiscalização ambiental: I – realizar a fiscalização ambiental em conformidade com a *prevalência das competências estabelecidas pela Lei Complementar nº 140*, de 8 de dezembro de 2011, e pelas demais normas vigentes sobre o assunto; II – realizar a fiscalização ambiental em caráter *supletivo ou subsidiário, quando explicitado formalmente ou em situações emergenciais*; III – realizar ações de fiscalização ambiental alinhadas às diretrizes e orientações estabelecidas pela Presidência do Ibama e pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA), em consonância com a política nacional do meio ambiente; [...] XV – realizar ações de fiscalização ambiental de forma articulada com outras instituições visando otimizar resultados a partir da integração de esforços; [...] Art. 34. A fiscalização ambiental deve empregar o planejamento como instrumento para a definição de objetivos, ações e estratégias, e para a organização e o emprego eficiente e eficaz de pessoal, recursos financeiros, infraestrutura e demais meios, visando obter os melhores resultados possíveis no combate aos ilícitos ambientais” (BRASIL, 2016, p. 79-80).

lizar (art. 17, § 3º), é que compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização fiscalizar eventuais infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada (art. 17, *caput*). *Estabelece uma prevalência que de forma alguma aniquila a capacidade fiscalizatória dos outros entes, mas impõe, a ser analisado sob a ótica da subsidiariedade, um benefício de ordem na fiscalização ambiental*. Esse benefício de ordem não exclui a iniciativa do órgão ou entidade ambiental não prevalente para fiscalizar o que estiver em seu planejamento, em sua área discricionária.

No sistema da LC nº 140/2011, previram-se duas formas de supletividade na atuação dos entes públicos: uma de forma categórica, em relação ao licenciamento ambiental (art. 15), e a outra, de forma menos incisiva, em relação à fiscalização (art. 17). Na primeira das formas, a LC nº 140/2011 excluiu apenas a intervenção decisória de outros entes, mantendo a tomada de decisão no licenciamento ambiental em único nível (art. 13), mas não os alija do processo de licenciamento ambiental mediante participação meramente opinativa – não vinculante (art. 13, § 1º); na outra, apenas manteve a prevalência fiscalizatória do órgão licenciador ou autorizador (art. 17, § 3º), mas também não admitiu a manutenção da atuação por mais de um ente ou a prevalência sobre o posicionamento do ente responsável pelo licenciamento ou autorização ambientais (fiscalizador primário) (BRASIL, 2013, p. 10-11; BIM, 2016, p. 77; FARIAS, 2013, p. 127). No plano da fiscalização, a LC nº 140/2011 vai além, ao prever que existe uma solidariedade cautelar para proteger o meio ambiente (art. 17, § 2º), que será explicada detalhadamente à frente, mas, mesmo assim, mantém a competência do órgão competente:

Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis (BRASIL, 2011).

A LC nº 140/2011 não almejou alijar os entes não primariamente competentes da fiscalização ambiental (art. 17, § 3º), mas impôs uma exigência: a de que existe uma ordem a ser seguida. Em termos impositivos, é o licenciador ou o autorizador do empreendimento ou atividade que tem o dever primário de fiscalizar, ainda que a atividade não tenha sido licenciada ou autorizada. Se o empreendimento ou atividade estiver localizado dentro de unidade de conservação (UC), seu órgão gestor também tem o dever primário de fiscalizar conjuntamente com o órgão licenciador.

Destaque-se: mesmo em se tratando de *atividades não licenciáveis ou autorizáveis, deve-se buscar o máximo possível, pela aplicação do princípio constitucional da subsidiariedade, deixar ao ente federativo municipal ou estadual a incumbência dessas atividades*, somente passando para os entes de maior abrangência territorial (Estados e União) quando o de menor abrangência não conseguir se desincumbir do encargo. Isso não significa que haveria vedação à fiscalização ambiental por entes menos próximos, com maior abrangência territorial, mas apenas que, em termos de dever, existe uma espécie de “benefício de ordem”.

Como visto, um dos pilares do federalismo democrático, como é o brasileiro, o princípio da subsidiariedade (institucional), tem como ideia central a de que apenas “quando ao nível inferior não seja possível a realização de determinada ação, de igual ou melhor forma, é que o nível superior deve receber a competência para agir” (ZIMMERMANN, 2005, p. 201).

O princípio da subsidiariedade pode ser aplicado nas relações entre estado e sociedade (estatal) e nas relações intergovernamentais (institucional) (TORRES, 2001, p. 123). Consequentemente, a União não deve assumir competências que podem ser efetuadas de forma mais eficiente pelos Estados, e estes, por sua vez, não devem fazer aquilo que pode ser executado pelo Município, evitando-se, dessa forma, sobreposição de funções, com desperdício de recursos estatais, prestigiando-se a eficiência e a economicidade. Não por outro motivo que Zimmermann (2005, p. 204) aduz que o princípio da subsidiariedade acarreta a justificável preocupação em “conferir à União apenas aquelas competências que não possam ser reservadas aos Estados, ou mais preferencialmente aos próprios Municípios”.

No Peru, Lanegra Quispe (2008, p. 93), depois de recordar que é um princípio fundamental da organização estatal evitar a existência de duas ou mais entidades com a mesma função, “pois isso implicaria em uma duplicidade que gera, de um lado, desperdício de recursos e, de outro, do administrado, introduz elemento de incerteza que pode resultar em relevantes custos privados e sociais”, doutrinou que a distribuição vertical de competências em matéria ambiental centra-se em dois critérios: o princípio da subsidiariedade e do rigor subsidiário. Pelo princípio da subsidiariedade, segundo Lanegra Quispe (2008, p. 96-97),

a função ambiental específica deve ser desenvolvida pelo nível de governo mais próximo da população, portanto, o governo nacional não deve assumir competências que podem ser cumpridas mais eficientemente pelos governos estaduais, e estes, por sua vez, não devem fazer aquilo que pode ser executado pelos governos municipais, evitando-se a duplicidade e superposição de funções.

A atuação política coordenada entre os entes federativos é o fundamento do federalismo cooperativo (LAMY, 2009, p. 14), infringindo esse fundamento a concepção de que todos devem fiscalizar independentemente da regra de ouro do federalismo (princípio da subsidiariedade institucional).

Nem se pode argumentar que quanto mais órgãos ambientais fiscalizarem, melhor para o meio ambiente. O argumento é falacioso porque ignora que uma atuação desordenada com sobreposições gera proteção ambiental deficiente porque há manifesta perda de eficiência na fiscalização. Dois órgãos protegendo ambientalmente o mesmo objeto impossibilita que um deles possa fiscalizar outro ainda não fiscalizado, diminuindo a proteção ambiental efetuada globalmente considerada.

Ademais, haveria ainda mais ineficiência porque a probabilidade de existirem conflitos entre os órgãos ambientais aumentaria, gerando dispêndio adicional de energia para resolver esses conflitos, energia essa que poderia ser utilizada na fiscalização ambiental em si. Como destacado por Yoshida (2010, p. 222), a proteção múltipla prevista em nosso sistema federativo “tem a *desvantagem de ser o cerne de conflitos e de superposição de jurisdições, competências e atribuições* que oneram, retardam e por vezes dificultam e mesmo inviabilizam a efetividade da proteção ao meio ambiente e à qualidade de vida”.

Por isso, doutrina-se que a definição de competência é uma boa política para evitar sobreposições e conflitos entre os órgãos de fiscalização ambiental (LORENZETTI, 2010, p. 114). A definição de competências administrativas ambientais é, então, fundamental para evitar desperdício da capacidade estatal para fiscalizar o meio ambiente.

Deve-se destacar que não há alijamento de competência. A subsidiariedade nada mais é do que o substrato organizativo do federalismo, sendo-lhe imanente e estando incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, pelo artigo 23 da CRFB (competências comuns) (TORRES, 2001, p. 212-242). A própria lei que criou o Ibama preceitua que compete à essa autarquia “executar as ações supletivas de competência da União” (Lei nº 7.735/1989, art. 2º, III) (BRASIL, 1989a), corroborando o quão equivocado é, por cima da discricionariedade, pretender que essa autarquia exerça a fiscalização ambiental antes dos entes (locais) ou mesmo outros órgãos e entidades federais primariamente competentes.

As competências dos órgãos e entidades públicas nada mais são que poderes, poderes-deveres, mas deveres a serem exercidos em certa ordem, sem saltos, mantendo a coerência federativa e a prevalência estabelecida pela LC nº 140/2011.

Entretanto, *a faculdade de fiscalizar dentro de sua esfera discricionária, independentemente da ordem imposta pelo princípio da subsidiariedade, não pode se transformar em um dever de fiscalizar o que lhe for pedido, administrativa ou judicialmente, sem que haja um benefício de ordem*. Como destacado, isso acarretaria uma irresponsabilidade pública à federação e transformaria a competência comum em competência do que foi primeiro demandado ou do que teve ciência da infração ambiental, o que fere a regra de ouro do federalismo cooperativo e, *ipso facto*, o princípio constitucional da subsidiariedade.

Dentro da discricionariedade para fiscalizar atividades lesivas ao meio ambiente, deve ser destacado que existe um interesse nacional para fiscalizar algumas atividades, uma vez que o Estado brasileiro precisa cumprir metas acordadas no plano internacional, o que de forma alguma se traduz em alguma exclusividade. A Orientação Jurídica Normativa (OJN) 49/2013 da Procuradoria Federal Especializada junto ao Ibama (PFE-Ibama) sintetizou esse tipo de questão ao destacar o desmatamento na Amazônia.⁶

⁶“De outro modo, sabe-se existirem situações que, por certas especificidades, demandam atuação concreta do órgão que se encontra em fiscalização em campo, ainda que não seja esse o ente licenciador. Há operações incluídas em planos de fiscalização, já em processo de realização, que contemplam, de forma racional e eficiente, vários empreendimentos e atividades, cuja regularidade ambiental será apurada em grupo. Em tais casos, haverá razão operacional que justifique uma atuação imediata, mesmo porque a efetividade da ação poderá ser útil aos fins da operação como um todo. Perceba-se que em tais operações, previamente planejadas, há toda uma logística de atuação, que garante resultado e concretização dos objetivos buscados, a partir de uma estrutura pré-montada. Ademais, por se incluir no planejamento da entidade, como é exemplo concreto para o Ibama o combate ao desmatamento na Região Amazônica Brasileira, presume-se a alta relevância de ordem nacional da sua plena realização pelo órgão dela incumbido” (BRASIL, 2013, p. 21).

Nem mesmo a eventual atuação fiscalizatória do ente federativo em sua competência não prioritária atrairá automaticamente a sua competência para ações que extrapolem a esfera administrativa. Assim, ações civis públicas ou populares não necessariamente serão ajuizadas ou contarão com a participação ativa do órgão ambiental fiscalizador se isso competir, sob a ótica do princípio da subsidiariedade, preferencialmente a outros órgãos. Poderão ser, mas não serão necessariamente.

A própria Portaria Conjunta 2, de 26 de agosto de 2014, assinada entre o Ibama e a PFE-IBAMA/PGF/AGU (BRASIL, 2014b, p. 123), encampa tal entendimento, ao preceituar em seu artigo 2º que o ajuizamento das ações civis públicas ambientais será focado na atuação prioritária da autarquia e naquele decorrente do seu planejamento. Em um dos *consideranda* de tal portaria conjunta, essa questão fica ainda mais clara:

Considerando a necessidade de planejamento da propositura de ações civis públicas pelo IBAMA de modo a conformar sua atuação institucional com os comandos normativos contidos na Lei Complementar n. 140/2011 e na Lei n. 12.651/2012, buscando uma priorização na propositura de ações relacionadas às competências administrativas prevalentes da Autarquia, sem prejuízo da atuação supletiva dirigida a questões julgadas mais relevantes segundo planejamentos nacional e local da Autarquia;

O caso das áreas de preservação permanente é ilustrativo quanto a esse ponto. O licenciamento ou autorização nas hipóteses cabíveis para ocupação nas APPs, consoante a LC nº 140/2011 (art. 8º, XIV e XVI), o novo Código Florestal (arts. 7º, 8º e 26) (BRASIL, 2012) e a Resolução Conama 369 (art. 4º, § 1º) (BRASIL, 2006b), competem ao Estado-membro, assim como a fiscalização dessas autorizações e, por óbvio, a fiscalização de eventuais ocupações não autorizadas, por força do disposto no artigo 17 da LC nº 140/2011.

Dessa forma, não se pode ordenar que o órgão ambiental não prevalente efetive a fiscalização ambiental antes de se esgotar a ordem federativa imposta pelo princípio constitucional da subsidiariedade, mero reflexo do federalismo adotado pela CRFB.

4. Ausência do dever do Ibama de fiscalizar de forma primária edificações irregulares

O Ibama não tem – e nem tinha – competência para licenciar construções irregulares, estejam elas localizadas em terrenos da União, áreas

de preservação permanente (APPs) ou áreas de proteção ambiental (APAs, espécie de UC), ainda que estas sejam federais, uma vez que sob a égide da legislação revogada pela LC nº 140/2011, a Resolução Conama 237/1997, art. 4º, I (BRASIL, 1997b), somente era prevista a competência para licenciar se a unidade de conservação fosse de domínio federal, o que pressupunha (i) instituição pela União e (ii) sua dominialidade (propriedade).

Com o advento da LC nº 140/2011, artigo 7º, XIV, “d”, não apenas esse critério foi substituído pelo de criação, como foram expressamente excluídas as APAs. Consta do dispositivo: “d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs)”.

Ademais, o fato de se tratar de construção ou atividade em área de UC de domínio da União, por si só, não deflagrava a competência do Ibama para licenciar, pois ainda se exigiria significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional do empreendimento ou atividade, o que não é o caso de ocupações irregulares.

Pela Resolução Conama 237/1997, para haver competência do Ibama, deveria existir significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional (art. 4º, *caput*). Não bastava que a área estivesse em UC instituída e de domínio da União e o empreendimento ou atividade não fosse de significativo impacto ambiental, uma vez que os incisos do artigo 4º devem ser lidos em consonância com o *caput*. Além disso, a previsão da Resolução Conama 237/1997 regulava a competência licenciatória do Ibama nos moldes estabelecidos pela Lei nº 7.804/1989 (BRASIL, 1989b), que alterou o artigo 10, § 4º, da Lei nº 6.938/1981 (BRASIL, 1981).⁷ Foi esse dispositivo legal, hoje revogado pela LC nº 140/2011, que a Resolução Conama 237/1997 regulou, e ele não deixa margem de dúvida sobre a necessidade de se ter significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, para autorizar a competência do Ibama.

Em suma, a Conama regulamentou o significativo impacto ambiental descrevendo as situações nas quais ele ocorreria. No entanto, essas situações não eram meramente formais, havia a necessidade de trazer substancialidade ao conceito de significativo impacto ambiental, como foi reconhecido na OJN 51/2015/PFE-IBAMA/PGF/AGU (BRASIL, 2015a), sob pena de ignorar a Lei nº 6.938/1981 e a CRFB.

Tal situação fica ainda mais clara com o advento da LC nº 140/2011, que, ao eliminar o critério de significativo impacto ambiental, previu as

⁷§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA o licenciamento previsto no *caput* deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional” (BRASIL, 1981).

competências licenciatórias em seu artigo 7º, excluindo expressamente do licenciamento federal atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em APA federal (XIV, “d”).

A incompetência do Ibama em licenciar acarreta a aplicação do princípio constitucional da subsidiariedade nas atividades de fiscalização ambiental. A competência para fiscalizar, sob o ponto de vista primário, no regime estabelecido pela LC nº 140/2011 (art. 17), atrela-se à competência para licenciar, que, como visto, não pertence ao Ibama.

Deve-se entender por órgão competente primariamente para fiscalizar aquele que detém competência para licenciar, ainda que em tese a atividade ou empreendimento – não excluindo por completo a competência fiscalizatória de outros entes, uma vez que estes podem atuar baseados na competência comum para a proteção do meio ambiente (CRFB, art. 23), mas sempre de acordo com sua discricionariedade em termos de combate a infrações ambientais, balanceando dois valores constitucionais: a competência comum e o princípio da subsidiariedade. No sistema normativo vigente, os órgãos e entidades de proteção ambiental, nas diversas esferas da Federação, não podem ser obrigados a fiscalizar, sem que haja a comprovação da impossibilidade de fiscalização pelo órgão ou entidade competente para licenciar (primariamente competente para fiscalizar), aplicando-se aqui a supletividade.

Existe uma equivocada concepção de que se pode chamar qualquer órgão do Sisnama com competência para fiscalizar para exercer a proteção do meio ambiente, o que sempre se configurou equivocado, especialmente após a LC nº 140/2011.

A competência comum para fiscalizar o meio ambiente deve ser lida à luz do federalismo cooperativo, especialmente pelo princípio constitucional da subsidiariedade, o que traz a necessidade de garantir a prerrogativa do ente primariamente competente, criando uma espécie de “benefício de ordem” entre os entes federativos e órgãos/entidades do Sisnama, para proceder à fiscalização ambiental. Sob o ponto de vista do ente que não detém competência primária para fiscalizar, há que se garantir o seu poder/dever de agir de acordo com o seu planejamento estratégico, na sua zona de discricionariedade, ainda que haja benefício de ordem em termos de fiscalização.

Ademais, nem a competência para fiscalizar, nem a para licenciar baseiam-se na dominialidade do imóvel, mas nos critérios da LC nº 140/2011, fazendo com que terrenos de marinha (bens da União) estejam fora de suas finalidades institucionais primárias. A Advocacia Geral da União (AGU) já enfrentou o mesmo problema em diversos pareceres jurídicos, sendo esses entendimentos cristalizados na OJN 52/2015/PFE-IBAMA (BRASIL, 2015b), aprovada pela Presidência

do Ibama e, conseqüentemente, vinculando todos os seus membros. Este trecho da sua ementa é elucidativo:

I. Solicitação da SPU para levantamento de áreas de preservação permanente em terrenos de marinha.

II. Atividade que não compete ao Ibama, eis que não consta do rol de suas finalidades institucionais (Lei nº 7.735, de 1989, Decreto Federal nº 6.099, de 2007, Anexo da Portaria do Ministério do Meio Ambiente nº 341, de 31 de agosto de 2011).

III. De acordo com a Lei Complementar nº 140, de 2011, os Órgãos do SISNAMA devem focar a sua atuação fiscalizadora primordialmente nos empreendimentos/atividades que licenciam.

IV. Diante da regra do artigo 7º, inciso XIV, combinado com artigo 17, ambos da LCP 140, pode-se asseverar que não é atribuição primária do Ibama a fiscalização dos imóveis da União, localizados na costa brasileira.

V. O exercício das ações de fiscalização, pelo Ibama, está pautado em política traçada em lei e em diretrizes emanadas do Poder Executivo Federal, as quais se materializam no Plano Anual de Proteção Ambiental – PNAPA (BRASIL, 2015b, p. 1).

Diante desse quadro, como o Ibama não licencia em bens da União, APPs ou mesmo APAs, ainda que federais, essa fiscalização cabe ao órgão estadual de meio ambiente (OEMA) ou mesmo ao municipal, órgãos que podem licenciar dentro da APA, inclusive as federais, APPs ou bens da União, como são os terrenos de marinha.

Em suma, o fato de existirem ocupações em alguns imóveis da União não atrai o licenciamento para a esfera federal – e, de forma solidária, à fiscalização –, devendo ser chamados primeiro os órgãos locais de meio ambiente para fazê-lo, caso não haja órgão

licenciador definido ou gestor da unidade de conservação.

5. A competência fiscalizatória do órgão gestor de unidade de conservação somente é subsidiária em relação ao órgão licenciador se houver lei nesse sentido

A competência fiscalizatória é também um benefício de ordem em relação às UCs. O caso mais comum é na esfera federal, motivo pelo qual se analisará a questão sob a ótica da relação entre o ICMBio e o Ibama.

Em alguns casos, o Ibama é demandado para fiscalizar UC por causa do disposto no ato (decreto ou lei) de criação da UC, que preceitua ser sua atribuição gerir a UC. Entretanto, quando os atos constitutivos da UC forem anteriores a 2007, data de criação do ICMBio, deve-se considerar esta autarquia, e não o Ibama, como o ente adequado para a fiscalização ambiental. A mera menção do Ibama não tem mais efeitos após a criação do ICMBio.

Em outros casos, o Ibama é demandado porque detém competência supletiva para gerir a UC. Nessa situação, não se pode perder de vista que o dever primário de exercer a fiscalização ambiental é do órgão licenciador e do órgão gestor da UC na qual se encontra o empreendimento ou atividade, embora possa haver concorrência no exercício da atividade de fiscalização no mesmo nível de competência quando os órgãos gestores das UCs têm personalidade jurídica apartada do órgão licenciador e fiscalizador, como ocorre no nível federal e em alguns Estados-membros e Municípios. Em outras palavras, não apenas entre os entes federativos há uma espécie de benefício de ordem; dentro desses entes também pode haver.

É a legislação do ente federativo que ditará a relação entre os órgãos e entidades públicas ambientais, presumindo-se que o órgão com competência primária para fiscalizar seja o gestor da UC, tendo em vista sua especialidade em relação ao licenciador.

No âmbito federal, o Ibama tem competência para *licenciar e fiscalizar*, ao passo que a atribuição do ICMBio é *gerir e fiscalizar* as UCs federais. A competência primária para a fiscalização ambiental nas áreas das UCs, bem como nas respectivas zonas de amortecimento (ZAs), pertence ao órgão gestor da UC. A ZA também está sob o poder de polícia do órgão gestor da UC, porque sua função é proteger a própria UC, sendo, do ponto de vista dos atributos que justificaram a criação da UC, dela indissociável, embora não a integre e, conseqüentemente, não atraia a competência para licenciar.

A Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) prevê os órgãos executores do sistema em todos os níveis federativos, especificando, na esfera federal, que o órgão executor é o ICMBio, tendo o Ibama competência supletiva (Lei nº 9.985/2000, art. 6º, III) (BRASIL, 2000).

Na Lei nº 11.516/2007 (BRASIL, 2007), que criou o ICMBio, está expresso que compete a essa autarquia o exercício do poder de polícia ambiental para a proteção das UCs instituídas pela União (art. 1º, IV), o que não exclui o poder de polícia supletivo a ser exercido pelo Ibama (art. 1º, parágrafo único). No âmbito federal, o ICMBio, em regra, é o ente competente para a fiscalização ambiental quando está em jogo UC federal, somente se admitindo a fiscalização pelo Ibama pela competência supletiva, excetuado o caso de medidas cautelares (LC nº 140/2011, art. 17, § 2º) (BRASIL, 2011) e (Lei nº 9.784/1999, art. 45) (BRASIL, 1999).

Entretanto, o Ibama somente deverá atuar quando houver omissão do ICMBio, o que pressupõe que ele tenha sido provocado e se tenha mantido inerte; e, quando a competência para licenciar não for federal, quando da omissão do órgão licenciador primário. Não basta, portanto, a pura e simples ocorrência de um ilícito ambiental não fiscalizado dentro de uma UC, ou de sua ZA, para caracterizar a omissão da entidade primariamente competente que deflagra a competência fiscalizatória supletiva. Observe-se que caso o ente competente para licenciar a atividade ou empreendimento não seja o Ibama, ainda se deve intercalar, entre a competência do ICMBio e do Ibama, a competência primária de quem é competente para licenciar, estabelecida pela LC nº 140/2011.

6. Empreendimentos ou atividades em dominialidade federal e inseridos no patrimônio nacional, por si só, não atraem a competência do Ibama para licenciar ou fiscalizar de forma primária

Um equívoco comum é entender a competência do órgão licenciador federal para proceder ao licenciamento ou mesmo à fiscalização ambiental somente porque a área é da União ou é considerada patrimônio nacional (Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira).

A competência ambiental para licenciar não é delimitada pela titularidade do bem. Não existe princípio jurídico algum que atribua competência para fiscalizar ou licenciar baseado pura e simplesmente na dominialidade do imóvel. Quando a relação de dominialidade é relevante para esse fim, a LC

nº 140/2011 ou a legislação precedente expressamente se referem a ela. Equivocado, dessa forma, pretender atribuir à União o licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades realizadas em seu patrimônio, como observa a AGU e a doutrina (SOUZA, 2009, p. 480-482).

Assim é que, desde o Parecer 1.853/1998/CONJUR-MMA/CGU/AGU (BRASIL, 1998b), a AGU entende que o critério para licenciar não se vincula à titularidade de bens.⁸ Esse entendimento também está no Parecer 312/2004 CONJUR-MMA/CGU/AGU (BRASIL, 2004), que teve aprovação ministerial, tornando-o vinculante aos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas (LC nº 73/1993, art. 42):

a titularidade do bem afetado pela atividade ou empreendimento não define a competência do membro do SISNAMA para realização do licenciamento ambiental. Tal critério contraria o art. 10 da Lei 6.938/81 e as disposições do CONAMA sobre o tema (BRASIL, 2004).

Tal entendimento foi cristalizado, mais recentemente, na OJN 15/2010/PFE-IBAMA/PGF/AGU:

O critério da titularidade não pode ser aplicado per si sob pena de virem à tona inúmeros conflitos. Imagine-se a situação em que uma atividade de impacto ambiental local (competência municipal) é realizada em um rio estadual (competência do estado-membro), dentro de uma unidade de conservação de domínio da União (competência do IBAMA).

A adoção desse critério inviabilizaria as atividades da autarquia federal, que teria que licenciar todos os empreendimentos, em toda a zona costeira, mesmo que de impactos meramente locais (BRASIL, 2010, p. [5]).

Deve-se destacar que o poder de polícia sobre o patrimônio público da União contra ocupações irregulares é da Secretaria de Patrimônio da União (SPU), órgão do Ministério do Planejamento, Orçamento e

⁸ “não há contradição entre o regime constitucional dos bens da União e o fato de ser o licenciamento ambiental realizado pelos órgãos estaduais ou municipais integrantes do SISNAMA, dada a preponderância do interesse público sobre o domínio do bem. Não há direito de propriedade da União sobre os bens de seu domínio tal qual a do particular, posto que são bens de uso comum do povo, e portanto, patrimônio de toda a Nação. O critério utilizado pela lei para efeito de fixação das competências não decorre do regime constitucional dos bens da União, pois a licença é um instrumento administrativo de gestão ambiental. A competência administrativa em matéria ambiental é repartida politicamente para os três níveis de governo por força do texto constitucional. O critério adotado pelo legislador na Lei 6938/81, para efeito de divisão das competências é o do dano e não do bem ou localização da atividade ou empreendimento. O conceito de domínio, administração e utilização dos bens públicos não se vincula com o instituto do licenciamento ambiental, eis que são institutos distintos e por conseguinte tratados em legislação própria. Por fim, o licenciamento ambiental de uma atividade não implica no uso ou alteração de regime do bem público” (BRASIL, 1998b).

Gestão (MPOG), não do órgão ambiental. Sob o prisma ambiental, é irrelevante o fato de o domínio ser da União.

A Lei nº 9.636/1998 (BRASIL, 1998) é categórica sobre o dever da União de fiscalizar as posses e ocupações irregulares (art. 10^o). A Instrução Normativa SPU 1/2017 (BRASIL, 2017a) disciplina a atividade de fiscalização dos imóveis da União.

A fiscalização é considerada como atividade desenvolvida pela SPU com o fito de verificar as condições de ocupação dos imóveis da União e apurar as possíveis irregularidades quanto ao uso e à ocupação dos bens imóveis da União, ao passo que é aconselhável que seja realizada sempre que possível com o olhar sob o ordenamento territorial, não se limitando às fiscalizações pontuais, conforme manual “Perguntas e Respostas (IN 01/2017 – Fiscalização dos Imóveis da União)”.

Esse é o espírito que anima a leitura da AGU sobre a questão estampada na OJN 52/2015/PFE-IBAMA. O dever de recuperar área, ainda que do ponto de vista ambiental, é do titular do domínio, posse ou detenção do bem. Dessa forma, não se pode confundir as atribuições ambientais dos órgãos ambientais com as da SPU.

Caso que merece análise específica dos bens da União é o das *florestas públicas*, uma vez que por vezes se tenta imputar ao Ibama obrigação de gerir as florestas públicas, competência do Serviço Florestal Brasileiro (SFB).

Pela definição legal, florestas públicas são aquelas “florestas, naturais ou plantadas, localizadas nos diversos biomas brasileiros, em bens sob o domínio da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal ou das entidades da administração indireta” (Lei nº 11.284/2006, art. 3^o, I) (BRASIL, 2006a). Segundo essa lei, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas, foi criado, na estrutura básica do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro – SFB (art. 54), que “atua exclusivamente na gestão das florestas públicas” (art. 55). Nesse mister de gestão, o SFB promoverá a articulação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para a execução de suas atividades de forma compatível com a Política Nacional do Meio Ambiente (art. 55, § 1^o).

Importa lembrar que somente podem ser florestas públicas as que estejam em domínio do Estado e que se caracterizem como tal, não podendo se valer do fato de ser terreno público e contar com, por exemplo, restinga para ser floresta pública. Conforme destacado no

⁹“Art. 10. Constatada a existência de posses ou ocupações em desacordo com o disposto nesta Lei, a União deverá imitir-se sumariamente na posse do imóvel, cancelando-se as inscrições eventualmente realizadas” (BRASIL, 1998a).

Parecer 80/2015/COJUD/PFE-IBAMA (PA 00435.005036/2015-64):

I – Não é qualquer vegetação em imóvel de domínio da União deve ser considerada como floresta pública federal para fins de definição de competências administrativas. Floresta e restinga são formações vegetais distintas. Mera questão dominial que não atrai a competência do Ibama (OJN 52/2015/PFE-IBAMA/PGF/AGU). Inexistência de competência para fins do artigo 7º da LC 140/11 (BRASIL, 2015c).

Destaque-se que o entendimento técnico do Ibama era igual ao da PFE-Ibama, uma vez que a Diretoria de Uso Sustentável da Biodiversidade e Florestas (DBFLO/IBAMA) do Ibama rechaçou expressamente a tese de que qualquer vegetação em imóvel de domínio da União deve ser considerada como floresta pública federal para fins de definição de competências administrativas (BRASIL, 2015d). Quem tem competência para definir as florestas públicas federais é o SFB (BRASIL, 2015b).

De qualquer forma, a União aprova o manejo e a supressão de vegetação, de florestas e formações sucessoras em florestas públicas federais, terras devolutas federais ou UCs instituídas pela União, *exceto em APAs* (LC nº 140/2011, art. 7º, XV, “a”). Se as florestas públicas estiverem dentro de UCs federais, a competência primária é do órgão gestor da UC, o ICMBio.

Outra faceta dessa questão é a do *patrimônio nacional*. Por constar da CRFB que a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional (art. 225, § 4º), outrora se entendeu que a competência para fiscalizar ou licenciar seria da União, ainda que não houvesse norma alguma nesse sentido. O próprio STF rechaçou a visão de que o artigo 225, § 4º transformaria o que foi chama-

do de patrimônio nacional em bens da União (RE 259.267) (BRASIL, 2003) ou mesmo em bens públicos (RE 134.297) (BRASIL, 1995).

Essa previsão como patrimônio nacional “não lhes confere a qualidade de serem bens da União ou de exclusivo interesse nacional. Significa, antes, tratar-se de bens de todos os brasileiros” (STAUT JUNIOR, 2004, p. 3.866). Dantas (2009, p. 26) também perfila tal entendimento: “é mais do que evidente que os ecossistemas indicados no mandamento constitucional em apreço não são bens da União, estes que se encontram arrolados no art. 20 da mesma Carta. Não é necessário ir muito longe para constatar que patrimônio nacional é patrimônio da nação, de todos os indivíduos, da coletividade, e não da pessoa jurídica de direito público”.

Assim, a previsão do artigo 225, § 4º, da CRFB, não interfere na competência para licenciar ou fiscalizar. Como destaca Staut Junior (2004, p. 3.870):

A adjetivação “patrimônio nacional” substancia a especial relevância dos respectivos ecossistemas para toda a sociedade brasileira, no sentido de que sua utilização esteja sempre subordinada ao designio de sua preservação. Todavia, não importa o referido dispositivo em estabelecer interesse exclusivo da União sobre o referido patrimônio, de modo a deslocar competências administrativas ou mesmo jurisdicionais.

Nesse caso, mantém-se a regra: a competência do Estado-membro para o licenciamento ou a fiscalização ambiental.

Dada a inexistência de um princípio que atribua a fiscalização ambiental à União, a PFE-Ibama expressamente afastou a competência do Ibama para fiscalizar prioritariamente imóveis na zona costeira. Tal entendimento foi encampado na OJN 52/2015/PFE-IBAMA/PGF/AGU, como já visto: o Ibama

não atua em casos de terreno de marinha; as questões patrimoniais são da alçada da SPU/MPOG (União) e as ambientais do Município ou Estado. Consequentemente, o fato de a SPU ter que dar autorização para a realização da obra, por se encontrar em sua propriedade, não atrai a competência da União (Ibama) para licenciá-la e, *ipso facto*, fiscalizá-la prioritariamente.

Por fim, cabe tecer rápidas considerações – pois foram exaustivamente analisadas no Parecer 35/2017/COJUD/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU (BRASIL, 2017e) – sobre a competência ambiental da União em empreendimentos e atividades localizados no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva, pela confusão que ela pode causar com os empreendimentos e atividades terra-mar e os localizados em águas interiores.

O fato de um empreendimento se encontrar em terra e no mar ao mesmo tempo atrai a competência licenciatória do Estado-membro (LC nº 140/2011, art. 7º, parágrafo único), salvo se estiver previsto em tipologia da União, prevalecendo sobre a previsão que atribui à União os localizados em mar territorial (art. 7º, XIV, “b”), pois é da boa hermenêutica que a regra especial prevalece sobre a regra geral.

b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva; [...]

Parágrafo único. O licenciamento dos empreendimentos cuja localização compreenda concomitantemente áreas das faixas terrestre e marítima da zona costeira será de atribuição da União exclusivamente nos casos previstos em tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento (BRASIL, 2011).

A competência da União de promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades “localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva” (art. 7º, XIV, “b”) *deve ser* lida de forma sistemática com o parágrafo único do mesmo artigo 7º; caso contrário, a aplicação desse último dispositivo seria pífia, esvaziando a expressão “compreenda concomitantemente áreas das faixas terrestre e marítima da zona costeira”, uma vez que a porção do mar integrado à zona costeira avança até o limite do mar territorial (Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro – PNGC II, aprovado pela Resolução CIRM 5/1997) (BRASIL, 1997a).

Dentro da competência da União, destaque-se que ela sofre interpretação restritiva porque prevista em rol taxativo, não fazendo com

que o mar territorial seja sinônimo de águas interiores, ainda que marítimas, pois ele se caracteriza somente após a linha de base.

7. O conceito de omissão para deflagrar a competência supletiva compulsória e a competência primária municipal para ocupações irregulares

É importante destacar exatamente o que se entende por omissão do órgão primariamente competente e o que autoriza a deflagração da subsidiariedade, em termos de fiscalização, dos demais órgãos do Sisnama, até chegar ao Ibama.

O Ibama somente pode ser obrigado a fiscalizar as APPs, entre outras, após a prova de que o Estado-membro ou o Município, que detêm a competência primária para o exercício do poder de polícia ambiental nessas áreas, não têm a mínima condição de fazê-lo (benefício de ordem). Tal leitura deve ocorrer sob o pálio do princípio da subsidiariedade e sem salto: omissão do Município enseja a atuação do Estado-membro; omissão do Estado-membro enseja a atuação da União. Essa escala gera o que se chama aqui de *competência supletiva compulsória*, quando o órgão ambiental tem o dever de atuar, não apenas a faculdade decorrente de sua discricionariedade ou planejamento estratégico.

Não é qualquer inércia, contudo, que instalará o dever fiscalizatório em matéria fiscalizatória. Se a mera omissão a caracterizasse, haveria sobrecarga de trabalho para algum dos entes da federação, estimulando uma irresponsabilidade federativa. É preceito hermenêutico que se devem evitar exegeses que conduzam ao absurdo, como seria a que deslocasse o dever primário de fiscalização para outro ente apenas porque o detentor original

deixou de agir em determinado caso concreto. É imperioso que se constate que a inércia decorre de falta de infraestrutura capaz de tornar completamente inoperante o órgão estadual ou o municipal, ou propenso a uma omissão dolosa, fazendo profunda investigação nesse sentido e esgotando os meios para tanto, administrativos ou judiciais.

Caso contrário, qualquer inação deslocaria o dever primário do ente federativo competente para os demais, o que geraria sobrecarga desarrazoada e prejudicaria a sua competência prioritária – e, *ipso facto*, a razão de ser do próprio federalismo cooperativo, ao esgotar seus recursos de realizar um trabalho que deveria estar sendo realizado por outro ente federativo, aniquilando ainda sua capacidade operacional em planejar uma fiscalização estratégica.

Um critério interessante para caracterizar tal omissão seria a aplicação por analogia dos critérios da LC nº 140/2011 (art. 15), ressaltando que o conceito de órgão capacitado não pode adotar a definição usada para fins de delegação (art. 5º, parágrafo único). Na questão da delegação, a LC nº 140/2011 foi rigorosa ao não permitir delegações para órgãos que fossem ultrapassar sua capacidade operacional, comprometendo não apenas a delegação em si, mas também suas competências ordinárias.

Na fiscalização, o dever primário decorre da distribuição das atividades administrativas na LC nº 140/2011, o que não permite escolha e gera um dever de se aparelhar para tal, dentro da razoabilidade. Em diversos órgãos estatais há aparelhamento ineficiente, basta ver o número de ações penais que prescrevem, que nem se iniciam por falta de capacidade dos órgãos de prossecução criminal etc. *Não pode ser qualquer omissão que tenha o condão de originar esse dever cooperativo, ainda mais considerando que só haveria transferência de problema, uma vez que haveria sobrecarga no*

órgão ao qual foi atribuído o ônus de sanar a omissão, além de ir contra o princípio federativo de descentralizar as atribuições, e não as concentrar.

Como se isso não fosse suficiente, deve-se destacar que são irregulares as construções nas quais geralmente se almeja a fiscalização ambiental. Apenas para argumentar: ainda que fossem regulares, deve-se conferir se há necessidade de realizar o licenciamento ambiental dessas construções que são objeto de pedidos de fiscalização; e, havendo, se ele é efetuado pelos Estados ou Municípios. Em regra, ninguém licencia casa; para isso, já existe a licença urbanística, ainda que ela incorpore exigências ambientais. É o Município que deve expedir o alvará de construção para qualquer obra em seu território. Assim, é atividade de inegável interesse local e, *ipso facto*, atrai a competência fiscalizatória do Município, que deveria atuar para ordenar a ocupação do solo e demolir o que não pode ser regularizado.

A Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016, convertida na Lei nº 13.465/2017 (BRASIL, 2017b), que dispõe sobre regularização fundiária e direito real de laje, ainda adiciona um complicador na fórmula, pois compete ao Município fazer qualquer regularização de ocupação irregular no solo e a fiscalização ambiental supletiva do Ibama ou do Estado não saberia se o Município pretende regularizar construções antigas.

8. Da fiscalização em situações emergenciais (LC nº 140/2011, art. 17, § 2º): competência supletiva compulsória

Como já exposto, as situações de urgência devem ser imediatamente combatidas pelo órgão ambiental que tomou ciência da infração. É o que preceitua a LC nº 140/2011:

Art. 17. [...]

§ 2º Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis (BRASIL, 2011).

Assim, se tomar conhecimento de infração ambiental, o órgão ambiental deve intervir com a medida cautelar adequada em face de situações de urgência e comunicar imediatamente ao órgão primariamente

competente para que este possa apurar a infração ambiental, lavrando, apenas se for o caso, o regular e correspondente auto de infração ambiental.

Entretanto, essa situação de emergência, prevista no artigo 17, § 2º, da LC nº 140/2011, não apenas deve ser atual, mas com risco grave de lesão ou sua ampliação, da mesma forma como se caracterizaria o perecimento do direito no processo civil.

O órgão ambiental deve evitar o prejuízo ao meio ambiente, mas este é sinônimo de uma espécie de perecimento do direito ambiental, sob pena de se esvaziar o conceito de emergência e reduzi-lo ao de infração ambiental. Diversas infrações ambientais são permanentes, mas não é isso que gera a emergência ambiental que deflagra o dever de agir imediatamente (competência supletiva compulsória).

Por exemplo, uma construção irregular em APP impede que a vegetação cresça, prejudicando suas funções (“preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”) (art. 3º, II) (BRASIL, 2012) e causando um dano ambiental permanente. Ocorre que essa situação não se afigura como emergencial, sendo perfeitamente possível notificar o órgão competente para que ele exerça seu poder de polícia ambiental. Diferente da situação em que o caminhão com o produto tóxico não está com os documentos ambientais em ordem, trazendo a presunção de dano ambiental iminente pelo descarte inadequado do produto. Nesse caso, deve-se reconhecer a situação emergencial e aplicar as medidas cautelares cabíveis, inclusive atípicas, o que é possível não apenas pelo artigo 17, § 2º, da LC nº 140/2011, mas também pelo artigo 45 da Lei nº 9.784/1999.

De qualquer forma, é paradoxal alegar emergência e ajuizar ação judicial para obrigar um dos órgãos do Sisnama a fiscalizar determinada situação. Se a situação fosse de perecimento de direito, deveria ocorrer um pedido de liminar em face daquele que causa o dano, não em face do órgão ambiental escolhido para realizar a fiscalização e arrolado no polo passivo da ação.

9. Conclusão

Embora os órgãos do Sisnama nos três níveis federativos possam promover a fiscalização ambiental (competência comum), o dever de fiscalizar primariamente o meio ambiente deve decorrer do nosso modelo federativo, respeitando a regra de ouro do federalismo: o princípio constitucional da subsidiariedade institucional.

Sem competência expressa baseada na legislação prevista no artigo 23, parágrafo único, da CRFB – hoje a LC nº 140/2011 –, o princípio constitucional da subsidiariedade deve ser aplicado em sua totalidade: nada será exercido pela União ou Estados se puder ser cumprido pelos Estados ou Municípios. A competência comum para fiscalizar o meio ambiente deve ser lida à luz do federalismo cooperativo, especialmente pelo princípio constitucional da subsidiariedade – reconhecimento de benefício de ordem dos entes federativos para proceder à fiscalização ambiental quando não prevista em seu planejamento, na sua zona de discricionariedade.

A LC nº 140/2011 admite que todos os órgãos ambientais fiscalizem, fazendo com que prevaleça o entendimento do órgão licenciador, mas não obriga que um ente deva fiscalizar desprezando a regra de ouro do federalismo. Exceto se em jogo a competência para licenciar, a atividade de fiscalização ambiental de forma primária é do Município, passando para o Estado-membro em caso de omissão da comuna, somente alcançando a União se houver omissão estadual. Impossível exigir a fiscalização ambiental sem a prova do cumprimento desse benefício de ordem.

A omissão dos entes federativos que deflagra o benefício de ordem (competência supletiva compulsória) deve ser grave, sob pena de estimular a irresponsabilidade federativa, com a quebra de harmonia do sistema federativo. Se a mera omissão a caracterizasse, haveria sobrecarga da União ou dos Estados membros, estimulando uma irresponsabilidade federativa ao premiar a inércia.

Devem-se evitar exegeses que conduzam ao absurdo de deslocar o dever primário de fiscalização para outro ente apenas porque o detentor original se omite. É imperioso que se constate que a inércia decorre de uma falta de infraestrutura capaz de tornar o órgão estadual ou municipal completamente inoperantes, fazendo profunda investigação nesse sentido (analogia com o artigo 15 da LC nº 140/2011). Na fiscalização, o dever primário decorre da distribuição das atividades administrativas na LC nº 140/2011, o que não permite escolha e gera um dever de se aparelhar para tanto, dentro da razoabilidade. Outro motivo pelo qual não pode ser qualquer omissão que deflagra esse dever cooperativo é que isso somente transferiria o problema e sobrecarregaria o órgão que sanaria a omissão, sem contar que se atentaria contra o princípio federativo de descentralizar as atribuições, e não as concentrar.

O fato de a área fiscalizada ser bem da União (v.g., terrenos de marinha), ser zona costeira, integrar o patrimônio nacional (CRFB, art. 225, § 4º), ser área de preservação permanente ou mesmo área de proteção ambiental não tem o condão de atrair a competência primária da União para fiscalizar porque não deflagra a sua competência para licenciar.

A competência supletiva compulsória diante de emergência ambiental (LC nº 140/2011, art. 17, § 2º) não se confunde com infração ambiental permanente, mas remete ao conceito de perecimento de direito utilizado no processo civil, sob pena de se esvaziar o conceito de emergência e reduzi-lo praticamente ao de infração ambiental. De qualquer forma, é paradoxal alegar emergência e ajuizar ação judicial para obrigar um dos órgãos do Sisnama a fiscalizar determinada situação em vez de requerer liminar em face do poluidor ambiental.

Sobre o autor

Eduardo Fortunato Bim é mestre em Direito e especialista em Direito Ambiental pela Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil; doutorando em Direito do Estado na Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; procurador federal, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: eduardofbim@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁰

ENVIRONMENTAL ENFORCEMENT IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY: CONTOURS OF COMMON JURISDICTION

ABSTRACT: the common competence to promote environmental control must be read in the light of the principle of subsidiarity, which contains the essence (golden rule) of federalism, giving interpretation according to Complementary Law 140/11, it being necessary that the environmental inspection to be carried out by the environmental benefits obey a kind of orderly benefit, except in cases in which the environmental body has the authority to license or authorize the activity or enterprise.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL ENFORCEMENT. COMMON CONSTITUTIONAL COMPETENCE. CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY. ORDER BENEFIT.

Como citar este artigo

(ABNT)

BIM, Eduardo Fortunato. Fiscalização ambiental à luz do princípio da subsidiariedade: contornos da competência comum. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 55, n. 217, p. 85-114, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p85>.

¹⁰ Sem revisão do editor.

(APA)

Bim, E. F. (2018). Fiscalização ambiental à luz do princípio da subsidiariedade: contornos da competência comum. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(217), 85-114. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p85

Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 200, p. 21-54, abr./jun. 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. 2.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 13-28, mar. 2002.

BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 2 set. 1981.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989. Dispõe sobre a extinção de órgão e de entidade autárquica, cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 23 fev. 1989a.

_____. Lei nº 7.804, de 18 de julho de 1989. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, a Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, a Lei nº 6.803, de 2 de julho de 1980, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 20 jul. 1989b.

_____. Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 7 jun. 1990.

_____. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 11 fev. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 134.297-8/SP. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Paulo Ferreira Ramos e cônjuge. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, 22 set. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207731>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. Resolução CIRM nº 5, de 3 de dezembro de 1997. Aprova o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro II (PNGC II). *Diário Oficial da União*, 4 dez. 1997a.

_____. Resolução Conama nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. *Diário Oficial da União*, 22 dez. 1997b.

_____. Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos

Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987... *Diário Oficial da União*, 18 maio 1998a.

_____. Ministério do Meio Ambiente. *Parecer nº 1.853/CONJUR/MMA*. [De autoria do jurista ambiental Dr. Vicente Gomes da Silva]. [7 dez. 1998b].

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, 1º fev. 1999.

_____. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 19 jul. 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário n. 259.267-6/SP. Embargante: Estado de São Paulo. Embargado: Hélio Brunoro e cônjuge. Relator: Min. Maurício Corrêa. *Diário da Justiça*, 25 abr. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372404>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. Ministério do Meio Ambiente. *Parecer nº 312/COJUR/MMA*. [De autoria do consultor jurídico do Ministério do Meio Ambiente Dr. Gustavo Trindade]. [4 set. 2004].

_____. Lei nº 11.284, de 2 de março de 2006. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF... *Diário Oficial da União*, 3 mar. 2006a.

_____. Resolução Conama nº 369, de 28 de março de 2006. Dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente - APP. *Diário Oficial da União*, 29 mar. 2006b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.544-9/RS. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul; Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 17 nov. 2006c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391370>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007. Dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes; altera as Leis nºs 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, 11.284, de 2 de março de 2006, 9.985, de 18 de julho de 2000... *Diário Oficial da União*, 29 ago. 2007.

_____. Advocacia-Geral da União. *Orientação jurídica normativa nº 15/2010/PFE/IBAMA*. [Competência em matéria de licenciamento ambiental]. 2010. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/2184541>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas... *Diário Oficial da União*, 9 dez. 2011.

_____. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754... *Diário Oficial da União*, 28 maio 2012.

_____. Advocacia-Geral da União. *Orientação jurídica normativa nº 49/2013/PFE/IBAMA*. [Competência fiscalizatória ambiental após a vigência da Lei Complementar nº 140/2011]. 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/15501732>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 32.033/DF. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Redator do acórdão: Min. Teori

Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*, 18 fev. 2014a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Portaria conjunta nº 2, de 26 de agosto de 2014. *Diário Oficial da União*, 27 ago. 2014b.

_____. Advocacia-Geral da União. *Orientação jurídica normativa nº 51/2015/PFE/IBAMA*. [Vinculação do Estudo de Impacto Ambiental – EIA aos processos de licenciamento ambiental de atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente]. 2015a. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/28078600>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. Advocacia-Geral da União. *Orientação jurídica normativa nº 52/2015/PFE/IBAMA*. [Competência para fiscalização de áreas de preservação permanente – APP em terrenos da Marinha]. 2015b. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/29055704>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. Advocacia-Geral da União. *Parecer nº 80/2015/COJUD/PFE-IBAMA – PA 00435.005036/2015-64*. 2015c.

_____. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. *Nota técnica nº 02001.002237/2015-35 COUSF/DBFLO/IBAMA*. 2015d.

_____. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Portaria Ibama nº 24, de 16 de agosto de 2016. *Diário Oficial da União*, 22 ago. 2016.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução normativa nº 1, de 23 de janeiro de 2017. Disciplina a atividade de fiscalização dos imóveis da União e revoga a Instrução Normativa nº 2, de 17 de maio de 2010. *Diário Oficial da União*, 26 jan. 2017a.

_____. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal... *Diário Oficial da União*, 8 set. 2017b.

_____. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. *Nota técnica nº 79/2017/CODIF/CGFIS/DIPRO/IBAMA – PA 02001.111010/2017-41*. 2017c.

_____. Advocacia-Geral da União. *Parecer nº 41/2017/COJUD/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU*. [Aprovado pelo procurador chefe da PFE-IBAMA, em 14/07/2017, mediante despacho 401/2017/GABIN/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU, nos autos do PA 00435.017777/2017-50]. 2017d.

_____. Advocacia-Geral da União. *Parecer nº 35/2017/COJUD/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU – PA 04972.206413/2015-54*. 2017e.

CAMBI, Eduardo. Normas gerais e a fixação da competência concorrente na federação brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 92, p. 244-261, out./dez. 1998.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

_____. Competência comum e o federalismo cooperativo na subsidiariedade do licenciamento ambiental: avanços da Lei Complementar nº 140/2011 na proteção do meio ambiente. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, ano 51, n. 203, p. 39-51, jul./set. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p39.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FERRERI, Janice Helena. A federação. In: BASTOS, Celso Ribeiro (Coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 15-38.

GARCIA, Maria. Federalismo brasileiro: a repartição de rendas tributárias e o município: uma proposta. In: BASTOS, Celso Ribeiro (Coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 120-145.

GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, ano 29, n. 116, p. 135-152, out./dez. 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176036>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

LAMY, Marcelo. Repartição federal de competências ambientais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 13, p. 13-39, jan./jun. 2009.

LANEGRA QUISPE, Iván K. *El (ausente) Estado ambiental: razones para la reforma de las instituciones y las organizaciones públicas ambientales en el Perú*. Lima: Realidades S/A, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do direito ambiental*. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Omar Bradley Oliveira de. O impacto do empreendimento, e não a titularidade dos bens afetados, como parâmetro para definir a competência de um licenciamento ambiental. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 25, n. 7, p. 479-483, jul. 2009.

STAUT JUNIOR, Sebastião Vilela. A competência administrativa para licenciamento ambiental em face das disposições do artigo 225, parágrafo 4º da Constituição Federal: áreas do patrimônio nacional. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 5, n. 27, p. 3.861-3.871, set./out. 2004.

TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Critérios de definição de competências em matéria ambiental na estrutura federativa brasileira. In: RASLAN, Alexandre (Org.). *Direito ambiental*. Campo Grande: Ed. UFMS, 2010. p. 219-244.

_____. Rumos do federalismo cooperativo brasileiro na tutela estatal ambiental: excessos e busca de equilíbrio e integração dos entes federativos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 73/74, p. 103-144, jan./dez. 2014.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

O fim do foro especial por prerrogativa de função

JÚLIO CÉSAR DE AGUIAR
JOÃO PAULO LACERDA OLIVEIRA

Resumo: Trata-se de artigo jurídico com vistas a avaliar a garantia do foro especial por prerrogativa de função e se esse instituto deve permanecer vigente nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. A pesquisa, realizada em bibliografia, legislação e jurisprudência atualizadas, busca respostas ao questionamento que envolve o fim do foro especial e sua possível contribuição à efetividade da prestação jurisdicional. O artigo expõe o retrato do foro especial no STF, com base na análise do número de processos em trâmite, do tempo estimado até o trânsito em julgado, do número de processos em que não houve julgamento por ter ocorrido a prescrição dos crimes, entre outros aspectos. Apresentamos os vários posicionamentos sobre a importância e a permanência do foro especial, além de expor o atual andamento da PEC 10/2013, que pretende dar fim à garantia em apreço.

Palavras-chave: Foro especial por prerrogativa de função. Efetividade da prestação jurisdicional. PEC 10/2013. Posicionamentos.

1. Introdução

O foro especial por prerrogativa de função está previsto em diversas passagens da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB (1988). O presente artigo tem como objetivo avaliar os pormenores desse instituto, a fim de responder ao seguinte questionamento: o fim do foro por prerrogativa de função contribui para a efetividade da prestação jurisdicional?

A justificativa para o estudo do tema se dá pela importância do bem jurídico tutelado: a eficiência da tutela jurídica. Muito embora o foro especial tenha como ideal assegurar que parlamentares e autoridades pú-

Recebido em 22/6/17
Aprovado em 15/8/17

blicas possam desempenhar sua função com maior liberdade, a garantia tornou-se fonte de congestionamento processual nas jurisdições competentes, com nefastas consequências para o interesse público.

Destarte, o objetivo geral do artigo é avaliar a importância do foro especial para o bom andamento da função pública e a real necessidade de sua permanência no ordenamento pátrio, em face dos prejuízos ocasionados pelo instituto.

Para cumprir seu propósito, o estudo foi dividido em quatro seções. A primeira apresenta a evolução legal do foro privilegiado desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição Republicana de 1967. A segunda esboça os pormenores do foro especial por prerrogativa de função, tal como previsto em diversas passagens da CRFB. A terceira expõe o retrato do foro especial no STF, com base na análise de dados como o número de processos em trâmite, o tempo estimado até o trânsito em julgado, entre outros. A quarta seção examina diferentes posicionamentos sobre a importância da permanência do foro especial, além de expor o atual andamento da PEC 10/2013 (BRASIL, 2013), que pretende dar fim à garantia em apreço. Nas considerações finais, além de uma síntese do exposto, apresentamos nosso posicionamento pessoal sobre o tema.

2. Evolução do foro especial por prerrogativa de função nas constituições brasileiras

A competência especial como prerrogativa do cargo ocupado na Administração Pública, embora presente em todas as cartas políticas brasileiras, nem sempre se deu nos moldes atuais.

Na Constituição imperial de 1824, o Senado tinha como atribuição exclusiva o processamento dos delitos individuais cometidos por autoridades públicas, como os próprios membros da família imperial, os ministros e conselheiros de Estado, os deputados e senadores no período de suas legislaturas. O Imperador recebia tratamento distinto. Os crimes por ele cometidos eram isentos de apreciação, posto ser considerado sujeito inviolável e sagrado. O Tribunal de Justiça cuidava das infrações praticadas pelos ministros das relações, presidentes das províncias e membros da diplomacia brasileira (arts. 47, 99 e 164) (IMPERIO DO BRAZIL, 1824).

Na Constituição de 1891, a figura do Imperador deu lugar à do Presidente. Este, no entanto, não gozava da inviolabilidade daquele. Os crimes cometidos pelo chefe do Executivo deveriam, primeiramente, ser encaminhados à Câmara, que procederia à primeira avaliação. Declarada procedente a acusação, tratando-se de crime comum, o processo era encaminhado à Corte Suprema para que realizasse o julgamento; os crimes de responsabilidade eram apreciados pelo Senado (art. 53) (BRASIL, 1891).

Na Constituição federal de 1934, o Supremo passou a ser o responsável pelo processo e julgamento das infrações penais praticadas pelo Presidente da República. Quanto aos crimes de responsabilidade, a apreciação se daria por um Tribunal Especial composto por ministros, senadores e deputados (art. 58, *caput*) (BRASIL, 1934).

Além do Presidente, a Corte Suprema processava e julgava, originalmente, os ministros do Supremo e de Estado, o Procurador-Geral da República, juízes federais, ministros do Tribunal de Contas, embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade, conforme ditames prescritos na

Carta Magna (art. 76, 1, “a”, “b” e “c”) (BRASIL, 1934).

A Constituição federal de 1937, mais uma vez, alterou a competência para o julgamento do Presidente da República. Após sua vigência, a acusação de crime de responsabilidade praticado pelo Presidente era, primeiramente, encaminhada para a Câmara dos Deputados, que declarava a sua procedência por dois terços dos votos. Em seguida, submetia-se o processo ao Conselho Federal, novo ente responsável pela decisão final (art. 86) (BRASIL, 1937).

Os ministros de Estado, nos crimes comuns e de responsabilidade, eram julgados pelos STF. Nos delitos conexos aos do Presidente, o processo e o julgamento se dariam pelo Conselho Federal. O mesmo órgão processava os crimes de responsabilidade cometidos pelos ministros do STF (art. 89, § 2º e art. 100) (BRASIL, 1937).

Ao Supremo competia o processo e o julgamento dos crimes comuns de seus ministros e os crimes comuns e de responsabilidade cometidos pelo Procurador-Geral da República, pelos magistrados dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, ministros do Tribunal de Contas, ministros diplomáticos e embaixadores (art. 101, 1, “a” e “b”) (BRASIL, 1937).

Um dos pontos fortes da Constituição de 1937 se deve à atribuição de competência especial à Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios para processo e julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade perpetrados pelos juízes de primeiro grau (art. 103, “e”) (BRASIL, 1937).

Na Constituição de 1946, o Presidente voltou a ser julgado pelo Senado nos crimes de responsabilidade, após a admissão da acusação pela Câmara dos Deputados. Os ministros de Estado, nos delitos conexos aos do Presidente, dos ministros do STF e do Procurador-Geral

da República, nos mesmos termos, seriam processados e julgados pelo referido órgão (art. 62, I e II) (BRASIL, 1946).

O Supremo era responsável pela apreciação e decisão dos crimes comuns praticados pelo Presidente. Para tanto, a Câmara dos Deputados deveria acatar a acusação por maioria absoluta dos votos. O STF também julgava os crimes comuns praticados pelos próprios ministros e pelo Procurador-Geral do Estado; e os crimes comuns e de responsabilidade dos juízes dos tribunais superiores federais, dos desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, dos ministros do Tribunal de Contas e dos chefes de missão diplomática (art. 101, 1, “a”, “b” e “c”) (BRASIL, 1946).

Manteve-se a competência privativa dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios para o processo e julgamento dos juízes ordinários, nos crimes comuns e nos de responsabilidade (art. 124, IX) (BRASIL, 1946).

A Constituição Federal de 1967 conservou as prerrogativas em razão da função acima apresentada e inseriu novas autoridades nos róis de competências. O Presidente continuaria a ser julgado pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade. A quantidade de votos para o aceite da denúncia pela Câmara dos Deputados passou de maioria absoluta para dois terços. Do mesmo modo, os ministros de Estado, nos delitos conexos aos do Presidente, os ministros do STF e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade, seriam processados e julgados pelo referido órgão (art. 88 e art. 44, I e II) (BRASIL, 1967).

O Supremo era responsável pela apreciação e decisão dos crimes comuns praticados pelo Presidente, se acatada a denúncia na Câmara dos Deputados por dois terços dos votos, não mais pela maioria absoluta. Do mesmo modo,

o STF julgava os crimes comuns praticados pelos próprios ministros e pelo Procurador-Geral do Estado, e os crimes comuns e de responsabilidade cometidos por Juízes Federais, Juízes do Trabalho e membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais de Justiça estaduais e do Distrito Federal e Territórios, ministros dos Tribunais de Contas da União, dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, além dos chefes de missão diplomática em caráter permanente (arts. 85, 88 e 114, 1, “a” e “b”) (BRASIL, 1967).

Os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios processavam e julgavam os membros do Tribunal de Alçada e os juízes ordinários, nos crimes comuns e nos de responsabilidade. Os crimes de natureza eleitoral seriam submetidos ao crivo da Justiça Eleitoral (art. 136, § 3º) (BRASIL, 1967).

Em 1969, a Emenda à Constituição nº 1 alterou artigos da Constituição de 1967. No art. 32, § 2º, fez constar que, nos crimes comuns praticados por deputados e senadores, o STF seria a jurisdição competente para julgamento. Pela primeira vez na história das Constituições republicanas, o parlamentar passou a gozar da prerrogativa do foro especial (BRASIL, 1969).

3. Aspectos relevantes sobre o foro especial por prerrogativa de função a partir da Constituição Federal de 1988

Em quase duzentos anos do Brasil como Estado independente, a Constituição Federal de 1988 foi a que mais abraçou agentes públicos com garantias em razão da função desempenhada. O foro privativo constitui imunidade processual que possibilita aos ocupantes de cargos políticos, entre outros, terem seus processos criminais ou de responsabilidade examinados e decididos por um Tribunal¹.

Pacelli (2017) ajuíza que a escolha pelo processo e julgamento dos ocupantes de cargos com foro especial por órgãos colegiados do Poder Judiciário se dá em face de estes encontrarem-se a uma certa distância das coações populares, muitas vezes avivadas pela notícia de crimes praticados por autoridades públicas, e “em atenção também à formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores de mais alar-

¹ Nesse sentido, preleciona Tourinho Filho (2012, p. 362): “há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado e, em atenção a esses cargos ou funções que exercem no cenário político-jurídico da nossa Pátria, gozam elas de foro especial, isto é, não serão processadas e julgadas como qualquer do povo pelos órgãos comuns, mas pelos órgãos superiores, de instância mais elevada”.

gada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira”.

É preciso ter em mente que os parlamentares e juízes têm atribuições mais complexas do que aquelas exercidas pelos demais profissionais da Administração Pública. Ao conceder tratamento diferenciado aos que governam e decidem os rumos da nação, o legislador constituinte não pensou em beneficiá-los, mas em conceder-lhes ampla autonomia e liberdade para o desempenho de suas funções (MEIRELLES; BURLE FILHO; BURLE, 2016).

Contudo, até mesmo a autonomia e a liberdade devem ser utilizadas com parcimônia pelos parlamentares. As imunidades materiais e processuais conferidas pelo constituinte não impedem que eles respondam penalmente pelos seus atos, quando sua fala ou procedimento lesarem, diretamente, direito de outrem ou incitarem à prática delitiva.

Em 2016, o STF, no Inquérito nº 3.932, decidiu por instaurar ação penal contra o deputado Jair Bolsonaro por um comentário dirigido à deputada Maria do Rosário de que ela não merecia ser estuprada, por razões declaradas em tom pejorativo. Pelo discurso, que gerou grande repercussão social e ainda hoje é reverberado, o parlamentar responderá pelos crimes de incitação ao estupro e injúria, em face da ausência denexo de causalidade entre o pronunciamento feito e a função legislativa (BRASIL, 2016a, 2016b).

A imunidade processual pertence ao cargo ocupado e não ao seu ocupante, situação que condiciona a sua validade ao período do exercício regular da função. A afirmação caminha ao encontro do estabelecido pela súmula nº 451 do Supremo, que diz: “a competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional” (BRASIL, 1964).

Assim, se a prerrogativa especial do foro adier após a sentença de primeiro grau e a apelação estiver em curso, os autos serão automaticamente encaminhados para o tribunal competente – o STF, no caso dos congressistas – para que se proceda ao julgamento do recurso.

Será dada continuidade à ação penal na nova jurisdição, com observância do regime próprio do recurso interposto no juízo singular, e não do rito das ações cuja origem se deu no Supremo. Porém, se, ao final do mandato, o processo encontrar-se em andamento e não ocorrer a reeleição do detentor do cargo sob foro privilegiado, a ação penal terá declinada a sua competência (BRASIL, 2015a).

No entanto, os inquéritos e as ações penais originárias no STF, cujo julgamento já tenha sido iniciado quando da perda do mandato eletivo, não terão a jurisdição deslocada, e a renúncia do parlamentar após o final da instrução não acarretará a perda de competência especial em face do exercício da função² (BRASIL, 2009, 2015c).

Pela dicção do art. 53 da CRFB (BRASIL, 1988), uma vez diplomados, deputados e senadores gozam da benesse de não serem presos, salvo em flagrante delito em crimes inafiançáveis, e serem julgados tão somente pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, o representante eleito somente estará envolto no manto do foro especial após a sua diplomação, haja vista constituir o meio pelo qual é estabelecida a relação entre o eleitor e o parlamentar (MORAES, 2017).

Entretanto, o foro privilegiado não é atributo exclusivo dos membros do Congresso Nacional. Ao delimitar a competência do STF,

²“A Turma [...] já decidiu que a renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal [...] 2. Todavia, na hipótese de não reeleição, não se afigura ser o caso de aplicação da mesma doutrina. 3. Declínio da competência para o juízo de primeiro grau” (BRASIL, 2015c).

a CRFB estabeleceu que o Presidente e o seu Vice, o Procurador-Geral da República, bem como os seus ministros farão jus ao foro especial: nas infrações penais comuns, serão processados e julgados pela Corte Suprema (art. 102, I, “b”) (BRASIL, 1988).

Por infrações penais comuns entendem-se todas as condutas previstas no Código Penal (BRASIL, 1940) e na legislação extravagante, inclusive as contravenções penais. A competência do Guardião da Constituição não está adstrita ao processo e julgamento de crimes, mas estende-se ao inquérito criminal:

A competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar parlamentar federal alcança a supervisão de investigação criminal. Atos investigatórios praticados sem a supervisão do STF são nulos (BRASIL, 2015a).

No âmbito estadual, o processo e o julgamento dos crimes comuns praticados por governadores dos Estados e do Distrito Federal são de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Do mesmo modo, desembargadores dos Tribunais de Justiça estaduais e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, assim como os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas municipais e os representantes do Ministério Público da União (MPU), tanto nos crimes comuns como nos de responsabilidade, responderão também perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “a”) (BRASIL, 1988).

Como esboçado, o foro especial é prerrogativa dos que se encontram ativos no desempenho da função. Por conseguinte, os crimes cometidos por autoridade que goza da aposentadoria devem ser submetidos ao crime do primeiro grau de jurisdição, conforme entende o STF:

Foro por prerrogativa de função. Desembargador aposentado [...]. Exercem jurisdição, tão somente, magistrados ativos. A aposentadoria do magistrado, ainda que voluntária, transfere a competência para processamento e julgamento de eventual ilícito penal para o primeiro grau de jurisdição (BRASIL, 2014a, 2014b).

Os juízes federais, da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, na área de sua jurisdição, serão submetidos a processo e julgamento nos Tribunais Regionais Federais, nos crimes comuns e nos de responsabilidade. Enquadram-se, nessa competência, os membros do MPU naquilo que não fizer parte da jurisdição da Justiça Eleitoral (art. 108, I, “a”) (BRASIL, 1988).

Assim como a CRFB, o Código de Processo Penal (CPP) preceitua que a competência jurisdicional é determinada, entre outros fatores, pela prerrogativa de função. Reafirma a escolha do legislador constituinte pelo STF, STJ, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal para instauração do processo e julgamento pelos crimes comuns e de responsabilidade daqueles a quem a lei determina responderem perante os referidos órgãos (art. 69, VII, c/c art. 84) (BRASIL, 1941).

Em 2002, a Lei nº 10.628 (BRASIL, 2002) alterou a redação do art. 84 do CPP, acrescentando-lhe dois parágrafos. O texto ampliou o foro especial por prerrogativa de função para aqueles cujos mandatos eletivos haviam cessado. Logo, o inquérito ou a ação penal contra ex-parlamentares deveriam ser processados e julgados por um colegiado.

Contudo, em 2005, o STF, ao decidir a ADI 2.797 (BRASIL, 2006a) e a ADI 2.860 (BRASIL, 2006b), decretou a inconstitucionalidade da citada alteração, por contrariar o mandamento constitucional que vincula o foro especial ao estrito exercício da função.

4. Números do foro especial no Supremo Tribunal Federal

Recentemente, a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV) publicou o “V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado e o Supremo”. O estudo é fruto da pesquisa realizada em processos em trâmite na Corte Suprema entre os anos de 2002 e 2016, de titularidade de ocupantes de funções públicas que gozam da prerrogativa do julgamento em foro especial (FALCÃO et al., 2017).

O combate acirrado à corrupção generalizada, estampada dia após dia nos noticiários nos últimos anos, principalmente a partir de 2014, após a deflagração da maior operação de combate à corrupção no Brasil, a Lava-Jato, tem contribuído ao vultoso volume de processos em andamento no STF.

Os pedidos de denúncia chegam a galope. A Procuradoria-Geral da República, em 2015, apresentou ao STF o nome de 50 políticos para abertura de inquéritos. Em 2017, após as delações realizadas pela Odebrecht, o Procurador-Geral submeteu ao Supremo mais 83 parlamentares para investigação, além de 320 pedidos de declínio de competência, arquivamentos e outras providências (CARVALHO, 2016; BULLA, 2017).

A cada nova fase de delações, agentes políticos detentores de foro privilegiado são encaminhados à Corte. O foro especial, afora os prejuízos causados à sociedade pelos desvios do erário, contribui para a morosidade da prestação jurisdicional. Em abril de 2017, o Senado Federal

publicou o balanço do número de autoridades detentoras da prerrogativa do foro especial: 54.990 pessoas públicas encontram-se revestidas pelo manto constitucional (CARVALHO, 2016; CAVALCANTE FILHO; LIMA, 2017).

Para tornar o retrato ainda mais preocupante, a cada eleição, novos processos são encaminhados ao Supremo. Trata-se de ações penais instauradas em outras instâncias que, com a investidura do recém-eleito no cargo, são enviadas para apreciação da Corte. O relatório feito pela FGV aponta que, desde 2007, em todos os anos, a quantidade de novos processos que chegam ao órgão é superior à dos encerrados (FALCÃO et al., 2017). Entretanto, o número de ministros permanece o mesmo: um grupo de 11 juízes responsáveis pela apreciação e julgamento de um universo estimado em 77.159³ processos, dos quais, aproximadamente, 500 são inquéritos e ações penais sob foro privilegiado (BRASIL, 2017a; CARVALHO, 2016).

A divisão do montante geral confere a cada um dos membros do STF a responsabilidade por examinar o mérito de 7.014 processos. Em 2016, somente o ministro Teori Zavascki, até então relator da Lava-Jato, tinha em seu gabinete 7.358 processos para análise. Apesar da quantidade apontada não se referir somente aos processos de foro privilegiado, é possível dimensionar a realidade do Supremo e a vantagem trazida pelo fim da competência especial, ao contribuir para o “desafogamento” da casa (BRASIL, 2017a; CONSULTOR JURÍDICO, 2017; CARVALHO, 2016).

O resultado da equação é o acúmulo do número de processos por ministro. Com isso - e não poderia ser diferente -, a demora nas apreciações e no trânsito em julgado, sendo comuns situações em que o réu, além do tra-

tamento diferenciado recebido pelo cargo que ocupa, é beneficiado pelo instituto da prescrição. O fato é grave, pois produz a sensação de impunidade no seio social e o consequente descrédito das instituições políticas e do judiciário.

Os dados obtidos indicam que os inquéritos instaurados pelo STF têm sido avaliados com mais rapidez que as ações penais em trâmite na Suprema Corte. “Em 2016, da instauração ao trânsito em julgado de um inquérito, transcorreram, em média, 797 dias. As ações penais, por sua vez, foram decididas no prazo médio de 1.377 dias. Ressalte-se que, em 2002, a duração média para o julgamento de ações penais dos parlamentares era de 65 dias” (FALCÃO et al., 2017).

No rol dos dez casos-limite com maior tempo de duração para o trânsito em julgado, está a Apelação Penal (AP) nº 347, relativa aos crimes de peculato, apropriação indébita e estelionato supostamente praticados pelo deputado Aníbal Gomes (PMDB) e outros, cujo resultado - absolvição - foi proferido após 11,5 anos. Desse mesmo grupo, 4 processos foram prescritos. Somente a AP nº 409, desvio de verba federal cometido pelo deputado Zé Geraldo (PMDB), teve como resultado a condenação inédita de um parlamentar em exercício; isso após 9,4 anos de tramitação (FALCÃO et al., 2017).

Existe, também, considerável demora na manifestação do relator ou revisor nos processos conclusos. Em 2002, os autos conclusos aguardavam, em média, 7 dias para um pronunciamento; em 2016, em média, 16 dias. A demora para o voto, a revisão ou outra manifestação no processo se deve ao aumento de processos conclusos. Entre os dez casos-limite de autos conclusos ao relator do STF, o Inquérito nº 2.712, crime de sonegação de contribuição previdenciária supostamente prati-

³Quantidade aferida em 28 de outubro de 2016.

cado pelo deputado Fernando Lucio Giacobbo (PR), levou exatos 4,1 anos até a decisão que reconheceu a prescrição da pretensão punitiva. Os autos conclusos da AP nº 435, crime de peculato atribuído a Flaviano Melo (PMDB), levou 3,4 anos até um pronunciamento. Salienta-se que o processo ainda permanece em curso (FALCÃO et al., 2017).

Outro incidente processual que contribuiu para a morosidade dos processos de foro privilegiado de competência do STF são os pedidos de vistas realizados pela Procuradoria-Geral da República (PGR). Apesar de a duração média dos processos no referido órgão, em 2016, ter sido de 19 dias para as ações penais e 67 dias para os inquéritos, verificaram-se situações em que os autos permaneceram por 3 anos na PGR, como o Inquérito nº 2.755, relativo à suposta violação ao art. 89 da Lei de Licitações perpetrada por Carlos Gomes Bezerra (PMDB). Nilson Aparecido Leitão (PSDB) – Inquérito nº 3.629 – foi indiciado pelo mesmo crime, tendo os autos permanecido sob vistas do PGR por 2,1 anos (FALCÃO et al., 2017).

A demora na publicação das decisões proferidas pelo STF é fator prejudicial ao bom desempenho de suas funções. O Supremo tem buscado reduzir o tempo das publicações. Em 2014, o regimento interno foi alterado, para determinar o prazo de até 60 dias entre a data da sessão de julgamento e a da publicação. Entretanto, esse prazo não tem sido respeitado. Em 2016, o lapso foi de 74 dias para os inquéritos e de 71 dias para as ações penais. Os principais fatores para essa demora são o tempo de entrega do voto pelo relator, o tempo de entrega dos votos feitos individualmente pelos ministros, o tempo de trabalho da secretaria do recebimento do acórdão à publicação. Em situações limites, decisões chegaram a ficar 3,5 anos sem publicação (FALCÃO et al., 2017).

A duração média entre a decisão pelo colegiado do Supremo e o trânsito em julgado, em 2016, foi de 566 dias para as ações penais e 248 para os inquéritos. Casos excepcionais chegaram a aguardar até sete anos para o trânsito definitivo, como a AP nº 409, contra o deputado Zé Geraldo (PMDB). Foi tamanha a demora, que, por quatro vezes, os relatores foram alterados: o primeiro relator foi o ministro Carlos Ayres Britto, depois os ministros Celso de Mello e Cezar Peluso, e o último foi o ministro Teori Zavascki (FALCÃO et al., 2017).

O levantamento também aferiu os crimes mais praticados pelos parlamentares. Nos inquéritos, estão mais presentes crimes contra a lei de licitações, crimes de responsabilidade, crimes eleitorais, peculato, crimes de “lavagem”. Nas ações penais no Supremo, figuram entre os mais frequentes crimes contra o meio ambiente e o patrimônio genético, crimes de responsabilidade, crimes contra a lei de licitações e peculato (FALCÃO et al., 2017).

O relatório apontou o universo de decisões proferidas pelo STF nos anos compreendidos entre janeiro de 2012 e dezembro de 2016. No período em apreço, do universo de 991 decisões em inquéritos, 25,31% dos resultados foram pela declinação de competência ou reconhecimento da prescrição. Quase metade das decisões foram favoráveis à defesa: 46,72. Menos de 6% dos inquéritos instaurados perante o Supremo resultaram em efetivos processos contra o parlamentar. A gama de decisões em recursos internos protocolados pela defesa ou acusação alcança o patamar de 8,07% do número geral de inquéritos apreciados, e apenas 1,21% dos resultados são favoráveis à defesa ou à acusação (FALCÃO et al., 2017).

Sobre as decisões em ações penais no Supremo (2012-2016), de um total de 515 pro-

cessos, em 44,27% dos casos, houve o declínio da competência e, em 4,47%, a declaração da prescrição. Juntos, correspondem a 48,74% dos processos que não tiveram o mérito analisado pelo STF. Resultado deveras expressivo. A maior parte das decisões é favorável à defesa. Menos de 1% dos resultados atenderam aos pedidos da acusação com a condenação total ou parcial do parlamentar e mais de 1/3 – 31,45% – das manifestações emitidas pelo órgão se deram em recursos internos interpostos pelas partes (FALCÃO et al., 2017).

Como é grande o número de ações penais em trâmite no Supremo, restringiu-se a quantidade de processos para um estudo mais aprofundado sobre o foro privilegiado em trâmite na Corte. Foram examinadas 21,4% das ações penais autuadas no Supremo entre os anos de 2007 e 2016.

Em relação ao cargo ocupado, dos processos examinados em detalhes, conferiu-se que 29,25% não tinham como acusados parlamentares com foro especial por prerrogativa de função. Tratava-se de réus sem foro especial perante o STF que tiveram a competência para apreciação dos crimes praticados alterada pela atração processual por continência ou conexão.⁴ Nesses casos, o próprio STF é quem decide pelo desmembramento das ações, com base em questões de conveniência e oportunidade.⁵ Nas ações em levantamento amostral foram identificados 237 réus, dos quais 163 não go-

zavam do foro especial⁶, 68 eram deputados e 6 eram senadores (FALCÃO et al., 2017).

Acerca dos crimes relativos à função, 52,88% dos processos incluem, pelo menos, um crime enquadrado como funcional. O crime de responsabilidade foi o de maior incidência nas ações com foro privilegiado. Nos processos da amostra, 83,78% das decisões terminativas declinaram a competência para o julgamento da ação penal; 6,99% foram julgados prescritos; 7,29% absolvidos; 0,61% condenados (FALCÃO et al., 2017).

5. Posicionamentos sobre o foro especial por prerrogativa de função

Muito se questiona se o foro especial por prerrogativa de função malferir a garantia constitucional da isonomia, ao tratar de modo peculiar os membros dos cargos descritos na Constituição Federal como detentores do direito. Todavia, os adeptos da permanência do instituto não veem dessa maneira.

Em face de a garantia ser endereçada à função desempenhada e não ao seu executor, não há que se falar em privilégios. Aqueles que atuam no governo têm grandes responsabilidades e, com certa frequência, precisam tomar decisões importantes. Estão constantemente expostos a julgamento popular, situação que dificultaria o bom desempenho do seu trabalho se fossem julgados por um juiz regional,

⁴ Ver Súmula nº 704 do STF: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corrêu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados” (BRASIL, 2003).

⁵ O art. 80 do CPP ampara a facultatividade do desmembramento dos processos, quando diz: “Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação” (BRASIL, 1941).

⁶ “Inquérito. 2. Competência originária. 3. Penal e Processual Penal. 4. Conexão e continência. Réus sem foro originário perante o Supremo Tribunal Federal. Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal, a atração, por continência ou conexão, do processo do corrêu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados” (Súmula 704). Eventual separação dos processos e consequente declinação do julgamento a outra instância deve ser analisada pelo Supremo Tribunal, com base no art. 80 do CPP. Tratando-se de delitos praticados em concurso de agente, não havendo motivo relevante, o desmembramento não se justifica” (BRASIL, 2015b).

muito mais suscetível às pressões de lideranças políticas (GALVÃO, 2017).

O julgamento por um colegiado robustece o sentido de imparcialidade nos julgamentos dessas pessoas, porquanto as instâncias superiores estão mais distantes das paixões e revoltas populares. Ademais, aponta Galvão (2017), transmite segurança e “tranquilidade ao ocupante do cargo que, caso contrário, teria que passar mais tempo com a contratação de advogados e elaborando sua defesa do que efetivamente se dedicando às importantes tarefas de sua função pública”.

Ainda conforme Galvão (2017), o problema está longe de ser o instituto em si. Como operações de combate à corrupção colocam em evidência políticos criminosos, crê-se que o foro especial serve para protegê-los, pensamento que não deve prosperar. A decisão emanada pelo STF impede o uso de argumentos de decisões eivadas por perseguição política, a interposição de recursos protelatórios e acarreta a inelegibilidade da autoridade condenada, situações que não acontecem nos processos sob julgamento de juízes de 1º grau.

Reale Júnior (2017) entende os motivos que levaram o constituinte a estabelecer o foro por prerrogativa, porém o expressivo número de crimes cometidos por deputados e senadores tem levado o STF a atuar como verdadeira vara criminal, o que é totalmente descabido. Para o autor, não há de se falar em pôr termo ao foro especial como medida para resolver o problema, pois a possibilidade de interposição de recursos de apelação no juízo inferior apenas mudaria de endereço os problemas enfrentados pelo Supremo.

Como possíveis soluções, Reale Júnior (2017) apresenta, primeiramente, a ideia da criação de turma especial nos tribunais regionais federais para julgamento dos crimes praticados por deputados federais e ministros,

sem possibilidade de duplo grau de jurisdição. A segunda ideia seria manter o STF competente para julgar apenas governadores, também sem possibilidade de interposição recursal. Por fim, sugere o autor o não deslocamento de competência dos processos de candidatos recém-eleitos. Enquanto medidas efetivas não são providenciadas, cogente se faz o chamamento de desembargadores pelo STF para auxiliá-lo na difícil empreitada. Essa posição encontra guarida no art. 21-A do Regimento Interno do STF (BRASIL, 2017b), que atribui ao relator, quando entender necessário, competência para convocar juízes ou desembargadores para que atuem em inquéritos e ações penais iniciadas no Supremo.⁷

Em posição diametralmente oposta, o Min. Roberto Barroso, na Ação Penal nº 937/RJ (BRASIL, 2017a), manifesta-se contrário à permanência do foro especial por prerrogativa de função no país. O sistema é causa de grandes problemas no Supremo, que, além de cuidar de milhares de processos, precisa lidar com situações como o declínio de competência, sempre que um parlamentar renuncia ao mandato ou não é reeleito. A situação contribui para a prescrição da pretensão punitiva, prejudicando a efetividade da prestação jurisdicional.

⁷Nesse caso, consoante o § 1º do art. 21-A: “Caberá ao magistrado instrutor, convocado na forma do *caput*: i – designar e realizar as audiências de interrogatório, inquirição de testemunhas, acareação, transação, suspensão condicional do processo, admonitórias e outras; ii – requisitar testemunhas e determinar condução coercitiva, caso necessário; iii – expedir e controlar o cumprimento das cartas de ordem; iv – determinar intimações e notificações; v – decidir questões incidentes durante a realização dos atos sob sua responsabilidade; vi – requisitar documentos ou informações existentes em bancos de dados; vii – fixar ou prorrogar prazos para a prática de atos durante a instrução; viii – realizar inspeções judiciais; ix – requisitar, junto aos órgãos locais do Poder Judiciário, o apoio de pessoal, equipamentos e instalações adequados para os atos processuais que devam ser produzidos fora da sede do Tribunal; x – exercer outras funções que lhes sejam delegadas pelo relator ou pelo Tribunal e relacionadas à instrução dos inquéritos criminais e das ações penais originárias” (BRASIL, 2017b, p. 36-37).

O ministro do STF sustenta que a garantia se tornou uma “perversão da justiça” e acrescenta que “a movimentação da máquina do STF para julgar o varejo dos casos concretos em matéria penal apenas contribui para o congestionamento do tribunal, em prejuízo de suas principais atribuições constitucionais” (BRASIL, 2017a, p. 3).

Torna-se urgente, portanto, uma revisão do sistema jurídico, para que o foro especial possa atender a um número reduzido de autoridades públicas. As razões para a imperiosa mudança vão desde a falta de fundamento para que tantas funções sejam detentoras do foro especial e a carência de estrutura da Corte Suprema para a atuação como juízes ordinários, até o aumento da sensação de impunidade e ineficiência do Estado por parte da população, decorrente da demora na decisão dos processos (BRASIL, 2017a; CONSULTOR JURÍDICO, 2017).

A eficiência da prestação jurisdicional somente é alcançada com a boa administração do aparelhamento estatal, que não deve medir esforços para a satisfação dos interesses da sociedade, posto constituir o cerne da sua existência. Para Tabak (2015, p. 4), “a noção de eficiência está intimamente relacionada à maximização de bem-estar da sociedade. Quando uma determinada proposição legislativa é eficiente, ela proporciona um aumento de bem-estar para a sociedade”. Em relação ao tema do estudo, verifica-se que a benesse constitucional do foro especial contribui para que o Estado não atinja sua finalidade precípua.

Outrossim, o foro especial por prerrogativa de função não deve permanecer para o julgamento dos crimes comuns por claramente violar o tratamento isonômico garantido aos indivíduos pela Carta Constitucional. A clara violação ao referido princípio é vista, por exemplo, nos casos em que o crime é praticado antes do mandato eletivo e, com a diplomação do parlamentar, o processo é automaticamente encaminhado ao Supremo. Destarte, a prerrogativa do foro privilegiado somente estará de acordo com o preceito da igualdade se for concebida, exclusivamente, para os crimes cometidos no estrito desempenho da função pública (BRASIL, 2017a).

Dallari (2016) acredita que a manutenção do foro especial para situações que envolvem o cumprimento do mandato eletivo faz-se necessária. Todavia, na prática, o que se vê é um grande número de pessoas sendo beneficiadas pela garantia constitucional de valer-se de um julgamento especial para atos pessoais que extrapolam os limites da função. O resultado, embora não pretendido, é a criação de uma casta de privilegiados impunes, o que causa prejuízos ao erário e à coletividade.

Entre os atuais ministros do STF, Celso de Mello assume uma postura radical quanto ao foro especial, ao propor o fim da garantia para os crimes comuns cometidos por qualquer das autoridades descritas na

CRFB. Ele argumenta que o número de juízes distribuídos pelas varas criminais em todo o país é infinitamente superior aos 11 ministros do STF, e não é certo sobrecarregar a instituição com situações que fogem da realidade do cargo ocupado. Ressalta ainda que, entre 1824 e 1969, parlamentares não gozaram do foro especial e nem por isso deixaram de ter autonomia para a realização dos seus trabalhos (VALENTE; SELIGMAN; MELLO, 2012).

Atualmente, tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº 10/2013, de autoria do senador Álvaro Dias, que altera os artigos 102, 105, 108 e 125 da CRFB⁸ para extinguir o foro por prerrogativa de função em crimes comuns cometidos por autoridades públicas.

⁸ Se aprovada a PEC 10/2013, o arts. 102, 105, 108 e 125 da CRFB serão redigidos nos seguintes termos: “Art. 102 [...] I - [...]: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nos crimes de responsabilidade os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; c) o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; d) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; e) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; f) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; g) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal; h) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; i) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; j) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; k) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; l) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; m) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; n) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; o) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público”; “Art. 105. [...] I - [...]: a) nos crimes de responsabilidade os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; [...] c) os *habeas corpus* quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, ¶, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos”; “Art. 108. [...] I - [...]: a) nos crimes de responsabilidade os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”; “Art. 125. [...] § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, vedado o estabelecimento de foro especial por prerrogativa de função no caso de crimes comuns, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça” (BRASIL, 2013, grifo nosso).

A justificativa para a aprovação da proposta concentra-se no argumento de que o fim do foro especial fortalece o princípio da isonomia, no momento em que o Estado oferece às autoridades o mesmo julgamento conferido ao cidadão comum quando da prática de condutas penalmente reprovadas.

É certo que o fundamento da igualdade permite o tratamento desigual, quando necessário, para a materialização da letra da lei. Contudo, “privilégios odiosos” não devem prevalecer para proteger membros do legislativo, executivo e judiciário em ações que não se coadunam com a função exercida. Noutros termos, “um crime consubstancia-se em conduta típica e antijurídica que nada tem a ver com os poderes ou faculdades conferidas pela lei ao administrador” (BRASIL, 2013).

No relatório sobre a PEC 10/2013, apresentado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o relator, senador Randolfe Rodrigues, defende o fim do foro especial por prerrogativa de função, sendo admissível apenas para os crimes de responsabilidade, cujo teor estaria de acordo com o exercício da função.

O senador aponta o foro especial como um “anacronismo constitucional”; verdadeiro instrumento de impunidade e proteção política, utilizado por muitos dos que pleiteiam cargos políticos para abster-se do julgamento nos juízos criminais. A garantia como medida a proteger a função e não o sujeito deixou há muito de cumprir o seu papel, tornando-se inócua (BRASIL, 2016c).

Como corolário, o STF assiste, inerte, ao descrédito da instituição pública, posto não ter competência para dar cabo à nefasta prerrogativa. No mesmo passo, seus ministros não conseguem conferir celeridade aos milhares e milhares de processos em curso. Mesmo o STJ, com o triplo de julgadores, está aquém de

cumprir a alta demanda processual, por desperdiçar valioso tempo nos casos de autoridades públicas, situações que seriam resolvidas com maior rapidez e esmero pelas instâncias ordinárias se lhes fosse atribuída a referida competência, tratando-se de crimes comuns (BRASIL, 2016c).

O julgamento de crimes comuns pelas instâncias superiores exige robusta apreciação do conjunto probatório, posto estar em xeque a liberdade individual, o que dificulta sobremaneira o trabalho dos ministros, pelo tempo dedicado aos processos dessa natureza, e prejudica que demandas que exigem menos dos julgadores possam ser apreciadas com maior rapidez (BRASIL, 2016c).

Não obstante o julgamento das autoridades pelas instâncias inferiores, o relator defende a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, logo após acórdão que confirma a sentença exarada, em razão de toda a matéria fático-probatória haver sido examinada com profundidade. A mesma medida concedida ao cidadão comum deve ser oferecida à classe política (BRASIL, 2016c).

De acordo com o mapa do fim do foro privilegiado, ferramenta que expõe a evolução da PEC 10/2013 (BRASIL, 2013) no Senado Federal, os votos encontram-se distribuídos da seguinte maneira: 49 senadores manifestam-se favoráveis à proposta; 29 encontram-se indecisos, e 3 senadores declaram-se contrários à proposta. Os números são diferentes dos apresentados no início de março de 2017, quando o mapa foi publicado. Mais de 70 senadores ainda não tinham um posicionamento sobre o fim do foro privilegiado e somente 8 eram favoráveis (MAPA..., 2017).⁹

O objetivo dos criadores do mapa é tornar clara a posição dos congressistas sobre o tema.

⁹Números atualizados até 26/5/2017.

Para tanto, lista os nomes de todos os senadores, seus votos até o momento da pesquisa e o meio de contato com eles, a fim de que a sociedade civil possa participar do processo de votação com críticas, sugestões ou elogios diretos ao parlamentar.

No primeiro semestre de 2017, foi aprovada, em dois turnos de votação, no Senado Federal, a PEC 10/2013 (BRASIL, 2013), que põe fim ao foro especial para os crimes comuns. Vale observar que o fim do foro aprovado não vale para o presidente dos poderes (Presidente da República, Presidente do Senado Federal, e Presidente da Câmara dos Deputados). Agora a proposta segue para a Câmara, onde passará pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em seguida por uma Comissão Especial para, depois, chegar ao plenário para duas votações (BRASIL, 2017).

6. Considerações finais

A sociedade vem sendo bombardeada diariamente com informações de crimes comuns e de responsabilidade cometidos por parlamentares, em sua maioria para enriquecimento ilícito. Nesse contexto, a garantia do foro especial por prerrogativa de função, presente desde a primeira Constituição brasileira, transformou-se em um verdadeiro fracasso.

Como se viu, atualmente 54.990 autoridades fazem *jus* à benesse. O resultado de tantas pessoas com a prerrogativa do foro especial não poderia ser diferente: tribunais superiores engessados pela quantidade de processos em trâmite e magistrados que lutam com todos os seus esforços para cumprir o ofício que lhes compete.

É difícil conceber o trabalho de um ministro do STF que tem em seu gabinete mais de 7 mil processos para decidir. Mais difícil ainda é

saber que, humanamente, a tarefa é impossível de ser cumprida em tempo hábil e que, com isso, quem mais sofre os prejuízos da dificuldade enfrentada pelos julgadores é a sociedade, que deveria receber dos órgãos e das autoridades públicas atuações eficientes, haja vista a satisfação do interesse público constituir a gênese da atuação estatal.

Cansada dos reflexos dessa ineficiência, a sociedade deixa de acreditar nas instituições públicas e políticas, por não ver soluções para os males estampados nos jornais e capas de revistas, e insistentemente compartilhados nas redes sociais pelos cidadãos que tornam público, por meio de charges em tons de revolta e tristeza, o sentimento que carregam. Não sem razão o instituto é chamado pela população de foro privilegiado, por simbolizar odiosos privilégios, como impunidade e inefetividade da prestação jurisdicional.

Operações como a Lava Jato, vistas com bons olhos pela sociedade por combater com veemência a corrupção, têm-se tornado um problema para o Supremo, que já recebeu centenas de denúncias contra parlamentares que gozam do foro especial. A cada delação, novos pedidos de investigação são encaminhados à Corte pela PGR, situação que, embora não devesse, torna-se preocupante. Na maioria dos casos, trata-se de crimes comuns, que exigem tempo e atenção redobrados para apreciação, o que contribui para a morosidade do órgão.

O presente estudo demonstrou a existência de duas correntes jurídicas em relação ao instituto em apreço. A primeira, minoritária, não vê o foro especial como um problema pelo fato de ele garantir autonomia àqueles que têm grandes responsabilidades. Para essa corrente, a dificuldade enfrentada pelos tribunais situa-se na quantidade de cargos protegidos pela CRFB.

A corrente majoritária, no entanto, manifesta-se totalmente contrária à prerrogativa. Sustenta que não apenas o STF mas também o STJ se encontram abarrotados de processos cujo mérito versa sobre infrações penais comuns cometidas por autoridades que poderiam ser solucionados pelos juízos de 1º grau, não fosse a prevalência do foro especial. A justiça criminal conta com milhares de juízes para realização do feito e um aparelhamento especial capaz de garantir decisões imparciais, após profunda análise dos fatos e provas apresentados no processo.

O nosso posicionamento caminha ao encontro dessa última corrente. Tribunais superiores devem ser responsáveis, tão somente, pela apreciação dos crimes de responsabilidade, até mesmo por serem os únicos cometidos no desempenho da função.

Não devem prevalecer no STJ e no STF processos cujos crimes comuns foram praticados antes mesmo do exercício do mandato eletivo. Inquéritos e ações penais dessa natureza retiram dos poucos ministros o precioso tempo de que dispõem e que poderia ser utilizado na apreciação de processos de natureza diversa que tramitam na casa.

Do mesmo modo, deve ser extirpada do ordenamento pátrio a norma que determina o encaminhamento automático do processo que se encontra em andamento na vara criminal do recém-eleito diplomado. A permanência do mandamento legal é fator que contribui para a sobrecarga processual enfrentada pelos ministros do STJ e do STF e pode acarretar, pela demora nas manifestações, o declínio de competência, situação que torna inútil todo o trabalho anteriormente realizado. Ainda mais grave, a morosidade pode incidir na prescrição da pretensão punitiva, o que representa um prêmio para o criminoso.

Acreditamos que a aprovação definitiva da PEC 10/2013 (BRASIL, 2013), prestes a acontecer, ao delimitar aos tribunais colegiados apenas a apreciação dos crimes de responsabilidade, contribuirá para o descongestionamento dos órgãos superiores e para a mudança esperada não apenas pela sociedade, mas, também, pelos ministros julgadores, que almejam ver seus esforços resultarem na efetividade da prestação jurisdicional.

Sobre os autores

Júlio César de Aguiar é bacharel em Direito e mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil; doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; PhD in Law pela University of Aberdeen, UK; professor da graduação e do mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil; procurador da Fazenda Nacional em atuação na Consultoria de Assuntos Financeiros do Ministério da Fazenda.

E-mail: juliocesar.deaguiar@gmail.com

João Paulo Lacerda Oliveira é graduado em Direito pelo Centro Universitário Euro-Americano, Brasília, DF, Brasil; especialista em Direito, Estado e Constituição pelas Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central, Brasília, DF; mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília, Brasília DF; servidor público de Brasília, DF.

E-mail: joaopaulo26@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁰

THE END OF THE LEGISLATIVE IMMUNITY

ABSTRACT: This paper aims to assess the institute of special jurisdiction by office prerogative as well as whether this institute should remain effective as provided for by the 1988 Federal Constitution. The research carried out into updated bibliography, legislation and jurisprudence seeks answers to such issues as putting an end to special jurisdiction and its possible contribution to the effectiveness of jurisdictional provision. It portrays the special jurisdiction institute before the country's Supreme Federal Court of Justice, on the basis of the analysis of the number of suits underway, the estimated time until the decision has passed into *res judicata*, the number of actions not judged because the limitations periods has expired, among others. Several views are presented that have a bearing on the importance and permanence of special jurisdiction; in addition, an exposition is made on the current state of the 2013 Constitutional Amendment Proposal n^o 10 (PEC 10/2013) purporting to put an end to said jurisdiction.

KEYWORDS: SPECIAL FORUM BY FUNCTION PREROGATIVE. EFFECTIVENESS OF JUDICIAL PROVISION. PEC 10/2013. POSITIONS.

Como citar este artigo

(ABNT)

AGUIAR, Júlio César de; OLIVEIRA, João Paulo Lacerda. O fim do foro especial por prerrogativa de função. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 115-134, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p115>.

(APA)

Aguiar, J. C. de, & Oliveira, J. P. L. (2018). O fim do foro especial por prerrogativa de função. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(217), 115-134. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p115

Referências

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. *Diário Oficial*, 24 fev. 1891.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. *Diário Oficial*, 16 jul. 1934.

¹⁰ Sem revisão do editor.

- _____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 10 de novembro de 1937. *Diário Oficial*, 10 nov. 1937.
- _____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial*, 31 dez. 1940.
- _____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial*, 13 out. 1941.
- _____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. *Diário Oficial*, 19 set. 1946.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 451. *Diário da Justiça*, 8 out. 1964.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial*, 24 jan. 1967.
- _____. Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. *Diário Oficial*, 20 out. 1969.
- _____. Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, 26 dez. 2002.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 704. *Diário da Justiça*, 9 out. 2003.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.797-2/DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 19 dez. 2006a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.860-0/DF. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 19 dez. 2006b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395712>>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 2.295-1/MG. Autor: Ministério Público Federal. Indiciado: Júlio César Gomes dos Santos. Relator para o acórdão: Min. Menezes Direito. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=375865&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20104%20-%202004/06/2009>>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- _____. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2013. Altera os arts. 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função nos casos de crimes comuns. *Diário do Senado Federal*, 13 mar. 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=13/03/2013&paginaDireta=09292>>. Acesso em: 27 maio 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 546.609/DF. Recorrente: Pedro Aurélio Rosa de Farias. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 29 maio 2014a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=5988061&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20104%20-%202029/05/2014>>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 549.560/CE. Recorrente: José Maria de Melo. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 29 maio 2014b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=5988061&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20104%20-%202029/05/2014>>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 3.438/SP. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: José Abelardo Guimarães Camarinha. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário da Justiça Eletrônico*, 9 fev. 2015a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=7717922&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%2027%20-%202009/02/2015>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 2.688/SP. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Paulo Roberto Gomes Mansur et al. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 11 fev. 2015b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=7757003&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%2029%20-%2011/02/2015>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 3.734/SP. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: José Abelardo Guimarães Camarinha. Relator: Min. Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*, 2 mar. 2015c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=7914285&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%2040%20-%2002/03/2015>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Petição n. 5.243/DF. Requerente: Maria do Rosário Nunes. Requerido: Jair Messias Bolsonaro. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*, 9 set. 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=11634052&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20192%20-%2008/09/2016>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Inquérito n. 3.932/DF. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Jair Messias Bolsonaro. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*, 9 set. 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=11634052&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20192%20-%2008/09/2016>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. Senado Federal. [Relatório legislativo apresentado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania]. Relator: Sen. Randolfe Rodrigues. *Senado Federal*, Brasília, 4 nov. 2016c. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3961616&disposition=inline>>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. [Despacho da] Ação penal n. 937/RJ. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Roberto Barroso. Revisor: Min. Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*, 17 fev. 2017a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=12445068&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%2033%20-%2017/02/2017>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno* [recurso eletrônico]. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2017.

BULLA, B. et al. Janot pede ao Supremo 83 inquéritos com base na delação da Odebrecht. *Estadão*, Seção Política, Brasília, 14 mar. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/janot-envia-ao-supremo-83-pedidos-de-inqueritos-com-base-na-delacao-da-odebrecht/>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

CARVALHO, L. M. O Supremo tem 7 mil processos para cada ministro. *Estadão*, Brasília, 29 out. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,supremo-tem-7-mil-processos-para-cada-ministro,10000085198>>. Acesso em: 10 out. 2017.

CAVALCANTE FILHO, J. T.; LIMA, F. R. *Foro, prerrogativa e privilégio (Parte 1): quais e quantas autoridades têm foro no Brasil?*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado Federal, 2017. (Texto para discussão; n. 233). Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td233>>. Acesso em: 27 maio 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. Para Barroso, STF pode restringir foro especial antes de emenda constitucional. *Conjur*, [S.l.], 16 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-16/barroso-stf-limitar-foro-especial-antes-qualquer-pec>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

DALLARI, A. A. Foro por prerrogativa de função – na prática, a teoria é outra. *Conjur*, [S.l.], 16 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-16/interesse-publico-foro-prerrogativa-funcao-pratica-teoria-outra>>. Acesso em: 29 maio 2017.

FALCÃO, J. et al. *V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <http://bon039.cloud.fgv.br/Foro_privilegiado_no_Supremo_Final.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

GALVÃO, J. O. L. Três argumentos para manter o foro por prerrogativa de função. *Conjur*, [S.l.], 4 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-04/observatorio-constitucional-tres-argumentos-manter-foro-prerrogativa-funcao>>. Acesso em: 28 maio 2017.

IMPERIO DO BRAZIL. Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. *Carta de Lei de 25 de Março de 1824*. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offercida e jurada por Sua Magestade o Imperador. [S.l.: s.n.], 1824.

MAPA do fim do foro privilegiado – pela aprovação da PEC 10/2013. *Vem pra rua*, [S.l.], 2017. Disponível em: <<http://fimdoforo.vempraru.net/>>. Acesso em: 27 maio 2017.

MEIRELLES, H. L.; BURLE FILHO, J. E.; BURLE, C. R. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, E. *Curso de processo penal* [recurso eletrônico]. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

REALE JÚNIOR, M. Foro privilegiado?. *Estadão*, Seção Opinião, [São Paulo], 7 jan. 2017. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,foro-privilegiado,1000098670>>. Acesso em: 29 maio 2017.

TABAK, B. M. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 52, n. 205, p. 321-345, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509955/001035857.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

TOURINHO FILHO, F. da C. *Código de Processo Penal comentado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALENTE, R.; SELIGMAN, F.; MELLO, F. Ministro do STF defende fim do foro privilegiado. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 26 fev. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/27764-ministro-do-stf-defende-fim-do-foro-privilegiado.shtml>>. Acesso em: 26 maio 2017.

A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência

Entre a autovinculação e a revogação de precedentes

GUILHERME BACELAR PATRÍCIO DE ASSIS

Resumo: O Supremo Tribunal Federal (STF) tem vacilado na definição do alcance da garantia constitucional da presunção de inocência. A controvérsia reside no estabelecimento do momento a partir do qual o condenado criminalmente pode começar a cumprir a pena. Nos últimos oito anos, o entendimento do STF mudou duas vezes. Em 2016, em quatro julgamentos, o STF asseverou ser possível o início da execução da pena após a condenação por um tribunal de segundo grau, mesmo que haja recurso pendente de apreciação por um tribunal superior. Contudo, ainda não se pode dizer que a Corte tenha assentado uma orientação definitiva sobre esse assunto. Uma nova mudança não está fora de cogitação. A oscilação decisória no STF gera insegurança jurídica, desigualdade e dificulta que o Tribunal cumpra suas principais funções de conferir higidez, coesão e estabilidade ao ordenamento jurídico constitucional e de elaborar precedentes confiáveis a serem seguidos pelos demais juízes e tribunais.

Palavras-chave: Suprema Corte. Presunção de inocência. *Stare decisis*. Mudança de jurisprudência. Segurança jurídica.

1. Introdução

É preciso, naturalmente, admitir que a jurisprudência do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) possa ser modificada – entre outros motivos, para não acarretar o engessamento do Direito. Porém, devem-se estabelecer parâmetros normativos claros, objetivos e relativamente rígidos para balizar a superação da sua jurisprudência ou a revogação

Recebido em 31/10/17
Aprovado em 23/1/18

de seus precedentes, que, em qualquer caso, deve ser concebida como algo excepcional.

Contudo, não é incomum que a mudança do entendimento pretoriano decorra tão somente da alteração da composição do STF ou do STJ, quando então a discussão é reaberta para colher a opinião dos novos integrantes de uma Corte. Busca-se formar uma nova maioria a fim de viabilizar o abandono da tese jurídica até então prevalecente. Outras vezes, a virada na jurisprudência é resultado da revisão da posição individual de alguns ministros, mesmo sem ter havido modificação substancial na composição do tribunal.

O repositório jurisprudencial do STF é rico em exemplos de guinadas bruscas e repentinas em sua jurisprudência dominante¹. Houve situações em que o STF, desde o advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988), mais de uma vez mudou radicalmente sua compreensão sobre a interpretação e o alcance de uma mesma cláusula constitucional. Em outros casos, ele abandonou entendimentos pouco tempo depois de tê-los firmado.

O objetivo do presente ensaio é discorrer sobre o possivelmente mais emblemático (e ao mesmo tempo bastante atual) exemplo de oscilação na jurisprudência do STF, referente à controvérsia em torno do alcance do princípio fundamental da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII, da CRFB. Ao fazê-lo, é necessário refletir sobre o papel confiado aos Tribunais Superiores pela CRFB e sobre a existência, ou não, do dever de autovinculação aos seus próprios julgados.

Em menos de oito anos, o STF reviu sua jurisprudência duas vezes, a última delas em fevereiro de 2016, por ocasião do julgamento do HC 126.292 (BRASIL, 2016a), hasteando a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete a garantia prevista no artigo 5º, LVII, da CRFB. No segundo semestre de 2016, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral e de ações declaratórias de constitucionalidade, o STF ratificou por duas vezes o entendimento sufragado no HC 126.292.

¹ Vale mencionar, a título exemplificativo, alguns casos recentes: a competência da Justiça do Trabalho para julgar ações de indenização por danos materiais e morais movidas por empregados contra ex-empregadores, antes outorgada à Justiça estadual (BRASIL, 2005b); o direito ao creditamento de IPI nos casos de aquisição de insumos isentos ou com alíquota zero, em face do princípio da não cumulatividade (BRASIL, 2007c, 2008a); o cabimento de ação rescisória (BRASIL, 2017a) em matéria constitucional (BRASIL, 2014c); o prazo prescricional da pretensão de cobrança de valores não pagos a título de FGTS alterado de 30 para 5 anos (BRASIL, 2015a); a possibilidade de quebra de sigilo bancário pelo Fisco sem autorização judicial (BRASIL, 2016b); a desnecessidade de autorização da Assembleia para a instauração de ação penal contra governadores (BRASIL, 2017g, 2017h, 2017i).

Embora tenha proferido recentes decisões acerca desse polêmico e relevante tema, ainda está muito acesa no STF a discussão sobre a abrangência da referida garantia constitucional. Há sinais de que, em breve, pode haver outra reviravolta na jurisprudência da Corte sobre o assunto.

2. Da função primordial do STF e do STJ: a defesa da ordem jurídica

Segundo Tunc (1978, p. 435-436), o papel primário, “unanimemente reconhecido”, de um tribunal de vértice é velar pela correta interpretação das regras jurídicas (*veiller à la bonne application des règles juridiques*) e assegurar ao Direito unidade, clareza e certeza (*d’assurer au droit unité, clarté, certitude*). A outra função, de natureza secundária, ligada ao interesse imediato dos litigantes, consiste em propiciar uma justa decisão para o conflito (TUNC, 1978, p. 437).

De forma semelhante, Silva (1963, p. 3) explica que todos os Estados têm um órgão jurisdicional de hierarquia superior aos demais, cuja principal finalidade é conferir uniformidade interpretativa aos textos legislativos. Ao mesmo tempo, os Estados criam instrumentos processuais para viabilizar que os litigantes submetam à apreciação do tribunal de cúpula a alegação de violação de alguma lei ou da Constituição. Dessa forma, a esses tribunais é outorgado o poder de assentar a última palavra sobre o verdadeiro sentido do preceito interpretado, conferindo certeza às regras de conduta e estabelecendo, para o futuro, modos de conduzir-se nos negócios jurídicos.

No Brasil, como é sabido, o STF e o STJ, ressalvadas as suas competências originária e recursal ordinária, funcionam como instâncias extraordinárias do Poder Judiciário. Na qualidade de órgãos judiciários de sobreposição, a sua mais relevante missão, instrumentalizada principalmente por meio dos recursos extraordinário e especial, é conferir unidade, certeza e coerência ao Direito constitucional e infraconstitucional federal, outorgando sentido aos textos legislados mediante a interpretação judicial e, por conseguinte, reduzindo a equivocidade dos seus enunciados linguísticos, com o que proporcionam coesão ideológica e sistematização jurisprudencial ao ordenamento jurídico (STRECK, 2004, p. 507).

Essa função é denominada nomofilática (*funzione nomofilattica* ou *funzione de nomofilachia*), consistindo, em síntese, na proteção da ordem jurídica objetivamente considerada. Por meio da nomofilaquia, busca-se garantir que a CRFB e as leis federais sejam interpretadas e aplicadas de

forma uniforme em todo o País, conferindo-se higidez ao ordenamento jurídico. Concretizam-se, por meio dela, princípios estruturantes do Estado de Direito, sobretudo a segurança jurídica e a igualdade².

Ademais, ao fixarem a “correta” interpretação da lei ou da CRFB, os julgados do STF e do STJ atendem à nomofilaquia e operam como paradigmas ou modelos decisórios para os outros tribunais e para a sociedade. É também atribuição primária desses tribunais, que exercem jurisdição sobre todo o território nacional, o desempenho da função paradigmática³.

O STF e o STJ não têm por vocação constitucional, senão de forma reflexa ou acessória, primar pela realização da justiça do caso concreto, prestando tutela jurisdicional direcionada imediatamente ao interesse subjetivo dos litigantes. A CRFB confiou essa função, conhecida como “dikelógica”⁴, aos órgãos das instâncias ordinárias do Poder Judiciário.

² O vocábulo *nomofilático*, esclarece Dantas (2012, p. 40-41), “deriva da junção de duas palavras de origem grega: *nómos*, que significa ‘uso’, ‘regra’, ‘norma’, ‘lei’, e *phylaktikós*, que significa ‘que tem a virtude de preservar ou conservar’. Daí a palavra *nomofilático*, que tradicionalmente assumiu o conceito de proteção da letra da lei, ter se consagrado nos meios jurídicos, especialmente a partir da Revolução Francesa, quando o apego à letra da lei foi levado a níveis exacerbados. A palavra, porém, a nosso ver, pode ser subtraída da ideologia maniqueísta em que foi concebida, de modo a significar, nos dias de hoje, simplesmente manutenção da inteireza do direito, e não mais estritamente da letra da lei”.

³ A propósito, é bastante interessante a leitura do voto do ministro Edson Fachin no HC 126.292. O ministro faz uma excelente ponderação da garantia da presunção de não culpabilidade com as funções que a CRFB outorgou ao STF. Diz o ministro Fachin: “Creio que a esta Corte, pela Constituição, foi atribuído o elevado e precípuo papel de guardião da Constituição, cujo exercício se dá por meio da formulação de teses jurídicas, orientando e conferindo segurança jurídica na aplicação das normas constitucionais pelas instâncias jurisdicionais que a precedem. Da mesma forma, ao Superior Tribunal de Justiça foi atribuído pela Constituição o elevado mister de unificar a interpretação do direito federal infraconstitucional. [...] O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. [...] A própria Constituição é que põe o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica e apenas reflexamente a operar para apreciar situações de injustiças individuais” (BRASIL, 2016a, p. [20-24]). O ministro Teori Zavascki, relator do HC 126.292, emite opinião semelhante sobre o papel do STF. Vale mencionar este excerto de seu voto: “Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto” (BRASIL, 2016a, p. [15-16]). Também no âmbito do acórdão proferido no HC 126.292, com visão parecida, o ministro Luís Roberto Barroso asseverou em seu voto: “Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional” (BRASIL, 2016a, p. [41]).

⁴ Explica Dantas (2012, p. 71) que a palavra *dikelógica*, de origem grega, “é composta pela partícula *dike*, que significa ‘justiça’, e pelo pospositivo *lógiko*, cujo significado é ‘re-

Atualmente, sob a égide do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015b), que buscou positivizar um sistema de precedentes vinculantes, mostra-se imprescindível a necessidade de o STF e o STJ prestarem deferência aos seus próprios acórdãos, notadamente àqueles proferidos pelo seu Plenário e pela sua Corte Especial, respectivamente.

3. Do dever de autorrespeito aos precedentes: a vinculação do STF e do STJ aos seus próprios julgados

O art. 926, *caput*, do CPC (BRASIL, 2015b) estabelece que todos os tribunais têm o dever de uniformizar a sua jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente. Tal obrigação visa a proporcionar a criação de um ambiente decisório mais isonômico e previsível, a exigir que os tribunais deem o exemplo (NEVES, 2016, p. 1.487).

Dogmaticamente, em poucas palavras, a exigência de integridade e de coerência está atrelada à concepção de Dworkin (2014, p. 271-287), que, partindo de um ideal político e da necessidade de observância de princípios fundamentais do sistema jurídico, preconiza que o tribunal deve analisar o Direito como um romance em cadeia. Sempre que vier a decidir um caso novo, deve tomar em consideração os seus precedentes, assim como o novo capítulo de um romance há de ser escrito levando-se em conta os capítulos anteriores.⁵

Em síntese: coerência quer dizer consistência, dever de não contradição da decisão atual em relação às anteriores. Integridade significa que as decisões de um tribunal devem revelar harmonia com o ordenamento jurídico considerado em sua totalidade, devendo os fundamentos determinantes do acórdão extrair legitimidade perante o Direito posto, sobretudo em face dos princípios constitucionais fundamentais.⁶

A estabilidade, por sua vez, associa-se à continuidade, à permanência, à preservação da jurisprudência. Retrata a necessidade de um tribunal aderir aos entendimentos já estabelecidos.

Aliás, as concepções de coerência, de integridade e, sobretudo, de estabilidade jurisprudencial remetem à doutrina do *stare decisis*, que

lativo à razão'. Assim, a função *dikelógica* está associada à busca de justiça no caso levado ao tribunal, mediante a correta aplicação do direito. Trata-se, pois, de tutela do chamado *ius litigatoris*".

⁵ Nesse sentido, ver Theodoro Júnior et al. (2015, p. 351-352).

⁶ "A integridade exige que as normas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, uma instituição que aceite esse ideal irá, por vezes, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo" (DWORKIN, 2014, p. 264). A propósito, ver também Zaneti Junior (2015, p. 1.316).

sustenta que as normas extraídas de uma decisão judicial devem ser aplicadas na solução de casos semelhantes no futuro, indicando a grande probabilidade de que uma futura causa faticamente assemelhada seja decidida da mesma maneira da anterior (*treating like cases alike*), com o que se promove concretamente os princípios da igualdade e da segurança jurídica, garantias fundamentais arroladas no art. 5º, *caput*, da CRFB.⁷

Em poucas palavras, o *stare decisis* preconiza que juízes e tribunais têm a obrigação de seguir as decisões já estabelecidas, aplicando as normas judiciais (*ratio decidendi*) anteriormente editadas (CHAMBERLAIN, 1885, p. 6).

Conforme salienta Eisenberg (1988, p. 48), o *stare decisis* incrementa também a confiança justificada (*justifiable reliance*) – subprincípio da segurança jurídica – a respeito do conteúdo do Direito vigente, permitindo que os cidadãos e as empresas possam, com boa dose de previsibilidade, pautar suas condutas e planejar suas atividades em conformidade com o ordenamento jurídico. Além disso, o *stare decisis* protege o precedente do individualismo dos juízes e da instabilidade do próprio Tribunal (BALEEIRO, 1968, p. 126-127).

De outro lado, como não poderia deixar de ser, a exortação legal a que os tribunais mantenham a sua jurisprudência íntegra, coerente e estável, estatuída no art. 926, *caput*, do CPC, não é obstáculo intransponível à superação de sua jurisprudência consolidada – denominada *overruling* nos países da tradição do *Common Law*.

Assim como as leis, com o passar do tempo também as decisões judiciais podem mostrar-se injustas, defasadas, inconsistentes ou inade-

quadas. A possibilidade de mudança da jurisprudência ou da revogação de precedentes é, pois, corolário da necessidade de se permitir a evolução do Direito (mediante sua adequação às novas demandas sociais) e, por conseguinte, a realização da justiça.

Sendo mutável a realidade social, é compreensível que, com o decorrer do tempo, a compreensão das normas jurídicas possa ser alterada, ainda que o texto legislado permaneça o mesmo, pelo que é absolutamente natural a evolução da jurisprudência através da revisão de teses jurídicas (MOREIRA, 2010, p. 4). Desse modo, não apenas ao legislador, mas também ao Judiciário, é afiançada a tarefa de acompanhar a evolução econômica, social, cultural e política da sociedade, podendo, para tanto, os tribunais modificar sua jurisprudência (NERY JÚNIOR, 2008, p. 95).

Assim, até mesmo como decorrência de um poder implícito (*implied power*), o órgão judicial que cria o precedente há que deter a prerrogativa legal de revogá-lo. Entretanto, a mudança de jurisprudência, sobretudo quando perpetrada de forma abrupta, produz um efeito desintegrador do Direito, rompendo a coesão do sistema jurídico (CIMARDI, 2015, p. 190-191).

É preciso que existam parâmetros claros e razoavelmente rígidos para a realização do *overruling*, inclusive com o escopo de limitar a discricionariedade ou a liberdade dos membros do tribunal, evitando-se mudanças de jurisprudência casuísticas ou arbitrárias, além de alterações bruscas.

Há razoável consenso no sentido de que o precedente anterior estará em condições de ser superado: a) ao deixar de corresponder aos padrões de congruência social (quando passa a negar as proposições morais, políticas e de experiência) ou de consistência sistêmica (quando não mais guardar coerência com

⁷Nesse sentido, Dworkin (2002, p. 176) conceitua precedente como uma decisão anterior que, como fragmento da história política, oferece alguma razão para que outros casos sejam decididos de forma similar no futuro.

outras decisões); e b) se os valores subjacentes à doutrina do *stare decisis* (igualdade, segurança jurídica, proteção da confiança justificada, prevenção contra a surpresa injusta, etc.), quando em face de outros valores, não mais justificarem a preservação do precedente (EISENBERG, 1988, p. 104-105).

De um lado, valores ligados à justiça (necessidade de eliminação de uma norma obsoleta ou equivocada) e, de outro, à segurança jurídica (certeza, previsibilidade, proteção da confiança e estabilidade), devem ser concretamente sopesados para legitimar o abandono de um entendimento consolidado. Ou seja: a legitimidade da mudança de entendimento impõe um contundente discurso de justificação, devendo o afastamento (*departure*) do precedente original ser expressamente tematizado e debatido, qualquer que seja a tradição jurídica (BUSTAMANTE, 2012, p. 388).

Em boa hora, esse sopesamento de valores foi positivado pelo legislador processual por meio das regras dispostas nos §§ 3º e 4º do art. 927 do CPC, que estipulam, respectivamente, que

na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” e que “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (BRASIL, 2015b).⁸

⁸ Observa-se que o CPC, como era de se esperar, não impede o abandono dos precedentes. Estabelece, porém, balizas mais rígidas para que o STF e o STJ os revoguem, com o intento de evitar constantes idas e vindas de sua jurisprudência em períodos relativamente curtos.

Assim, o STF e o STJ devem demonstrar, mediante fundamentação adequada e específica, a existência de razões suficientemente robustas para levar a cabo a modificação da sua jurisprudência, bem como ponderar sobre a necessidade de modular no tempo os efeitos da decisão que culminou na superação do entendimento até então consolidado, atribuindo-lhe eficácia prospectiva com o objetivo de mitigar os possíveis abalos e transtornos causados nas relações jurídicas já travadas sob a égide do entendimento anterior.⁹

Noutro giro, vale ressaltar que o dever de respeito às decisões pretéritas não se dirige apenas aos juízos e tribunais inferiores, mas também e particularmente ao próprio órgão jurisdicional que as cunhou. Daí se falar em *stare decisis* horizontal e *stare decisis* vertical, ou em eficácia horizontal e vertical dos precedentes, para se referir, respectivamente, ao dever de autorrespeito de um determinado órgão jurisdicional aos seus julgados e de vinculação de juízos e tribunais inferiores às decisões de Cortes Superiores.

Dois dispositivos do CPC (BRASIL, 2015b) – o art. 927, V, que estipula que os tribunais devem observar “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”,

Guardadas as devidas proporções, pode-se afirmar que o CPC, nos arts. 926 e 927, encampou a doutrina do *normally binding precedent*, adotada pela *House of Lords* a partir da proclamação do *Practice Statement* em 1966, quando foi abandonado o *strictly binding precedent*, que preconizava caber exclusivamente ao Legislativo o poder de revogar um precedente judicial por ela editado.

⁹ Neste sentido, diz Barroso (2006, p. 275): “se a cada momento o Judiciário pudesse modificar o seu entendimento sobre a legislação em vigor e atribuisse às novas decisões efeitos retroativos, instalar-se-ia a absoluta insegurança jurídica. Nada do que ocorreu no passado poderia ser jamais considerado definitivo pelos particulares, já que, a qualquer momento, a questão poderia ser revista por um novo entendimento do Judiciário. É evidente que uma construção nesse sentido seria totalmente incompatível com a ordem constitucional brasileira. A ‘bontade’ de que no Brasil até o passado é incerto não fornece boa doutrina”.

e o art. 926, *caput*, que lhes impõe a obrigação de manter a jurisprudência íntegra, coerente e estável – consubstanciam o fundamento jurídico infraconstitucional da obrigação de autovinculação dos tribunais aos seus próprios precedentes. Nesses dispositivos repousa a base legal da eficácia vinculante horizontal das decisões judiciais.¹⁰

Apesar de ser uma exigência indistintamente direcionada a todo e qualquer tribunal, em virtude das relevantíssimas funções nomofilática e paradigmática que exercem como órgãos de sobreposição na estrutura do Poder Judiciário, a importância do respeito ao autoprecedente é bastante mais acentuada na atividade jurisdicional a cargo do STF e do STJ.

Um tribunal de cúpula que não outorgar a necessária deferência aos seus próprios julgados, modificando-os constantemente ou criando subterfúgios para não os aplicar, não gozará do respeito e nem inspirará a confiança justificada na sociedade e nos demais juízos inferiores¹¹ e, por consequência, falhará no cumprimento de suas missões mais relevantes. Especificamente no que se relaciona ao STF, a força normativa da CRFB está indissolúvelmente conectada à estabilidade das suas decisões (MARINONI, 2007, p. 13), pois elas não serão capazes de conferir higidez à ordem jurídica objetiva e nem servirão como mecanismos eficazes de orientação normativa, deixando de fornecer pautas de conduta confiáveis para as pessoas em geral e modelos decisórios seguros para os juízes das instâncias inferiores.

Da atenta compreensão do art. 927, V, do CPC, infere-se que as decisões do Pleno do STF obrigam não apenas às suas duas turmas (que em hipótese alguma podem divergir da orientação plenária), mas também ao próprio Plenário¹².

¹⁰ Há quase 12 anos, antes do efetivo despertar do interesse de parcela da doutrina pelo estudo da dogmática dos precedentes vinculantes, o ministro do STJ Humberto Gomes de Barros fez a seguinte advertência: “O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Seção – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la” (BRASIL, 2005a, p. [1]).

¹¹ Nesse sentido, Taruffo (2011, p. 149) assevera que “uma corte que, sobre a mesma questão, cambiasse cada dia uma opinião, teria bem escasso respeito e violaria qualquer princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei. Justificar-se-ia, por isso, e com sólidas razões, um grau elevado de força do autoprecedente, ou até mesmo, um vínculo formal da corte a seguir os seus próprios precedentes”.

¹² Vale repisar que a vinculação neste caso não se dá de forma absolutamente inflexível, sendo viável, observadas os parâmetros delineados no § 4º do art. 927, que o Pleno do STF promova a substituição de um entendimento jurisprudencial sobre uma questão

Por outro lado, por não haver hierarquia entre as duas turmas do STF, o *stare decisis* não opera entre elas; ou seja, os arestos de uma turma não obrigam à outra, que pode decidir de forma diversa. Porém, porque o julgado de uma turma faz surgir uma “fumaça do bom direito” perante a sociedade, na medida em que a decisão desse órgão fracionário há que ser concebida como uma interpretação possível e razoável do texto legal, deve a outra se manifestar expressamente sobre os argumentos adotados no acórdão-paradigma, cabendo-lhe o ônus de demonstrar que existem melhores razões jurídicas para tomar uma decisão em sentido diverso.

Caso seja constatada divergência de entendimento entre as duas turmas sobre uma mesma controvérsia, os ministros do STF devem – com a brevidade possível, valendo-se dos instrumentos processuais destinados a uniformização de sua jurisprudência – levar a discussão ao Pleno para que seja definitivamente estabelecida a solução da questão e fixada a derradeira interpretação da CRFB, salvaguardando, com isso, os princípios da segurança jurídica e da igualdade e restabelecendo a integridade e a coerência da ordem jurídica.

4. Das constantes oscilações decisórias do STF envolvendo a presunção de inocência: a violação ao dever de autovinculação aos seus julgados

A controvérsia jurídica referente ao alcance do princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), estampado no

constitucional controvertida por outro, o que pode conduzir, inclusive, a uma mutação constitucional.

art. 5º, LVII, da CRFB, talvez seja o exemplo mais emblemático de reiteradas mutações constitucionais promovidas pelo STF por meio da abrupta modificação de sua jurisprudência e também da incompreensível insurgência de alguns de seus ministros contra as decisões do Pleno.

Somente nos últimos oito anos, o STF promoveu duas reviravoltas em sua jurisprudência e já dá sinais de que poderá realizar uma nova mudança de entendimento.

No HC 68.726¹³, julgado em 28/6/1991, já sob o império da CRFB, em decisão unânime¹⁴, o Pleno do STF decidiu que a ordem de prisão decorrente de sentença condenatória confirmada pela segunda instância não colide com a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade.

Esse entendimento foi posteriormente reafirmado em diversos acórdãos proferidos pelo

¹³“HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONÚNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTAO AS INSTANCIAS ORDINARIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO” (BRASIL, 1992, p. 209).

¹⁴A votação contou com a participação de 8 dos 11 ministros da Corte. Não participaram deste julgamento os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, os quais, possivelmente, divergiriam da maioria, o que conduziria a um julgamento não unânime, mas, ainda assim, por uma maioria expressiva de 9 votos a 2.

Tribunal, tendo vigorado no Pleno até o início de 2009.¹⁵

Contudo, em 5/2/2009, com a composição plenária significativamente alterada em relação à que participou do julgamento do HC 68.726¹⁶, o STF promoveu a primeira mutação constitucional quanto ao alcance da garantia da presunção de não culpabilidade prevista no art. 5º, LVII, da CRFB, assentando uma interpretação diametralmente oposta à anteriormente fixada.

No julgamento do HC 84.078 (BRASIL, 2010a), o Pleno do STF, por maioria de 7 votos a 4, suplantou o entendimento consolidado no HC 68.726. A Corte asseverou que a execução da sentença penal condenatória, na pendência de recursos excepcionais, é incompatível com o princípio da presunção de não culpabilidade, proibindo a prisão-pena antes do seu trânsito em julgado.

Naquela sessão, o STF vedou categoricamente a execução da pena enquanto não concluído o julgamento de recursos extraordinário ou especial, por entender que, antes do trânsito em julgado do decreto penal condenatório, somente seria possível a custódia de natureza cautelar, cuja decretação deveria ser devidamente fundamentada em elementos concretos que a justificassem. Os votos vencidos foram proferidos pelos ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. O ministro Gilmar

¹⁵Ver Brasil (1994, 1997, 2004, 2006a, 2007a). Contudo, vale frisar que, antes mesmo do julgamento plenário do HC 84.078 (BRASIL, 2010a), ambas as turmas do STF proferiram acórdãos adotando o entendimento da proibição da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, insurgindo-se contra a tese fixada pelo Pleno no HC 68.726, que ainda estava formalmente em vigor. Neste sentido, ver Brasil (2006b, 2007b, 2008b, 2012b, 2014a).

¹⁶Somente os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Veloso ainda estavam no STF quando da conclusão do julgamento do HC 84.078 em 2009.

Mendes, então presidente do Tribunal, acompanhou a maioria da Corte.

Na semana seguinte ao julgamento do HC 84.078, o Pleno do STF, no RHC 93.172 (BRASIL, 2011), apreciado em 12/2/2009, autorizou os ministros a decidir monocraticamente ações e recursos versando sobre a execução provisória da pena. Esse novo entendimento passou a ser seguido por ambas as turmas do STF.¹⁷

Todavia, apenas sete anos após a realização desse *overruling*, o Pleno do STF dispôs-se a reapreciar a controvérsia concernente à possibilidade do início da execução da pena fixada em sentença condenatória após o esgotamento das instâncias ordinárias, mas cujo acórdão do tribunal de origem foi atacado por recurso extraordinário ou especial.

Ao julgar o HC 126.292¹⁸, em 17/2/2016, com a composição majoritária modificada¹⁹, o STF promoveu nova mutação constitucional (o segundo *overruling*), restabelecendo a interpretação delineada no HC 68.726 (BRASIL, 1992). A Corte proclamou a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afir-

¹⁷Ver Brasil (2009, 2010b, 2012a, 2013, 2011, 2014b).

¹⁸CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (BRASIL, 2016a, p. [1]).

¹⁹Seis dos 11 ministros que participaram do julgamento do HC 84.078 (Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Menezes Direito) não mais integravam o STF quando do julgamento do HC 126.292.

mado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” (BRASIL, 2016a, p. [1]).

No mesmo ano, já na vigência do CPC, em 10/11/2016, o STF no Plenário Virtual, por maioria de 6 votos a 4²⁰, no ARE 964.246 com repercussão geral reconhecida (BRASIL, 2016c), reafirmou a tese cunhada no HC 126.292, a fim de que ela fosse obrigatoriamente replicada pelos juízes e tribunais em todos os processos judiciais em curso no País.

Finalmente, em sessão realizada no dia 5/10/2016, com base nos mesmos fundamentos estabelecidos no HC 126.292, o Plenário do STF, por 6 votos a 5, negou a concessão de liminares nas ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44²¹, ratificando, uma vez mais, a possibilidade de execução da pena após a condenação criminal em segundo grau, ainda que na pendência do julgamento de recursos excepcionais. Ficaram vencidos neste julgamento os ministros Marco Aurélio, relator, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, em parte, o ministro Dias Toffoli.

A despeito da recente tese jurídica firmada e reafirmada ao longo do ano de 2016, já há diversas decisões monocráticas posteriores que colidem frontalmente com o entendimento estabelecido pelo Pleno do STF nos quatro processos supracitados.²²

A título de ilustração, no *Habeas Corpus* 138.337, em 16/11/2016, apenas seis dias depois de o Plenário Virtual do STF julgar o ARE 964.246, o ministro Marco Aurélio deferiu medida liminar para suspender a execução da pena de paciente já condenado em segunda instância. O ministro teceu duras críticas ao procedimento adotado pelo tribunal, pontuou que as decisões tomadas nos citados precedentes não têm força vinculante e – o que é mais surpreendente – externou a

²⁰ O ministro Dias Toffoli mudou parcialmente seu entendimento, para admitir a execução provisória apenas após o julgamento do recurso especial pelo STJ e a ministra Rosa Weber – que havia votado pela manutenção do entendimento anterior assentado no HC 84.078 – não se manifestou no prazo regimental, razão pela qual o resultado do julgamento foi de 6 votos a 4, e não de 7 votos a 4, como ocorreu no HC 126.292, julgado pelo plenário meses antes.

²¹ Em 5/3/2018, os acórdãos ainda estavam pendentes de publicação.

²² O ministro Marco Aurélio concedeu, monocraticamente, diversas liminares em *habeas corpus*, contrariando o entendimento formado no HC 126.292 e no ARE 964.246. Ver Brasil (2017c, 2017o, 2017p, 2017q, 2018a). À revelia do entendimento do Plenário do STF firmado no HC 126.292, o ministro Ricardo Lewandowski também proferiu decisões liminares, como, por exemplo, as proferidas no HC 137.063 (BRASIL, 2017l), HC 145.856 (BRASIL, 2017j), HC 140.217 (BRASIL, 2017b) e no HC 144.908 (BRASIL, 2017f). No HC 144.908, o ministro Lewandowski asseverou que “o art. 5º, LVII, da Constituição de 1988 reforça a fumaça do bom direito que exala dos presentes autos, ao determinar que ‘ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória’” (BRASIL, 2017f, p. 114). Como se nota, a plausibilidade jurídica da pretensão fundou-se em tese categoricamente rechaçada pelo Pleno do STF.

sua insurgência em face do Pleno do Tribunal que integra ao sustentar a necessidade de exercer resistência democrática e republicana.²³

Ante a explícita recusa de alguns ministros – vencidos nos julgamentos anteriores – em aderir à orientação colegiada assentada pelo Pleno da Corte, já se nota que a controvérsia concernente à interpretação e ao alcance do art. 5º, LVII, da CRFB ainda não foi definitivamente dirimida.

Certo é que, em dado momento, o Pleno do STF voltará a debruçar-se sobre o tema, porquanto pendente ainda de julgamento o mérito das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44. Nada obsta, ademais, dada a relativa facilidade de instauração da jurisdição do STF, que, por meio de outro recurso extraordinário ou de um *habeas corpus*, tal controvérsia seja levada em breve para reapreciação da Corte.

Em maio de 2017, por meio de declarações à imprensa²⁴, o ministro Gilmar Mendes, que integrou a corrente vencedora favorável à possibili-

²³ Em sua decisão, o ministro Marco Aurélio aduziu o seguinte: “O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do mencionado diploma legal, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo Relator, ministro Teori Zavascki – agravo em recurso extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do *habeas corpus* nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e ‘confirmado a jurisprudência’, assentada em processo único – no citado *habeas corpus* –, não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétrea – segundo a qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Lei Fundamental. Ao tomar posse neste Tribunal, há 26 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por seis votos a quatro, e o seria, presumo, por seis votos a cinco, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d’alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – segundo a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana” (BRASIL, 2017q, p. [7-8]). Cumpre registrar que outros ministros, vencidos no julgamento do HC 126.292, ressaltando seu entendimento pessoal, têm aplicado a tese firmada, no sentido da possibilidade de início da execução da pena após a confirmação da sentença condenatória pelo tribunal de segundo grau. Nesse sentido, foi a recente decisão monocrática, proferida em 5/6/2017, pelo ministro Celso de Mello, decano da Corte, no HC 135.100 (BRASIL, 2018b), em que ele, invocando expressamente o princípio da colegialidade, tornou sem efeito liminar anteriormente deferida, e indeferiu o pedido de concessão de *habeas corpus*. No mesmo sentido, ver Brasil (2017e). O ministro Dias Toffoli que, como já frisado, posteriormente ao julgamento do HC 126.292, modificou, em parte, seu entendimento, também tem seguido o entendimento ainda predominante do tribunal, fixado neste julgado. Nesse sentido, ver decisão monocrática por ele exarada no HC 148.062 em 20/9/2017 (BRASIL, 2017m).

²⁴ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-26/gilmar-estuda-rever-entendimento-execucao-antecipada-pena>>; <<https://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-estuda-rever-prisao-apos-segunda-instancia-21395908>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

dade de execução da pena após a confirmação da sentença condenatória por um órgão colegiado de segundo grau, afirmou que estava inclinado a rever parcialmente seu entendimento, cogitando publicamente a possibilidade de aderir ao entendimento do ministro Dias Toffoli, no sentido de admiti-la apenas após o julgamento do recurso especial pelo STJ. A tendência de sua possível mudança de opinião foi também ventilada, em *obiter dictum*, no voto que proferiu, em 23/5/2017, no HC 142.173 (BRASIL, 2017d).

Em decisões mais recentes (BRASIL, 2017k, 2017n), mesmo sem encampar abertamente ao entendimento do ministro Dias Toffoli, o ministro Gilmar Mendes concedeu liminares em *habeas corpus* para determinar a suspensão da execução provisória das penas de condenados em segunda instância.

A revisão da posição do ministro Gilmar Mendes²⁵, caso venha a se concretizar quando do julgamento final das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44, provavelmente conduzirá a mais uma guinada na jurisprudência do STF (o terceiro *overruling*), visto que se formará nova maioria de votos para restabelecer a tese da proibição da execução imediata da pena após a condenação em segunda instância.²⁶

5. Conclusão

O cenário acima traçado é verdadeiramente preocupante, visto que a instabilidade decisória em questão de tamanha sensibilidade jurídica e

²⁵ Vale destacar que o ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC 84.078, votou contra a execução da pena na pendência de recursos excepcionais, acompanhando a maioria dos ministros, tendo mudado de opinião em 2016 por ocasião da apreciação do HC 126.292.

²⁶ O provável novo entendimento do ministro Gilmar Mendes, pela possibilidade de execução da pena tão somente após o julgamento do recurso especial interposto perante o STJ, não prevalecerá no Plenário do STF, pois somente o Ministro Dias Toffoli comunga dessa mesma opinião. Contudo, os votos dos ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, ao sustentarem a necessidade de aguardar o julgamento pelo STJ, assentam, por decorrência lógica, a impossibilidade de execução da pena logo após a condenação em segunda instância quando tiver sido interposto recurso especial. Assim, com a mudança de posição do ministro Gilmar Mendes (que perfilhou a corrente atualmente prevalecente, fixada no HC 126.292), apenas cinco ministros permanecerão defendendo a tese da imediata execução da pena após o julgamento em segunda instância, quórum insuficiente para sustentá-la, dado que haverá seis votos contrários e, por conseguinte, formando nova maioria na Corte para restabelecer o entendimento anterior, fixado em 2009 no HC 84.078. Além do mais, não se pode olvidar a hipótese de que, a qualquer tempo, uma vez ventilada nos gabinetes do STF a possibilidade real de se promover uma outra mudança de orientação, um novo recurso extraordinário ou um *habeas corpus* também seja levado novamente a plenário por algum dos ministros buscando restabelecer a tese sufragada no HC 84.078 ou, ao menos, firmar uma tese intermediária, que não permita a execução da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias enquanto pendente recurso especial ao STJ, mas autorizando-a na pendência de recurso extraordinário (e, portanto, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória).

social, como a relativa ao alcance da garantia constitucional fundamental da presunção de inocência, perturba o sistema jurídico e desorienta a sociedade.

Vislumbra-se, nas constantes idas e vindas do STF, uma atuação em alguma medida disfuncional da Corte, que culmina na mitigação da própria força normativa da CRFB. Ao agir assim, o Tribunal não exerce, em plenitude, as funções primárias de defesa da ordem constitucional objetivamente considerada (nomofilática) e de fornecer modelos de pautas de conduta adequadas, à luz da CRFB, para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a sociedade (paradigmática).

Independentemente de qual o entendimento venha a prevalecer, ainda que possa ser questionado pela doutrina e pela sociedade ou que seja mais ou menos garantista, uma vez tomada a decisão, o STF deve zelar pela integridade, coerência e estabilidade de sua jurisprudência, velando pela permanência da tese que estabelecer.

É preciso que o STF assuma um papel central e decisivo que contribua para a formação de uma cultura pretoriana em que predomine uma visão institucional da Corte; que seus precedentes sejam compreendidos como representação da posição do Tribunal, e não como o resultado da soma da opinião de seus ministros retratada em seus votos e que pode ser livremente modificada a qualquer momento.

O princípio da colegialidade deve sobrepor-se ao individualismo de cada membro da Corte, pois representa uma importante ferramenta de manifestação da democracia no processo deliberativo-decisório dos tribunais. É incompreensível que decisões monocráticas sejam proferidas em dissonância com a voz ecoada do Plenário. Se nem as turmas do STF podem contrariar as decisões de seu Pleno (art. 927, V, e art. 926, *caput*, ambos do CPC), com muito maior razão não poderiam seus ministros contrariá-las.

A vontade institucional do STF, consubstanciada na corrente que sufragou a “correta” interpretação constitucional, deve ser respeitada tanto pela minoria da Corte, que no processo argumentativo-deliberativo não fez vingar seu entendimento, quanto pela própria maioria, que não deve, pela mera modificação de suas convicções pessoais, mudar seus votos. O acórdão há que ser visto como a posição definitiva (ainda que não imutável) e unitária (ainda que tenha havido votos divergentes) do Tribunal.²⁷

²⁷ A propósito, essa parece ser a compreensão da ministra Rosa Weber. Em seu voto proferido no HC 126.292, a ministra ponderou: “Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha. Nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição

As decisões do STF devem prevalecer e ser respeitadas não por serem necessariamente as mais corretas ou justas, mas sim por emanarem do órgão de cúpula do Poder Judiciário, encarregado pela CRFB de dar a última palavra sobre o sentido e o alcance de seus princípios e regras.²⁸

Seus julgados geram legítimas expectativas no meio social, inspirando confiança justificada naqueles que fiaram suas condutas de acordo com a orientação assentada pela Corte. Não há liberdade sem segurança jurídica. Não existe autonomia individual sem o prévio e inequívoco conhecimento do Direito como um todo, no qual se inclui a jurisprudência do STF. Sem a satisfatória cognoscibilidade do Direito e a adequada previsibilidade das possíveis consequências de suas condutas, as pessoas deixam de ser capazes de planejar seu futuro, ficando parcialmente tolhida sua liberdade de ação (ÁVILA, 2011, p. 177).

Tem-se, portanto, que o dever de autorrespeito do STF às suas próprias decisões emerge da própria CRFB, que exige a concretização, no plano material, das regras e princípios abstratamente positivados em seu texto escrito, notadamente da segurança jurídica e a igualdade, pilares do Estado de Direito, e que o posicionou como o órgão de cúpula do Poder Judiciário e lhe confiou a sua guarda.

Atualmente, a ideia de autovinculação ganhou ainda mais destacada importância na medida em que o CPC intentou positivar um sistema de precedentes, outorgando força vinculante a determinadas decisões dos tribunais superiores, especialmente do STF.

O funcionamento adequado do sistema de precedentes constitucionais obrigatórios tem como pressuposto básico que o STF se curve às suas decisões²⁹. Para que possa exigir respeito aos seus precedentes é imprescindível que, antes, a Suprema Corte e os seus ministros os respeitem.

Os §§ 3º e 4º do art. 927 do CPC são altamente salutares para tentar mitigar a prática ainda relativamente comum, inclusive no âmbito do

comporta leitura atualizada, à medida em que os fatos e a própria realidade evoluem. Tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário, a instituição, no caso o Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 2016a, p. [55]).

²⁸Nesse sentido, o ministro Edson Fachin, em seu voto proferido no HC 126.292, parafrazeando o *Justice* Robert Jackson, juiz da *Supreme Court* dos Estados Unidos entre 1941 e 1954, pondera que “não há dúvida de que se houvesse uma super Suprema Corte, uma porção substancial de nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra” (BRASIL, 2016a, p. [20]).

²⁹Evidentemente, malgrado tenha sido, em sede infraconstitucional, instituído pelo CPC, o sistema de precedentes vinculantes não se restringe às causas cíveis, abrangendo também as questões criminais, como é o caso da interpretação da garantia da presunção de não culpabilidade. A eficácia vinculante dos precedentes do STF decorre diretamente da CRFB, sendo indiferente se a controvérsia decidida pelo STF, em casos repetitivos ou não, é de natureza cível ou criminal.

STF, de se promoverem bruscas modificações de entendimento, às vezes em curto intervalo temporal, sem apresentar justificativas efetivamente robustas para realizá-las e sem avaliar as consequências práticas dessas alterações, especialmente em face dos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da proteção da confiança³⁰.

Quer à luz da CRFB, quer da legislação infraconstitucional processual, o STF tem o dever de evitar mudanças casuísticas de entendimento promovidas ao sabor da vontade individual de seus ministros ou de uma maioria ocasionalmente formada em decorrência da alteração da composição da Corte, o que, a toda evidência, tem ocorrido com relação à interpretação do princípio da presunção de inocência.

Urge que o STF externar uma posição verdadeiramente definitiva e clara acerca do alcance do princípio da presunção de inocência, evitando-se o prolongamento de incertezas e de especulações quanto a esse assunto.

Sobre o autor

Guilherme Bacelar Patrício de Assis é mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; juiz federal.
E-mail: gbacelarpa@yahoo.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês³¹

THE VOLATILITY IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT'S DECISIONS ABOUT THE GUARANTEE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE: BETWEEN SELFCONSTRAINT AND OVERRULING

ABSTRACT: The Brazilian Supreme Court (STF) has hesitated on ruling the boundaries of the constitutional guarantee of the presumption of innocence. The controversy lies in establishing the moment from which the convicted defendant can start serving the sentence. In the last eight years, the STF changed its position on such matter twice. In 2016, in four cases, the STF ruled that is possible to execute the sentence after a conviction in a criminal case passed by a court of appeals even if there is a special or an extraordinary appeal pending review in the highest courts of Brazil. Nevertheless, it cannot be said that the Court has settled a definitive guidance on this issue yet. A new overruling is not out of the question. The volatility in the Brazilian Supreme Court's decisions creates

³⁰ A rigor, como já frisado, a jurisprudência somente poderia ser alterada quando não mais atendesse aos padrões de congruência social ou de consistência sistêmica.

³¹ Sem revisão do editor.

legal uncertainty, inequality and hinders the Court from achieve its main functions of providing consistency, cohesion and stability to the legal system and establishing reliable precedents to be followed by other judges and courts.

KEYWORDS: SUPREME COURT. PRESUMPTION OF INNOCENCE. STARE DECISIS. OVERRULING. LEGAL CERTAINTY.

Como citar este artigo

(ABNT)

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 135-156, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p135>.

(APA)

Assis, G. B. P. de (2018). A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(217), 135-156. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p135

Referências

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 261-288, abr./jun. 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 68.726-1/DF. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Relator: Min. Néri da Silveira. *Diário da Justiça*, 20 nov. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 71.124-1/RJ. Impetrante: Clovis Sahione et al. Paciente: Eliane de Souza Alfradique. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 23 set. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72907>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 74.983-6/RS. Impetrante: Gerson G. da Silva. Paciente: Mário Somensi. Relator: Min. Carlos Velloso. *Diário da Justiça*, 29 ago. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75650>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em habeas corpus n. 84.846-0/RS. Recorrente: Adão Andrade Porto. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relator:

Min. Carlos Velloso. *Diário da Justiça*, 5 nov. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382881>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial n. 593.309/DF. Agravante: Jadyr Valladares da Fonseca Filho et al. Agravado: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. *Diário de Justiça*, 23 nov. 2005a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=590037&num_registro=200500512888&data=20051123&formato=PDF>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Conflito de competência n. 7.204-1/MG. Suscitante: Tribunal Superior do Trabalho. Suscitado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Carlos Britto. *Diário da Justiça*, 9 dez. 2005b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25686>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 86.628-0/PR. Impetrante: Beno Brandão et al. Paciente: Domilson José Rabello; Leonardo de Oliveira. Relator: Min. Joaquim Barbosa. *Diário da Justiça*, 3 fev. 2006a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368237>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 85.209-2/SC. Impetrante: Jeremias Felsky. Paciente: Antônio Kruczkiewicz. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, 5 maio 2006b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358753>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 90.645-1/PE. Impetrante: Wendell Siqueira Ferraz et al. Paciente: Regiene de Souza Pereira. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Menezes Direito. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 nov. 2007a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494640>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 91.232-0/PE. Impetrante: Sonilda de Lima e Silva Gomes et al. Paciente: Jefferson Murilo da Silva. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, 7 dez. 2007b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499428>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 370.682-9/SC. Recorrente: União. Recorrido: Indústria de Embalagens Plásticas Guará Ltda. Relator: Min. Ilmar Galvão. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 dez. 2007c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=503002>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 353.657-5/PR. Recorrente: União. Recorrido: Madeira Santo Antônio Ltda. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 7 mar. 2008a. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20080306_041.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 85.417-6/RS. Impetrante: Luís Maximiliano Leal Telesca Mota et al. Paciente: Luiz Antônio Grechi Gheller. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 nov. 2008b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561151>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 93.062-0/MG. Impetrante: Marcelo Leonardo et al. Paciente: Luciano Geraldo Alves de Matos. Relator: Min. Carlos Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=580951>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 84.078-7/MG. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 fev. 2010a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 104.632/RS. Impetrante: Juliana Jahn. Paciente: Humberto Silva. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 out. 2010b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615493>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em habeas corpus n. 93.172/SP. Recorrente: Wagner Bizari. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Cármen Lúcia. *Diário da Justiça Eletrônico*, 6 maio 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622572>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Referendo na medida cautelar na ação cautelar n. 2.410/RJ. Autor: Flávia Bach da Fonseca. Réu: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 maio 2012a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1962364>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 92.284/ES. Impetrante: Luiz Augusto Reis de Azevedo Coutinho et al. Paciente: Idelson Soares da Cruz. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 nov. 2012b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3087314>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 682.013/SP. Agravante: Daliléia Raposo da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário da Justiça Eletrônico*, 6 fev. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3383561>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 94.476/SP. Impetrante: Paulo Henrique Batista. Paciente: Dabner Júnior de Oliveira. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, 12 fev. 2014a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5264730>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 117.897/SP. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Jhonatas Gomes Vergílio. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 17 fev. 2014b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5282445>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 590.809/RS. Recorrente: Metabel Indústria Metalúrgica Ltda. Recorrido: União. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 24 nov. 2014c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7303880>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário com agravo n. 709.212/DF. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Ana Maria Movilla de Pires e Marcondes. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 fev. 2015a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 126.292/SP. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Min. Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*, 17 maio 2016a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 601.314/SP. Recorrente: Marcio Holcman. Recorrido: União. Relator: Min. Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 set. 2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo n. 964.246/SP. Recorrente: M.R.D. Recorrido: Ministério Público do Estado de São

Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*, 25 nov. 2016c. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20161124_251.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 343. In: _____. *Súmula do STF*: atualizado em 1º de dezembro de 2017. Brasília: STF, 2017a. p. 196-197. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar no habeas corpus n. 140.217/DF. Paciente: Sami Kuperchmit. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 fev. 2017b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170213_029.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar no habeas corpus n. 142.869/MT. Impetrante: Valber da Silva Melo et al. Paciente: Laurenio Lopes Valderramas. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 maio 2017c. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170503_091.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 142.173/SP. Impetrante: Miriam Piolla. Paciente: Bruno Papai Diniz. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 6 jun. 2017d. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170605_118.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 615.931/MG. Agravante: José Francisco Cabral. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 jun. 2017e. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13043952>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar no habeas corpus n. 144.908/RS. Impetrante: Anamaria Prates Barroso. Paciente: Edison de Alencar Hermel. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 27 jun. 2017f. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170626_140.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.797/MT. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Relator: Min. Celso de Mello. Redator para acórdão: Min. Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 ago. 2017g. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312411982&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.798/PI. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Piauí. Relator: Min. Celso de Mello. Redator para acórdão: Min. Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 ago. 2017h. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312410816&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.764/AC. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Min. Celso de Mello. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 ago. 2017i. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13350803>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 145.856/SP. Impetrante: Robson Thomas Moreira et al. Paciente: Alvaro Augusto Rodrigues. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 ago. 2017j. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170821_185.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 146.815/MG. Impetrante: Luis Alexandre Rassi et al. Paciente: Vicente de Paula Oliveira. Relator: Min. Gilmar Mendes.

Diário da Justiça Eletrônico, 24 ago. 2017k. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170823_187.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 137.063/SP. Impetrante: João Carlos Campanini et al. Paciente: Aladio Palmieri Jose Adriano. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 set. 2017l. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170913_208.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 148.062/PR. Impetrante: Alessandro Silverio et al. Paciente: Jose Ary Nassiff. Relator: Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 set. 2017m. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313581892&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Terceira extensão na medida cautelar no habeas corpus n. 146.818/ES. Requerente: José Tasso Oliveira de Andrade. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 17 out. 2017n. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20171016_236.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 138.088/RJ. Impetrante: Sergio Chastinet Duarte et al. Paciente: Helio Lucena Ramos da Silva. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 27 nov. 2017o. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14120273>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 138.086/DF. Impetrante: Fernando Fragoço et al. Paciente: Rodrigo Silveirinha Correa. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 6 dez. 2017p. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14180099>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 138.337/SP. Impetrante: Marcelo Dini et al. Paciente: Rosângela Gomes da Silva. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 dez. 2017q. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14221942>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 138.092/RJ. Impetrante: Manuel de Jesus Soares. Paciente: Axel Ripoll Hamer. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso. [2018a]. [Acórdão encontrava-se ainda pendente de publicação na data de 5/3/2018]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5080483>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no habeas corpus n. 135.100/MG. Agravante: Leonardo Coutinho Rodrigues Cipriano. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, 20 fev. 2018b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20180219_030.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The doctrine of stare decisis: its reasons and its extent*. New York: Baker, Voorhis & CO Publishers, 1885.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 858, p. 11-19, abr. 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5.

NERY JÚNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: jusPODIVM, 2016.

SILVA, José Afonso. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUNC, André. La Cour Suprême idéale. In: BELLET, Pierre; TUNC, Andre (Dir.). *La Cour Judiciaire Suprême: une enquête comparative*. Paris: Economica, 1978.

Do federalismo de cooperação ao federalismo canibal

A Lei Kandir e o desequilíbrio do pacto federativo

ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR
MARINA SOARES MARINHO

Resumo: O presente artigo pretende investigar o contexto histórico de edição e aprovação da Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), para avaliar em que medida a desoneração do ICMS nas exportações afetou o pacto federativo firmado na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988. Para tanto, foram analisados registros históricos do processo legislativo do Projeto de Lei Complementar nº 95/1996, das propostas aprovadas para a alteração do art. 31 da LC nº 87/1996, da Emenda Constitucional nº 42/2003 (que elevou as desonerações ao status constitucional de imunidade) e, finalmente, do episódio mais recente dessa normatização, o julgamento da ADO nº 25 pelo Supremo Tribunal Federal. Além da investigação histórica, este estudo analisa o conteúdo jurídico-normativo do princípio federativo, cláusula pétrea da CRFB, e realiza o cotejo entre o necessário respeito a esse conceito e a prática legislativa e política no âmbito da Lei Kandir.

Palavras-chave: Federalismo. Autonomia. Lei Kandir. LC nº 87/1996. ADO nº 25.

1. Introdução

A desoneração do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nas exportações de produtos primários e semielaborados não constava originalmente da CRFB (BRASIL, 1988), tendo sido introduzida no ordenamento jurídico pela Lei Complementar (LC) nº 87/1996 (Lei Kandir) (BRASIL, 1996b) e, posteriormente, elevada

Recebido em 18/9/17
Aprovado em 28/11/17

ao *status* de imunidade pela Emenda Constitucional (EC) nº 42/2003 (BRASIL, 2003).

Com o Plano Real, a política macroeconômica da União de valorização cambial acabou prejudicando a competitividade externa dos produtos das exportações brasileiras. Para evitar a desvalorização do real e para reverter a queda das exportações líquidas, apesar da crítica da maioria dos economistas, a tecnoburocracia financeira da União, em 1996, optou por reduzir o chamado “Custo Brasil” por meio da desvalorização fiscal do ICMS, desonerando as exportações de produtos primários e semielaborados. Em outras palavras, a ideia era a de fazer a conta do Plano Real recair sobre o ICMS dos Estados e do Distrito Federal (DF).

À época da aprovação da Lei Kandir, a burocracia financeira da União afirmava que as perdas arrecadatórias dos Estados e Municípios seriam supridas pelo aumento da arrecadação marginal à atividade de exploração de recursos naturais (em decorrência do crescimento do PIB nacional). Entretanto, até que esse momento chegasse, a União deveria assegurar aos Estados, DF e Municípios, por meio de transferências financeiras, os recursos que antes lhes caberiam em razão de sua competência tributária constitucional. A desoneração do ICMS na exportação de produtos primários e semielaborados, portanto, deveria ser compensada com recursos transferidos da União para as demais pessoas políticas da Federação.

Entretanto, a União jamais compensou devidamente os Estados e Municípios, e as perdas experimentadas pelos entes subnacionais foram-se acumulando ao longo de décadas. Assim, o pacto federativo, sob a óptica da autonomia financeira, foi-se tornando gravemente desequilibrado. Sem êxito, sucessivas alterações legais sobrevieram na tentativa de eventualmente serem compensados os entes sacrificados. Só agora, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25 (ADO 25) pelo Supremo Tribunal Federal (STF), abre-se a possibilidade de serem compensadas as perdas sofridas e, sobretudo, surge a oportunidade de se rediscutir a federação brasileira e o necessário equilíbrio federativo.

O presente artigo pretende demonstrar como, independentemente do governante, a União tende sistematicamente a reduzir a autonomia das unidades subnacionais, em nítida ofensa ao pacto federativo firmado na CRFB. Da mesma forma, tomando as considerações subjacentes às reflexões levadas a cabo no julgamento da ADO 25, objetiva-se mostrar como a solução adequada da lide pode reequilibrar a República Federativa e conduzir a Nação em direção a um “federalismo de cooperação”, afastando o “federalismo canibal” em curso.

2. O federalismo de cooperação e autonomia dos entes federados

Como afirma Affonso, no domínio das Ciências Políticas, a federação pode ser entendida como “[a] difusão dos poderes em vários centros, cuja autoridade resulta não de uma delegação feita pelo poder central, e sim daquela conferida pelo sufrágio universal” (AFFONSO, 2000, p. 9). Na Federação, portanto, da mesma forma que o ente central, os demais entes são pessoas políticas autônomas (política e financeiramente) que recebem poderes diretamente da CRFB, não havendo relação de subordinação alguma entre eles. Nesse compasso, o federalismo está intrinsecamente relacionado a um movimento de descentralização (maior ou menor).¹

O Direito, por outro lado, combate a concepção de federalismo como conceito fechado e como mera forma de governo. Derzi e Bustamante (2015, p. 470) consideram o federalismo como princípio de organização política que se conecta diretamente com um amálgama de valores políticos e princípios constitucionais dotados de conteúdo normativo mais específico, os quais se relacionam com

as ideias de autonomia política e autodeterminação do indivíduo. Nesse sentido, a ideia de federação reclama o atendimento das exigências normativas do “princípio federativo”, tais como a conformação ao “(sub)princípio da subsidiariedade” e ao “(sub)princípio da maior participação possível”.

O “princípio da subsidiariedade”, forjado sobretudo pelo catolicismo, pressupõe uma atuação apenas subsidiária do ente maior (quando necessário) e, da mesma forma, prescreve que uma entidade de ordem superior não pode intervir em assuntos de uma esfera inferior; ao contrário, deve apoiá-la na persecução do bem comum (DERZI; BUSTAMANTE, 2015, p. 472). O “princípio da maior participação possível” está relacionado com a promoção da democracia e a aproximação dos cidadãos de seus governantes. Desse modo, como princípio de organização política, o princípio federativo (em sua forma juridicizada) mantém vínculos insuperáveis com a ideia de descentralização, e a autonomia dos governos menores é condição para a aproximação pretendida entre governantes e governados, bem como característica fundamental da subsidiariedade.

O princípio federativo aparece na CRFB como norma vinculante de contornos reforçados, ou seja, vem expresso como cláusula pétrea – portanto, impossível de ser abolido, inclusive por emendas constitucionais (art. 60, § 4º, I). Assim, como princípio de organização política, o princípio federativo pressupõe a autonomia política e financeira dos entes menores e previne o comprometimento da unidade da Federação, formada justamente “pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” (BRASIL, 1988).²

¹Para Almeida (2005, p. 31-32), “as federações contemporâneas, em boa medida, não cabem mais no modelo de federalismo dual. Elas são melhor descritas por um dos dois modelos da tipologia baseada na natureza das relações intergovernamentais: o federalismo centralizado e o federalismo cooperativo. Ambos tratam de capturar as transformações do arranjo dual, em decorrência da expansão do escopo dos governos, em geral, e do governo federal, em particular. O primeiro é o federalismo centralizado, quando estados e governos locais quase se transformam em agentes administrativos de um governo nacional com grande envolvimento nos assuntos subnacionais, predomínio nos processos de decisão e no controle dos recursos financeiros. O segundo é o federalismo cooperativo, caracterizado por formas de ação conjunta entre esferas de governo, em que as unidades subnacionais mantêm significativa autonomia decisória e capacidade de autofinanciamento. Esse é um arranjo complexo que pode combinar as duas primeiras acepções de descentralização discutidas anteriormente, ou seja, pode ser mais ou menos centralizado.”

²Destaque-se que, no *caput* do art. 1º da CRFB, “união” é grafada com letra minúscula.

No que diz respeito à autonomia política, atuam, no sistema federativo, dois mandamentos capitais: “participação” e “autonomia”. A ideia de “participação” traduz a necessidade de os Estados-membros participarem do processo político relativo a toda a Federação, com voz ativa nas decisões tomadas em conjunto. Em virtude disso, é ofensiva ao princípio federativo a decisão política tomada pela União à revelia dos Estados e Municípios.³ A “autonomia” (política), por outro lado, autoriza os Estados-membros a legislar, a estatuir ordens constitucionais próprias e a exercer os Poderes que habitualmente modelam o Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), tudo em consonância com a CRFB.⁴

No que diz respeito à “autonomia financeira”, a cada ente federado é assegurada a competência tributária, desde logo atribuída pela CRFB, nos artigos 153 (União), 155 (Estados e Distrito Federal) e 156 (Municípios e Distrito Federal). Da mesma forma, nos artigos 157 a 159, além dos tributos da competência tributária de cada um dos entes, a CRFB firmou transferências que deveriam complementar os recursos necessários e com os quais cada uma das pessoas políticas poderia contar para cumprir seu papel constitucionalmente determinado. Em outras palavras, o texto constitucional firmou, exaustivamente, as competências de cada um dos entes, bem como as fontes de receitas necessárias (tributos e transferências).

Assim, firmado o pacto federativo, buscou-se garantir o equilíbrio federativo e, sobretudo, a autonomia financeira dos entes federados. Dessa forma, a CRFB buscou estabelecer um

³Da mesma forma, é inconstitucional (por afronta ao princípio federativo) a decisão (autoritária) tomada pelo legislador da União em atenção às determinações do Executivo federal (atuando como um “rolo compressor”) em flagrante ofensa ao posicionamento e aos interesses dos Estados e Municípios.

⁴Ver Bonavides (2010, p. 195).

verdadeiro “federalismo cooperativo”, no qual as várias esferas de governo pudessem atuar conjuntamente e em que as unidades subnacionais pudessem contar com significativa autonomia decisória e capacidade de autofinanciamento. Uma vez expresso o princípio na CRFB, está firmada a vinculação tendencial posta pela norma e, do mesmo modo, pode-se considerar antijurídica toda ofensa à sua ideia nuclear.

3. Federalismo no Brasil

3.1. O caminho de quase 100 anos entre a Proclamação da República e a “Nova República” de 1988

O Estado Democrático de Direito previsto na CRFB, formado pela “união” indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Municípios, em sintonia com o ideal de democratização do País, que saía de um longo período de ditadura militar, surge com a ideia de federalismo constitucionalmente fortalecida. Entretanto, não foi essa a primeira vez que uma carta constitucional trouxe tal previsão. Ao contrário, a ideia de federação acompanha a história constitucional brasileira.

Com o golpe militar de 15 de novembro de 1889 e a Proclamação da República, instaurou-se o federalismo no Brasil, ainda no governo provisório de Deodoro da Fonseca. Em 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil estatuiu o federalismo como forma de governo, fundando a nação por meio da união perpétua e indissolúvel das antigas Províncias (cada uma delas formando um Estado) e do antigo Município Neutro (Distrito Federal).⁵

⁵Denominação da cidade do Rio de Janeiro a partir da proclamação do Ato Adicional à Constituição de 1824.

A Constituição de 1934 manteve o federalismo como forma de Estado, assim como, ao menos formalmente, a de 1937,⁶ quando se estabeleceu o Estado Novo. Posteriormente, em 1946, a redemocratização do pós-guerra manteve o federalismo na redação constitucional – sem, contudo, resgatar o grau de descentralização empreendido pela Constituição de 1891. Nessa linha de acontecimentos, a Constituição do Brasil, de 1967, também preservou o federalismo, mas foi marcada pelo comando do Presidente da República no processo legislativo e pelas regras de aceleração da deliberação congressional, que preparavam o cenário para o regime autoritário que se estabeleceria definitivamente após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (BRASIL, 1969). Historicamente, portanto, mesmo em contextos de forte centralização, as Constituições brasileiras mantiveram o federalismo como forma de Estado e, em períodos politicamente mais brandos, sempre ocorreram esforços no sentido da descentralização.

Na chamada República Velha, o governo central foi enfraquecido pelo sucesso da economia primário-exportadora cafeeira, capitaneado principalmente por São Paulo (Estado que, antes de levantar a bandeira do federalismo, aventou o separatismo). Adveio nesse ínterim a “política de governadores” de Campos Sales, modelo centrífugo de federalismo, marcado pela cooperação entre os Estados e o governo federal em troca de plena autonomia sobre a política e os negócios locais (PERISSINOTTO, 1994). Em 1937, após o golpe liderado por Getúlio Vargas, houve o fecha-

⁶O art. 3º Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, estabelece que “[o] Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (BRASIL, 1937), redação que constou em todas as Constituições brasileiras desde 1891 – inclusive na Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

mento do Congresso Nacional e a substituição dos governadores eleitos por interventores. De acordo com Abrucio (2005, p. 12), o interregno 1946-1964 foi um momento de equilíbrio na federação, tanto sob a óptica da relação entre as esferas de poder quanto da prática democrática. A harmonia foi interrompida por novo golpe militar, apoiado por boa parte da elite política como consequência do temor gerado pelas medidas empreendidas, ou meramente anunciadas, pelo então presidente João Goulart (ABRUCIO; SAMUELS, 1997, p. 142). Finalmente, em 28 de novembro de 1985, foi convocada, pela Emenda Constitucional nº 26 (BRASIL, 1985), a Assembleia Nacional Constituinte, que formularia a Constituição até hoje em vigor.

Durante o regime militar, inúmeras foram as ações praticadas para modificar a estrutura da federação estabelecida desde 1946. Como se sabe, o decurso de tempo entre 1964 e 1985 foi marcado por atitudes autoritárias do governo central, como a extinção do pluripartidarismo, a censura, o fechamento do Congresso Nacional e a repressão violenta aos opositores do regime. Tratando mais especificamente do papel das unidades subnacionais como partes relevantes da federação, houve rápida movimentação no sentido da subordinação de Estados e Municípios por meio de medidas como a eleição indireta dos governadores promovida pelo AI-2 (decretado em 1965)⁷ ou a obrigatoriedade de os governos estaduais e municipais se submeterem às normas de organização administrativas federais (com o Decreto-Lei nº 200, de 1967) (BRASIL, 1967b). Os governos estaduais recuperaram alguma

⁷É importante destacar que as eleições para os Poderes Legislativo e Executivo municipais continuaram sendo diretas, apesar da influência nas disputas proporcionada pelas regras de candidatura e pela legislação eleitoral. Para maiores detalhes, ver Abrucio e Samuels (1997).

influência no governo de Ernesto Geisel (1974-1985), porque as elites locais passaram a não concordar mais com a estratégia presidencial de privilégio de “governadores técnicos”, afastados das classes políticas tradicionais.⁸

Para Affonso (2000, p. 134), a descentralização no Brasil é caracterizada por não ter sido uma iniciativa preponderante do governo federal (“descentralização por demanda”), por ter ocorrido simultaneamente com o processo de redemocratização e por ter reforçado a ideia de federação. Explica o autor que o hiato de quase dez anos entre as eleições diretas para governadores (nos anos 1980) e a eleição presidencial (em 1989) favoreceu a identificação da luta pela descentralização com a luta pela redemocratização. Lopreato (2002, p. 98) expõe que a crise econômica e a abertura política no período deixaram evidentes as divergências dos interesses locais e regionais com os do governo central. As lideranças subnacionais eram contrárias à perda de controle sobre recursos tributários, mas haviam sido silenciadas até então pela possibilidade de alimentar seus gastos por meio de articulações com a esfera federal. Entretanto, a crescente dependência com relação à negociação de verbas com a União e ao endividamento interno dos Estados prenunciava a necessidade de se promoverem alterações na estrutura tributária para recuperar o potencial de arrecadação dos entes federados.⁹ Almeida (2005) também reconhece o crescimento da força dos governadores e prefeitos durante a transição do autoritarismo para a nova democracia, mas expõe que o apoio à descentralização era mais amplo e incluía as forças políticas mais relevantes. Em suas palavras, “[d]emocracia com descentralização era uma ideia-força e como tal tinha gravitação própria” (ALMEIDA, 2005, p. 32).

Foi nesse cenário que a CRFB, promulgada a partir da transição do regime militar e buscando promover a redemocratização do País, refor-

⁸Para Abrucio e Samuels (1997, p. 150), além do papel relevante que tiveram as crises do regime militar, principalmente a partir de 1982, essa ampliação de poder deveu-se a três fatores: (1) ao fato de a carreira dos integrantes do Congresso Nacional ser baseada, via de regra, no atendimento dos interesses de suas bases políticas estaduais; (2) o aumento do poder dos governadores no nível estadual; (3) o calendário eleitoral adotado no Brasil na transição, que acoplou de forma “casada” as eleições para o Congresso aos pleitos majoritários estaduais, o que fez com que a eleição presidencial de 1989 fosse desvinculada do restante do sistema político.

⁹Lopreato (2002, p. 102) também faz referência às eleições de governadores pelo voto popular, em 1982, como elemento fundamental para a alteração do quadro político do período: “[a] escolha dos governadores pelo voto popular alterou o quadro político. Não lhes seria suficiente manter fidelidade ao governo federal como forma de assegurar a sobrevivência política; era preciso o respaldo do voto. Abriu-se aos novos governadores, de oposição ou não, a necessidade de lutar pela preservação de seus espaços. Afinal, o sucesso das administrações estaduais e a sobrevivência política de seus dirigentes passavam, obrigatoriamente, pela definição das condições efetivas de ação”.

çou o intuito descentralizador, alçando o princípio federativo ao *status* de cláusula pétrea da República.

No campo das finanças públicas, pode-se verificar o forte empenho do constituinte no sentido de dotar os governos subnacionais de maior autonomia financeira e tributária. A propósito, os fundos de participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM) foram reforçados com um aumento significativo no volume de transferências da receita dos dois principais impostos arrecadados pela União (IR e IPI), antes mesmo da promulgação da CRFB.¹⁰ Além do aumento das transferências, houve na CRFB o alargamento da base de cálculo do ICMS, abrangendo também os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, bem como combustíveis e energia elétrica. Esse “reforço financeiro” ocorreu para que se pudesse assegurar a autonomia financeira dos Estados-membros e para garantir a adequada prestação dos serviços que couberam aos Estados e Distrito Federal na redistribuição federativa de encargos sociais, já que para os entes subnacionais restou a obrigação de prestar saúde, educação básica e segurança pública (os serviços de maior custo com folha de pagamentos).

3.2. A recentralização dos anos 90

Como afirma Abrucio (1998), o período de redemocratização brasileira foi marcado pelo aumento de poder dos governadores e pelo enfraquecimento do Governo Federal. Esse verdadeiro “federalismo estadualista” pôde ser observado com clareza durante o Governo Collor, eleito Presidente da República em 1989. Após o primeiro ano de mandato, com muitos fracassos na tentativa de atuação articulada com o Congresso Nacional, o Presidente da República buscou se aliar aos governadores eleitos em 1990 para aprovar o chamado “Emendão” (reformas fiscal e tributária). A mudança legislativa não passou porque, embora a proposta para a rolagem da dívida beneficiasse grandes Estados como São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, a emenda prejudicava Estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, os quais numericamente conseguiram vetar a proposta no Congresso Nacional. Veja-se o relato de Abrucio (1998, p. 208):

¹⁰ Segundo Afonso e Serra (1999, p. 6), entre 1980 e 1990, a fração do IR e do IPI transferida aos fundos de participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM) aumentou de 18% para 44%. Se forem incluídas todas as transferências constitucionais, chega-se a uma parcela transferida de 47% do IR e de 57% do IPI. Em 1980, esse total era de 20%. Varsano (1996, p. 12) acrescenta que a desconcentração de recursos da União para as unidades subnacionais não pôde ser percebida apenas com relação ao aumento das transferências, mas também pela perda do poder de arrecadação da União: a participação do ente maior no total da receita disponível teve uma queda de quase 10% entre 1983 e 1988.

A proposta de rolagem da dívida dos estados continha grave erro de estratégia, pois propunha mexer em recursos dos municípios e dos Fundos Constitucionais Regionais, fundamentais para os governadores do PFL e para parte dos vinculados ao PMDB, os dois partidos de maior bancada no Congresso Nacional. Seriam atingidos com essas medidas oito dos nove governadores do PFL e cinco dos sete governadores do PMDB. A partir daí, o projeto se inviabilizou, e os governadores barraram a aprovação das medidas de várias formas, seja por meio de suas bancadas, seja propondo ao Executivo Federal a formação de um governo de coalizção, o que, na verdade, era uma maneira de tumultuar o processo decisório. Posteriormente, em outubro de 1991, o Emendão afundou junto o fracasso da primeira grande negociação do governo Collor com os governadores. Era o primeiro de uma série de vetos dos barões [governadores].

Entretanto, esse cenário (“federalismo estadualista”) altera-se radicalmente a partir do governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC). Para Arretche (2012, p. 34), a maior parte dos analistas do federalismo concorda que houve recentralização nos anos 1990, em razão da aprovação de normas que alteraram ou regulamentaram a CRFB. Essas normas reduziram a autonomia financeira dos Estados e Municípios e prejudicaram-nos na condução de programas sociais, bem como aumentaram o poderio fiscal da União. Foi nesse sentido, para a Arretche, que vieram as normas que criaram o Fundo Social de Emergência (FSE), a atual Desvinculação das Receitas da União (DRU); a lei de concessões (Lei nº 9.074/1995); a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Básica (LDB, Lei nº 9.394/1996); a reforma administrativa promovida pela Lei Camata (LC nº 82/1995) e pela Lei nº 96/1999; a Lei Kandir etc.¹¹ Todo o conjunto normativo elencado por Arretche (2012, p. 42) em alguma medida cuidou de assuntos de interesse dos entes subnacionais, os quais passaram a ser coordenados pela União. A rapidez com que essas normas foram aprovadas e a votação expressiva que receberam no Congresso Nacional, mesmo quando importavam em nítido prejuízo financeiro para Estados e Municípios, demonstram que realmente algo mudou.

Sobre o assunto, Nobre (2013) explica que foram feitos dois movimentos para a neutralização da política de governadores: (1) a estabilização da moeda, que fez crescer assustadoramente a dívida pública, arrastando os Estados para a dependência do Governo Federal na renegociação de seus encargos; e (2) a centralização dos instrumentos de política monetária pela União, principalmente em decorrência da venda dos bancos estaduais, os quais influenciavam ativamente na quantida-

¹¹ Ainda segundo Arretche (2012, p. 34), a própria CRFB teria preparado o terreno para essas mudanças, ao garantir à União grande liberdade para regular matérias que são intrinsecamente ligadas às atividades de governo dos demais entes federados.

de de moeda em circulação, no crédito e na formação da taxa de juros, favorecendo a capacidade financeira estadual.¹² Segundo o autor, tais efeitos foram sentidos no quadro político e refletiram-se no Poder Legislativo nacional:

[a] concentração dos principais instrumentos de política fiscal e monetária nas mãos do governo federal foi essencial para neutralizar essa que foi uma das principais fontes de alimentação da dominância do pemedebismo¹³ na década de 1980. E seu episódio inaugural e mais marcante ocorreu antes mesmo da posse de FHC como presidente: a intervenção no Banespa, realizada às vésperas da posse como Governador do Estado do até então principal líder do próprio PSDB, Mário Covas. “Cortando na própria carne”, fazendo do até então principal líder de seu partido um “exemplo”, o governo FHC abriu uma frente de guerra com os governadores. Mas estes não tinham mais condições de reagir: estavam afundados em dívidas e não podiam enfrentar um governo central agora detentor do monopólio da política econômica.

Além disso, o governo FHC atraiu os parlamentares do PMDB para sua base de apoio, fortalecendo o polo parlamentar, ao qual pretendia submeter o dos governadores. Cortou o vínculo de sobrevivência política que se havia estabelecido desde a década de 1980 entre os parlamentares e os governadores dos estados pelos quais tinham sido eleitos, passando a negociar diretamente com os parlamentares, sem passar pelos governadores. Com isso, os embates internos do PMDB se transformaram em disputas entre situação e oposição em relação ao governo (NOBRE, 2013).

A rolagem da dívida pública e a extinção dos bancos estaduais são apontadas como motores da crise do poderio dos governadores por diversos analistas (ALMEIDA, 2005, p. 35; BERCOVICI et al., 2006, p. 176; KUGELMAS; SOLA, 1999, p. 71-72). Lopreato (2002, p. 206) também ressalta que a delicada situação financeira dos governadores reduziu bastante a sua margem política de manobras, limitando sua autonomia política e fazendo crescer a força das autoridades federais “muito além do que se poderia esperar após uma década do fim do regime militar”.

Arretche (2012, p. 58) avalia, em estudo que abrange votações de matérias de interesse das esferas subnacionais entre 1989 e 2006, que,

¹² Para mais informações sobre a atuação federal no sentido de eliminar os bancos estaduais, o que culminou no Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária (Proes), ver Lopreato (2002).

¹³ NOBRE (2013) chama de “pemedebismo” a “figura da blindagem do sistema político contra a sociedade”, a qual, nas suas palavras, “[aparece pela primeira vez na história política do Brasil] durante a Constituinte (março de 1987 a outubro de 1988), quando essa unidade forçada deu de cara com movimentos e organizações sociais, sindicatos e manifestações populares que não cabiam nos canais estreitos da abertura política. Sob o comando do chamado Centrão, bloco suprapartidário que contava com maioria de parlamentares do PMDB, o sistema político encontrou uma maneira de neutralizá-los, apostando na ausência de uma pauta unificada e de um partido (ou frente de partidos) que canalizasse as aspirações mudancistas”.

no governo de FHC, o comportamento dos parlamentares seguiu uma lógica partidária: a maioria apoiou as iniciativas do Governo Federal em razão de essa ser a orientação de voto dos líderes partidários, e não por ser a orientação dos Poderes Executivos estaduais.¹⁴

Nesse contexto, a diminuição da força dos governadores e o novo quadro partidário que se forma no Congresso Nacional são fatores que ajudam a entender como reformas legislativas que impuseram perdas tão significativas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, da forma como ocorreu com a Lei Kandir, foram aprovadas sem muito ruído.

4. A Lei Kandir no contexto da Federação

4.1. Histórico legislativo e desequilíbrios recorrentes do pacto firmado entre União, Estados, DF e Municípios

Desde a sua promulgação, a CRFB, no art. 155, § 2º, X, *a* (BRASIL, 1988), previa a imunidade à tributação das exportações de produtos industrializados, limitando negativamente o alcance das normas de incidência tributária, na tentativa de assegurar a competitividade dos produtos da indústria brasileira no mercado externo.¹⁵ Além da arrecadação própria do ICMS, Estados e DF recebem, por determinação constitucional (art. 159, inc. II), entre outros, repasses do produto da arrecadação do IPI, proporcionalmente ao valor de

suas exportações de produtos industrializados (em harmonia com a imunidade do ICMS garantida também pelo constituinte originário). Foi o legislador complementar que, em 1996, desonerou completamente o ICMS nas exportações, no art. 3º, II, da LC nº 87/1996 (Lei Kandir) (BRASIL, 1996b), estendendo a imunidade originalmente prevista pela CRFB para os produtos primários e semielaborados.

A Lei Kandir foi concebida no contexto das reformas centralizadoras do governo de FHC. Com o Plano Real e com a opção da equipe econômica pela valorização cambial, as exportações brasileiras foram prejudicadas e as importações de produtos estrangeiros, altamente beneficiadas. O resultante desequilíbrio da balança comercial brasileira fez com que o Governo Federal buscasse alternativas para a reversão desse quadro. Como afirmam Riani e Albuquerque (2008, p. 3), refêm da âncora cambial, o Governo buscou a colaboração dos Estados para reduzir a tributação dos produtos exportados em troca do crescimento contínuo do PIB (que deveria, pretensamente, elevar a arrecadação colateral de Estados e Municípios).

Originalmente, o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 95/1996 (que resultou na LC nº 87/1996) previa a desoneração apenas da exportação de produtos semielaborados, e não a de produtos primários. Por isso, o art. 19 da proposição original trazia expressamente que “a União compensar[ia] financeiramente os Estados e o Distrito Federal pela perda de arrecadação do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços decorrente da revogação da Lei Complementar nº 65/91” (BRASIL, 1996a).¹⁶ Após ter assumido o Ministério do Planejamento, pouco depois da propositura

¹⁴Na verdade, consoante os estudos de Arretche, o comportamento partidário já podia ser observado anteriormente, mas não havia tamanha iniciativa do Governo Federal no sentido de afetar a autonomia dos governos estaduais e municipais como ocorreu a partir de 1994.

¹⁵A Constituição de 1967 (art. 24, § 5) (BRASIL, 1967a) já trazia tal disposição limitada aos produtos industrializados, o que foi mantido pela EC nº 1/69 (art. 27, § 7º) (BRASIL, 1969).

¹⁶A LC nº 65/1991 define os produtos semielaborados para fins de incidência do ICMS (BRASIL, 1991).

do PLP nº 95/1996, Antônio Kandir trabalhou pela aprovação de uma versão mais ampla da desoneração, que envolvia também os produtos primários. A partir de então, a votação do PLP correu a “toque de caixa”, tendo decorrido, entre a leitura e publicação da matéria na Câmara dos Deputados até a sanção presidencial, apenas três meses – período extremamente exíguo para a aprovação de modificação tão drástica na estrutura de arrecadação de Estados e Municípios.

Na redação da proposta original, firmava-se a necessidade de compensação dos Estados e Municípios – assim previam todas as justificativas apresentadas durante as discussões para desenvolvimento da nova lei. Basta ver o discurso do então Presidente da República na data da sanção da Lei Kandir no Palácio do Planalto:

Tudo isso, é claro, é muito importante para o Brasil. Mas tem um custo. *Porque é preciso ressarcir os Estados* – o senador Albano Franco está aqui para ouvir eu dizer isso, ou seja, que *nós vamos ressarcir os Estados*. E só é possível fazer esse ressarcimento aos Estados porque nós estamos recolocando as finanças do país em ordem. Houve muita negociação, muita discussão, mas chegou-se a um entendimento, *de tal maneira que a União vai pagar o custo dessa redução de impostos*. Mas vai fazer com satisfação, com a confiança que ela vai ser capaz, a União, de cobrar mais impostos do consumo, porque vai aumentar o consumo. Porque vai haver um aumento do consumo, e nós vamos ter também mais produção industrial, mais IPI, mais Imposto de Renda. E é melhor cobrar mais de todos, do que cobrar muito de poucos, como é nosso sistema. É esse sistema que nós estamos mudando. (MACHADO, 1997a, p. 24, grifos nossos)

No mesmo sentido são as notas divulgadas pelo Ministério do Planejamento e Orçamento (MPO) na conclusão da votação do PLP nº 95/1996:

Por que União e Estados negociaram estas mudanças? A Sociedade exige urgentes mudanças na estrutura tributária do País. Era preciso que uma Lei Complementar do ICMS buscasse o equilíbrio entre os interesses dos fiscos estaduais e os dos contribuintes e, sobretudo, que atendessem aos interesses maiores da Nação. Os Governos Estaduais e Federal entenderam, por isso, que o Projeto devesse ser fruto de um acordo entre União e Estados, que merecesse o apoio do setor produtivo e o aval do Congresso Nacional.

Não obstante a importância das modificações que se deseja introduzir na legislação do ICMS, a situação financeira dos Estados não lhes permite arcar com o ônus de quedas em suas arrecadações, que, ainda que transitoriamente, possam advir das alterações. Para viabilizar as mudanças, o Governo Federal se propôs a assumir os riscos financeiros da transição, assegurando que nenhum Estado sofrerá redução de receita real em decorrência das mudanças (MACHADO, 1997a, p. 27).

Conforme exposto na própria justificativa do PLP¹⁷ e na fala do presidente FHC, era inevitável, pelo menos num primeiro momento, que Estados, DF e Municípios sofressem significativa perda na arrecadação em decorrência do estreitamento do universo das operações tributáveis e em prol da política de incentivo das exportações conduzida pela União. Com efeito, para que se mantivesse o equilíbrio federativo e se assegurasse a autonomia financeira dos entes federados, os Estados, DF e Municípios seriam compensados. É exatamente o que se retira da proposta para compensação das perdas financeiras, firmada entre o CONFAZ e os Ministérios da Fazenda e Planejamento, constante da Pauta da Reunião de Conclusão do Acordo Básico em torno do texto e definição do “seguro-receita”, realizada em 14 de agosto de 1996:

A. O Problema

estas medidas são importantes para aumentar a competitividade das empresas brasileiras pois, nos três casos [mudanças propostas pelo Poder Executivo], a tributação está criando “custo Brasil”. Por outro lado, a correção dessas distorções implica perda de receita de ICMS em relação à situação atual. Os Estados entendem que as medidas são benéficas – estimulam o crescimento econômico e as exportações – e as aceitam *desde que a perda seja compensada temporariamente (até que o crescimento se encarregue de diluí-las)* (MACHADO, 1997b, p. 60, grifos nossos).

O verbo “compensar”, no contexto de introdução de uma norma que sabidamente provocará queda de arrecadação, deve significar “reparar um prejuízo com uma vantagem correspondente; contrapesar, reciprocitar”.¹⁸ Para tanto, o Governo Federal teria duas opções para resolver a questão sem ferir o pacto federativo: trabalhar pelo alargamento da esfera de incidência do imposto (estadual) sobre o consumo, compensando assim as perdas de arrecadação pela desoneração das exportações com as novas operações internas; ou transferir recursos da União para os entes menores (PELEGRINI, 2006, p. 21). A opção estampada na Lei Kandir, em seu art. 31, foi a criação um sistema de entrega de recursos financeiros da União para os Estados e os Municípios. Eleita essa via,

¹⁷ Nos termos trazidos pela justificativa ao PLP n. 95/1996: “[a] Constituição não manda tributar a exportação de produtos industrializados semielaborados. Apenas permite que o legislador o faça se julgar conveniente. Os interesses nacionais requerem que esta tributação não exista e é por esta razão que o projeto faz referência apenas a produtos industrializados, ao mesmo tempo em que revoga a Lei Complementar nº 65, de 15 de abril de 1991. Basta que o legislador não defina o que são produtos industrializados semielaborados para que eles não sejam tributados quando exportados, uma vez que, na ausência de definição, subsumem-se na categoria de produtos industrializados. [...] Por fim, cabe mencionar a sistemática que o projeto estabelece como forma de compensar, nos cinco exercícios subsequentes à publicação desta lei, as perdas de arrecadação dos Estados decorrentes da revogação da Lei Complementar nº 65/91 e da concessão de crédito ao contribuinte na aquisição de bem para o seu ativo permanente” (BRASIL, 1996a, p. [7]).

¹⁸ Verbete retirado do Dicionário Michaelis (c2015).

começaria o desafio de manter o equilíbrio federativo pelo caminho da compensação, logo após a promulgação da LC nº 87/1996.

Afirmava-se, à época, que num período de cinco anos os ganhos com o desenvolvimento da indústria brasileira superariam o montante não tributado (o que nunca ocorreu).¹⁹ Com base nas promessas da equipe econômica da União, foi firmado acordo em torno do mecanismo chamado de “seguro-receita”, que garantiria a manutenção do nível de arrecadação dos anos anteriores até que ele fosse superado pelo desenvolvimento da economia, havendo, desde aquele momento, um limite global para as transferências.²⁰ Também com base nos cálculos fornecidos pela União, a partir de 1999 (período em que os Estados começariam a perceber seu ressarcimento integral pelo aquecimento da economia), os repasses seriam reduzidos gradativamente até o ano de 2002, quando enfim cessariam as compensações, nos termos da redação original do *caput* do art. 31 da LC nº 87/1996 (BRASIL, 1996b).

Os alegados ganhos com o desenvolvimento da indústria, nos termos previstos (e prometidos) pelos especialistas, jamais se concretizaram, e nunca houve aumento de arrecadação sequer próximo do montante não tributado. Logo no ano seguinte à edição da Lei Kandir os governadores já reclamavam da insuficiência da compensação das perdas experimentadas. A resposta da União, no entanto, era de que modificações na legislação questionada seriam inviáveis:

[o] Ministro Antônio Kandir (Planejamento) disse ontem que negocia o aperfeiçoamento da Lei Kandir, que eliminou a cobrança do ICMS nas exportações. Segundo ele, o governo não aceita negociar duas reivindicações dos Governadores: o fim da isenção das exportações e a reposição integral das perdas sofridas na arrecadação do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) devido aos incentivos. Se as modificações fossem feitas, provocariam, segundo Kandir, ‘a volta da desorganização das finanças públicas’ e abalariam o Real (GOVERNO..., 1997).

¹⁹ Ver o discurso do ministro Antônio Kandir quando da sanção da Lei Complementar nº 87/1996 no Palácio do Planalto: “As estimativas feitas pelos escalões técnicos mostram claramente: o impacto que essa economia vai ter, quer pelo aspecto do aumento das exportações, quer pela redução das importações, quer pelos investimentos, quer pela perspectiva maior de redução da taxa de juros – porque a perspectiva de contas externas agora é muito maior – por tudo isso, pelo investimento ficar barato, por todos esses efeitos, a economia tende a crescer a partir de agora, só por força dessa lei, mais de 1,5% ano. Assim, se a economia tendia a crescer a 4%, vai crescer a 5,5%, se for a 5, vai a 6,5%, e assim por diante. Ou seja, vamos crescer ao ano, a mais, pelo menos 1,5%. O que significa, Sr. Presidente, que nos próximos quatro anos, só por força dessa lei complementar, o PIB, a produção no Brasil vai ser de R\$ 110 bilhões a mais” (MACHADO, 1997a, p. 19).

²⁰ Consoante o Anexo I da LC nº 87/1996: “1. A União entregará recursos aos Estados e seus Municípios, atendidos limites, critérios, prazos e demais condições fixados neste Anexo, com base no produto da arrecadação do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), efetivamente realizada no período julho de 1995 a junho de 1996, inclusive” (BRASIL, 1996b).

A situação piorou com a redução das transferências a partir de 1999. Em decorrência da insatisfação geral dos Estados-membros exportadores de produtos primários e semielaborados,²¹ foi aprovada a LC nº 102/2000 (BRASIL, 2000b), que alterou a LC nº 87/1996 para adaptar as fórmulas de compensação e estabelecer que os repasses, a partir de então e até o ano de 2002, fossem realizados segundo um “fundo orçamentário”, utilizando-se de coeficientes de participação pré-fixados.²² Acompanhou o PLP nº 114/2000 o Anexo à EM interministerial nº 58/MP/MF/MDIC, de 15 de março de 2000:

1. Síntese do problema ou da situação que reclama providências:

A Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, desonerou as empresas da incidência do ICMS sobre as exportações, os bens destinados ao ativo fixo, o consumo de energia elétrica e os serviços de comunicação.

Na tentativa de minimizar eventuais danos financeiros aos Estados, Distrito Federal e Municípios, decorrentes dessas alterações, foi instituído no Anexo dessa Lei Complementar o chamado ‘seguro-receita’.

Embora essas modificações tenham melhorado o desempenho da economia brasileira, particularmente nas exportações e nos investimentos, elas tiveram efeitos negativos sobre a receita de ICMS de alguns Estados.

Adicionalmente, o seguro-receita foi objeto de contestações dos Estados sob o argumento de que suas compensações foram insuficientes.

2. Soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta:

Restrição de créditos decorrentes da aquisição de energia elétrica e de serviços de comunicação, sem prejuízo da atividade exportadora, com vigência até 31 de dezembro de 2002;

Diferimento do crédito de bens de capital, com apropriação feita à razão de um quarenta e oito avos por mês;

²¹ A insatisfação dos governos estaduais pode ser percebida também pelo movimento realizado para alterar o art. 31 da LC nº 87/1996, apenas após 28 meses de vigência da LC 87/1996. Por meio do Projeto de Lei Complementar nº 2/1999 (BRASIL, 1999), pretendia-se prever tanto (i) o imediato ressarcimento dos estados conforme a receita que deixasse de ser auferida, quanto (ii) a compensação retroativa pelo que foi prometido e não foi entregue. O PLP está tramitando até a presente data, tendo sido apensado ao PLP nº 221/1998 (BRASIL, 1998), que concentra as propostas que serão analisadas para o atendimento da decisão da ADO 25.

²² A LC nº 102/2000 foi resultado da deliberação da Comissão de Estudo e Revisão da LC nº 87/1996, instituída pelo Governo FHC por meio do Decreto s/n de 26 de outubro 1999, em razão das reclamações dos governadores a respeito do “seguro-receita”. Confira-se a justificativa para a sua edição, apresentada pelos Ministérios de Planejamento e de Fazenda: “Embora a Lei Complementar nº 87, de 1996, tenha contribuído significativamente para o melhor desempenho da economia brasileira, incentivando as exportações e o aumento da formação bruta de capital fixo, acreditamos que seja necessário aprimorar a legislação de forma a minimizar as dificuldades financeiras a que foram expostos alguns Estados” (BRASIL, 2000a, p. 12.328).

Substituição do “seguro-receita” por um fundo orçamentário com coeficientes de participação pré-fixados para repasse de recursos aos Estados, Distrito Federal e Municípios, com vigência até dezembro de 2002.

3. Alternativas existentes às medidas ou atos propostos:

Reforma tributária, objeto de discussão no Congresso Nacional, que terá desdobramento somente no longo prazo.

[...]

5. Razões que justificam a urgência:

Preservar os avanços da legislação do ICMS obtidos com a edição da Lei Complementar 87, de 1996, e contribuir para o avanço da ordem tributária;

Minimizar as dificuldades financeiras a que foram expostos alguns Estados;

Distensionar a relação entre União e os Estados em relação à compensação de perdas decorrentes da desoneração do ICMS (BRASIL, 2000a, p. 12.329, grifos nossos).

Em 2002, data em que se encerrariam os repasses em razão da superação das perdas pelo aumento de arrecadação, sobreveio a LC nº 115/2002 (BRASIL, 2002c), que novamente postergou as transferências compensatórias até 2006. O Parecer do próprio Antônio Kandir (então deputado federal pelo PSDB/SP) no PLP nº 349/2002 (BRASIL, 2002b) expressa a insuficiência das compensações realizadas, creditando o insucesso da medida à não realização de reforma tributária:

Basicamente são duas questões. No Projeto de Lei Complementar nº 349, estende-se por mais quatro anos o fundo orçamentário, o que é necessário, tendo em vista a não-complementação da reforma tributária. *Em 1996, quando foi feita a Lei Kandir, estabeleceu-se a retirada do ICMS sobre exportações, investimentos e material de uso e consumo e a criação de condições para transferências entre a União e os Estados, de maneira a compensar os Estados durante o período antecedente à reforma tributária.*

Como tal reforma não foi realizada em sua totalidade, faz-se necessário estender o fundo orçamentário por mais quatro anos (BRASIL, 2002a, p. 958, grifos nossos).

Revela-se, nas sucessivas alterações legislativas, que a metodologia de cálculo das compensações foi sistematicamente modificada para abranger as reivindicações dos Estados. A Lei Kandir é de 1996 e, não mais de quatro anos após a sua promulgação, sobreveio a LC nº 102/2000 (BRASIL, 2000b) para assegurar os repasses até, pelo menos, o ano de 2002. Não tendo sido suficientes as mudanças promovidas, foi aprovada

dois anos depois a LC nº 115/2002 (BRASIL, 2002c), para prorrogar o período de repasses até 2006. Ano após ano, foram empreendidas negociações entre os entes federativos para que fosse atendido o real comando do art. 31 da LC nº 87/1996. Em 2003, o Congresso Nacional, no seu papel de constituinte derivado, aprovou a EC nº 42/2003 (BRASIL, 2003), que elevou a desoneração das exportações ao *status* de imunidade, igualmente firmando a necessidade de compensação. As perdas deveriam ser repostas nos termos de lei complementar a ser editada para resolver definitivamente a questão, estabelecendo um mecanismo de compensação efetiva aos Estados e Municípios (art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT).²³

Não se deve desconsiderar que o art. 91 do ADCT da CRFB (BRASIL, 1988) (incluído pela EC nº 42/2003) impôs um marco temporal para os repasses (§ 2º) e, sobretudo, em seu § 3º, estabeleceu o dever de o Congresso Nacional legislar. O dispositivo deixa claro que a efetiva compensação deveria ser estabelecida em lei complementar a ser elaborada e que os repasses na forma da Lei Kandir (com a redação dada pela LC nº 115/2002) deveriam ser temporários e só poderiam perdurar pelo tempo necessário para se elaborar a nova lei. Não obstante, durante todos os anos que se seguiram à promulgação da EC nº 42/2003, a União valeu-se da regra, temporariamente em vigor, prevista no art. 31, § 4º, da LC nº 87/1996 (BRASIL, 1996b) (introduzida pela LC nº 115/2002), que condiciona a entrega de recursos à existência de disponibilidades orçamentárias consignadas para essa finalidade na Lei Orçamentária Anual (LOA). Em determinados anos, a União sequer incluiu no Projeto de Lei Orçamentária a previsão de recursos para essa finalidade.

A propósito, a LC nº 115/2002 (BRASIL, 2002c) determinou repasses até o exercício de 2006. Por isso, é cristalino que a EC nº 42/2003

²³ Art. 91 do ADCT da CRFB: “A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, *a*. § 1º Do montante de recursos que cabe a cada Estado, setenta e cinco por cento pertencem ao próprio Estado, e vinte e cinco por cento, aos seus Municípios, distribuídos segundo os critérios a que se refere o art. 158, parágrafo único, da Constituição. § 2º A entrega de recursos prevista neste artigo perdurará, conforme definido em lei complementar, até que o imposto a que se refere o art. 155, II, tenha o produto de sua arrecadação destinado predominantemente, em proporção não inferior a oitenta por cento, ao Estado onde ocorrer o consumo das mercadorias, bens ou serviços. § 3º Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o caput, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002. § 4º Os Estados e o Distrito Federal deverão apresentar à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior” (BRASIL, 1988).

(BRASIL, 2003) firmou um período máximo de três anos para que o Congresso Nacional produzisse a nova lei complementar. Em outras palavras, o art. 91 do ADCT, de caráter notoriamente temporário, reclamava que a lei complementar fosse publicada até 2006, quando terminaria o período de repasses de acordo com o *caput* do art. 31 da LC nº 87/1996 (alterado pela LC nº 115/2002). A EC nº 42/2003 (BRASIL, 2003) firmou, portanto, prazo mais do que razoável para que o Congresso Nacional formatasse um mecanismo de compensação efetiva dos entes menores e para que fossem apuradas as perdas sofridas durante todos esses anos (desde 1996). Não foi por outra razão que na ADO 25 (BRASIL, 2017) o STF decretou por unanimidade a inconstitucionalidade por omissão, constatando que houve prejuízo aos Estados e Municípios causado pela União.

4.2. O julgamento da ADO 25 e o horizonte de restabelecimento do pacto federativo

Dez anos após a promulgação da EC nº 42/2003 sem que fosse regulamentado o art. 91 do ADCT da CRFB, o Estado do Pará ajuizou a ADO 25. O pedido dessa ação, cuja tramitação durou pouco mais de três anos, foi a declaração da inconstitucionalidade por omissão para tornar efetiva aquela norma constitucional. O STF, em 30 de novembro de 2016, seguindo a relatoria do ministro Gilmar Mendes, por unanimidade acatou o pedido. Trata-se de decisão extremamente relevante, tanto por seu conteúdo de mérito quanto por suas implicações processuais, pois, além de significar um marco para que se retome o equilíbrio das relações federativas no Brasil, representou uma virada no entendimento quanto aos efeitos do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Não apenas foi decla-

rada a omissão e determinado o prazo para a sua resolução como ficou estabelecido que, caso a norma prevista no *caput* do art. 91 não seja editada no decurso de um ano, caberá ao Tribunal de Contas da União (TCU) fixar o valor do montante a ser transferido aos Estados, ao DF e aos Municípios.

O julgamento do STF pautou-se pela necessidade de se prestar a devida reverência ao princípio federativo. Foram reconhecidos os prejuízos que os Estados exportadores tiveram, não apenas financeiros, mas também ambientais; o desequilíbrio federativo causado pela desoneração da exportação de produtos primários e semielaborados foi apontado, bem como o consequente prejuízo à autonomia financeira dos Estados e DF. O julgado deixou patente que a norma constitucional existe para que se proceda à justa compensação dos Estados e DF; não vingou a argumentação do Governo Federal de que apenas o “seguro-receita” teria a natureza jurídica de compensação.

O voto do ministro relator Gilmar Mendes bem registra que a CRFB foi modelada para atender a dois intentos basilares: por um lado, o desejo dos entes políticos menores de ampliarem a sua autonomia e, por outro, as lutas em prol da ampliação do rol de direitos fundamentais. Desse modo, é patente que o atendimento das demandas sociais da coletividade não pode ocorrer sem os recursos financeiros necessários. Sobre a questão, é precisa a análise do ministro Gilmar Mendes:

Observa-se, então, que, de um lado, o constituinte desenhou um quadro fiscal fortemente descentralizado quanto aos impostos; de outro, deixou nas mãos da União, livres de qualquer partilha de arrecadação, outra espécie tributária: as contribuições, especialmente as sociais. Progressivamente, o governo federal viu-se induzido a lançar

mão dessa espécie tributária, quer pelas facilidades de seu regime de instituição, livre da aplicação de boa parte dos princípios tributários, quer pela não obrigatoriedade de partilha das receitas geradas, ao contrário do que ocorre com os impostos.

Essa tendência, no entanto, trouxe efeitos perversos. No plano econômico e fiscal, a ampliação do financiamento do setor público brasileiro, por meio de contribuições, pode ter sido responsável por efeitos perversos, como o ganho de complexidade do sistema tributário, a centralização fiscal e a elevação da carga tributária.

Faço esse breve panorama da evolução do quadro de partilha dos recursos tributários no Brasil apenas para que possamos ampliar um pouco o espectro do problema ora examinado e ver a questão constitucional no contexto em que, de fato, se inclui.

Os estados, por sua vez, não podem lançar mão desses tributos – as contribuições –, dado que esta faculdade não lhes é conferida pelo art. 149 da Constituição, exceto aquelas destinadas ao custeio do regime próprio de previdência de seus servidores (art. 149, § 1º).

Viram-se, portanto, privados do recebimento de qualquer parcela deste bolo cada vez mais amplo de receitas de contribuições arrecadadas pela União. Daí a gravidade de temas como estes de que tratamos na presente ação, controvérsias constitucionais que afetam sensivelmente as receitas e a arrecadação dos estados (BRASIL, 2017, p. [18]).

De acordo com o relator, a União usou e abusou do mecanismo constitucional que possibilita a criação de contribuições e deu causa, assim, a um severo desequilíbrio no pacto federativo, agravando, ainda, a carga tributária brasileira. Por outro lado, ao suprimir a competência constitucionalmente assegurada aos entes federados de tributar as exportações de produtos primários e semielaborados, prejudicou significativamente a autonomia financeira dos Estados, do DF e dos

Municípios. Nas palavras do ministro relator Gilmar Mendes:

A inclusão da norma do art. 91 do ADCT veio, portanto, claramente no sentido de oferecer uma medida compensatória em face das perdas experimentadas de maneira especialmente gravosa pelos estados exportadores em prol de um objetivo nacional: o favorecimento das exportações.

De um lado, há razões para crer que a desoneração veio a bem do desenvolvimento nacional e pôs em prática o princípio que coíbe a exportação de impostos. De outro, não tenho dúvidas em afirmar que a supressão de competência tributária pode afetar, em certa medida, a autonomia financeira dos entes subnacionais, notadamente aqueles em cujo território se desenvolve com mais ênfase a atividade de exportação de produtos primários e semielaborados.

Por isso, o mecanismo de transferência de recursos, em tese, poderia representar um importante instrumento de federalismo cooperativo, de sorte a atenuar os impactos financeiros decorrentes da desoneração promovida pela EC 42/2003 nas contas estaduais (BRASIL, 2017, p. [32]).

A omissão do Congresso Nacional em afronta ao princípio federativo também foi destacada pelo ministro Edson Fachin ao afirmar que “a atual metodologia de cálculo [art. 31 da LC nº 87/1996] revela-se inerentemente danosa ao pacto federativo e atenta diretamente contra os objetivos republicanos encartados no art. 3º do Texto Constitucional” (BRASIL, 2017, p. [70]). Por certo, a expressão usada pelo ministro Teori Zavascki bem retrata a grave situação da centrípeta república brasileira: “esfrangalhado federalismo fiscal” (BRASIL, 2017, p. [79]).

O ministro Luís Roberto Barroso lembrou que a crise pela qual passam Estados e Municípios não foi causada exclusivamente pela má gestão de governadores e prefeitos,

mas foi decisivamente influenciada pela União, que estabeleceu políticas tributárias que privilegiaram as contribuições em detrimento dos impostos (que seriam partilhados); que concedeu desonerações em impostos cuja receita seria partilhada com os entes menores e que, ainda, se omitiu com relação às devidas compensações decorrentes da Lei Kandir (BRASIL, 2017, p. [75]). Como afirma Fernando Rezende, a União reverteu o ideal federativo buscado pela CRFB, em nítido prejuízo das unidades subnacionais, configurando uma espécie de “sistema tributário dual”²⁴

O STF deixou evidenciado que o pacto federativo foi ferido; que a federação foi desequilibrada; que a omissão do Congresso Nacional foi lesiva ao interesse dos entes federados e que os Estados, o DF e os Municípios precisam ser compensados pelas perdas sofridas. Para restaurar as patentes ofensas ao princípio federativo, o STF deu o prazo de um ano a contar da publicação da ata do julgamento (ou seja, até 1º/12/2017). A Corte Superior reconheceu que o art. 91 do ADCT fornece os parâmetros necessários e suficientes para que seja calculada a compensação devida aos entes subnacionais, razão pela qual determinou que, caso não seja elaborada a lei complementar pelo Congresso Nacional, cabe ao TCU calcular as compensações devidas.

Na realidade, ao reverenciar o princípio federativo, o STF prestou verdadeira homenagem à República Federativa do Brasil e aos exatos mandamentos da CRFB.

5. Conclusões

Apesar de o termo “federação” estar sempre mencionado nas Constituições brasileiras, o Brasil passou por períodos de maior centralização e por momentos nos quais ocorreram alguns esforços de descentralização. Na verdade, embora a CRFB consagre o ideal democrático-descentralizador e afirme o princípio federativo, a União atuou no sentido de concentrar poderes e retirar autonomia dos entes subnacionais em flagrante ofensa aos mandamentos constitucionais.

²⁴ Rezende, Oliveira e Araujo (2007, p. 90) chamam de “regime tributário dual” a técnica utilizada pela CRFB de estabelecer regimes distintos para figuras idênticas, quais sejam os impostos tradicionais e as contribuições sociais. Os regimes seriam diferentes porque os impostos tradicionais devem respeitar aos princípios da legalidade e da anualidade, não se vinculam a despesas específicas, não são cumulativos e sua receita é repartida com outras esferas de poder político. Já as contribuições também devem respeitar o princípio da legalidade, mas não à anualidade (apenas ao princípio da antecedência nonagesimal), vinculam-se a despesas específicas, podem ser cumulativos e o produto de sua arrecadação não é repartido.

As reformas empreendidas nos anos 1990 alteraram o equilíbrio do federalismo fiscal firmado pela CRFB: centralizou recursos financeiros e fragilizou a autonomia dos Estados e dos Municípios.

É nesse contexto que se insere a aprovação da Lei Kandir, formatada para atender aos objetivos macroeconômicos da União, em detrimento da autonomia de Estados e Municípios. Os prejuízos decorrentes da supressão da competência tributária constitucionalmente estabelecida eram esperados e, da mesma forma, a prometida compensação financeira pela União. Por mais de vinte anos, a União beneficiou-se da realização de repasses inferiores aos que seriam devidos.

O resultado do julgamento da ADO 25 impõe o reequilíbrio federativo e convida os estudiosos do Direito a uma análise mais minudente do federalismo. Antes de tudo, o STF faz valer a Constituição e exerce sua importante função de guardião do pacto federativo.

Sobre os autores

Onofre Alves Batista Júnior é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; tem pós-doutoramento em Direito (Democracia e Direitos Humanos) pela Universidade de Coimbra, Portugal; é mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Portugal; professor de Direito Público da graduação e da pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais.
E-mail: onofrejb@hotmail.com

Marina Soares Marinho é graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; mestranda em Direito e Justiça (Direito Tributário) na Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; assistente do Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais.
E-mail: marinasoaresmarinho@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁵

FROM COOPERATIVE FEDERALISM TO CANIBAL FEDERALISM: KANDIR LAW AND THE UNBALANCE OF THE FEDERATIVE PACT

ABSTRACT: This article aims to investigate the historical context of edition and approval of the Supplementary Law No. 87/1996 (Kandir Law) and to what extent the fiscal exemption to ICMS on exports has affected the federal pact established in the Brazilian Constitution from 1988. For this purpose, historical registers of the legislative process related to several bills were analyzed, including the bill drafting No. 95/1996, all the

²⁵ Sem revisão do editor.

approved bills to modify the Article 31 of the Supplementary Law No. 87/1996 and the bill of the constitutional amendment No. 42/2003 (which has elevated the exemption to the constitutional immunity status). Besides the historical investigation, this study discuss the legal-normative content of the federal principle, an entrenched clause of the Constitution, and compare the legal necessity to respect this principle with the legislative and political reality in context of the Kandir Law.

KEYWORDS: FEDERALISM. AUTONOMY. KANDIR LAW. SUPPLEMENTARY LAW No 87/1996. DIRECT ACTION FOR THE DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION No 25.

Como citar este artigo

(ABNT)

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. Do federalismo de cooperação ao federalismo canibal: a Lei Kandir e o desequilíbrio do pacto federativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 157-180, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p157>.

(APA)

Batista, O. A., Jr., & Marinho, M. S. (2018). Do federalismo de cooperação ao federalismo canibal: a Lei Kandir e o desequilíbrio do pacto federativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(217), 157-180. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p157

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec; Departamento de Ciência Política/USP, 1998.

_____. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, p. 41-67, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a05n24.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

ABRUCIO, Fernando Luiz; SAMUELS, David. A nova política dos governadores. *Lua Nova*, São Paulo, n. 40/41, p. 137-166, ago. 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n40-41/a07n4041.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

AFFONSO, Rui de Britto Álvares. Descentralização e reforma do Estado: a Federação brasileira na encruzilhada. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 14, p. 127-152, jun. 2000. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643123/10673>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

AFONSO, José Roberto Rodrigues; SERRA, José. Federalismo fiscal à brasileira: algumas reflexões. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 3-30, dez. 1999. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1201.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2017.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Recentralizando a federação?. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, p. 29-40, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a04n24.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

ARRETCHE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fio Cruz, 2012.

BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, Maria Arruda de; MASSONETO, Luís Fernando. Reforma do Estado, prestação de serviços públicos, contribuições especiais e federalismo. *RIFE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 40, n. 45, p. 171-193, jan./jun. 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. *Diário Oficial da União*, 10 nov. 1937.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, 24 jan. 1967a.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 27 mar. 1967b.

_____. Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, 20 out. 1969.

_____. Emenda constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 28 nov. 1985.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei Complementar nº 65, de 15 de abril de 1991. Define, na forma da alínea a do inciso X do art. 155 da Constituição, os produtos semi-elaborados que podem ser tributados pelos Estados e Distrito Federal, quando de sua exportação para o exterior. *Diário Oficial da União*, 16 abr. 1991.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 95, de 1996. Dispõe sobre o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, nos termos dos artigos 146... Autor: Dep. Antonio Kandir. *Diário da Câmara dos Deputados*, 28 ago. 1996a. [Transformado na Lei Complementar 87/1996]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=368485&filename=PLP+95/1996>. Acesso em: 1º dez. 2017.

_____. Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal... *Diário Oficial da União*, 16 set. 1996b.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 221, de 1998. Dá nova redação ao inciso VIII do art. 3º da Lei Complementar nº 87 de 1996 e insere o § 7º ao art. 20 e o § 9º ao art. 21 da mesma Lei Complementar. Autor: Dep. Germano Rigotto. *Diário da Câmara dos Deputados*, 5 mar. 1998. [Pronta para pauta no Plenário]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1625829&filename=PLP+221/1998>. Acesso em: 1º dez. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 2, de 1999. Modifica o “caput” e os parágrafos 1º e 5º do art. 20, os parágrafos 1º e 4º do art. 21 e o art. 31, da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, e dá outras providências. Autor: Dep. Henrique Fontana. *Diário da Câmara dos Deputados*, 19 jun. 1999. [Apensado ao PLP 221/1998]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1625831&filename=PLP+2/1999>. Acesso em: 1º dez. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 114, de 2000. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação... Autor: Poder Executivo. *Diário da Câmara dos Deputados*, 28 mar. 2000a. [Transformado na Lei Complementar 112/2000]. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD28MAR2000.pdf>>. Acesso em: 1º dez. 2017.

_____. Lei Complementar nº 102, de 11 de julho de 2000. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que “dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias.... *Diário Oficial da União*, 12 jul. 2000b.

_____. Câmara dos Deputados. Proposições da Câmara dos Deputados. Parecer do Deputado Antônio Kandir. *Câmara dos Deputados – DETAQ*, Sessão n. 233.4.51.O, 11 dez. 2002a. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PLP&intProp=349&intAnoProp=2002&intParteProp=2>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 349, de 2002. Altera as Leis Complementares nºs 87, de 13 de setembro de 1996, e 102, de 11 de julho de 2000. Autor: Poder Executivo. *Diário da Câmara dos Deputados*, 12 dez. 2002b. [Transformada na Lei Complementar 115/2002]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=107829&filename=PLP+349/2002>. Acesso em: 1º dez. 2017.

_____. Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002. Altera as Leis Complementares nºs 87, de 13 de setembro de 1996, e 102, de 11 de julho de 2000. *Diário Oficial da União*, 27 dez. 2002c.

_____. Emenda constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 25/DF. Requerente: Governador do Estado do Pará. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 18 ago. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O princípio federativo e a igualdade: uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Org.). *Estado federal e guerra fiscal no direito comparado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. (Coleção federalismo e tributação, v. 2). p. 467-495.

GOVERNO já admite mexer na Lei Kandir. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 24 set. 1997. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc240919.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

KUGELMAS, Eduardo; SOLA, Lourdes. Recentralização/descentralização: dinâmica do regime federativo no Brasil dos anos 90. *Tempo social*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 63-81, out. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v11n2/v11n2a05.pdf>>. Acesso em: 1º dez. 2017.

LOPREATO, Francisco Luiz Carneiro. *O colapso das finanças estaduais e a crise da federação*. São Paulo: Editora UNESP; IE/Unicamp, 2002.

MACHADO, Sérgio. *Histórico da Lei Nacional do ICMS: Lei Complementar n. 87, de 1996: memória da elaboração e das negociações do projeto de lei*. Brasília: S. ed., 1997a. (Parte I).

_____. *Histórico da Lei Nacional do ICMS: Lei Complementar n. 87, de 1996: memória da elaboração e das negociações do projeto de lei*. Brasília: S. ed., 1997b. (Parte II).

MICHAELIS: Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. [S.l.]: Melhoramentos, c2015. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=49Ez>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Não paginado.

PELLEGRINI, Josué Alfredo. *Dez anos da compensação prevista na Lei Kandir: conflito insolúvel entre os entes federados?*. Brasília: ESAF, 2006.

PERISSINOTTO, Renato Monseff. *Classes dominantes e hegemonia na República Velha*. Campinas: Editora da UNICAMP, 1994.

REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício; ARAUJO, Erika. *O dilema fiscal: remendar ou reformar?*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

RIANI, Flávio; ALBUQUERQUE, Célio Marcos Pontes de. Lei Kandir e a perda de receita do estado de Minas Gerais. In: SEMINÁRIO SOBRE A ECONOMIA MINEIRA, 13., 2008, Diamantina. *Anais...* Diamantina: CEDEPLAR/UFMG, 2008. p. 1-22. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2008/D08A032.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2017.

VARSAÑO, Ricardo. *A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas*. Rio de Janeiro: Ipea, 1996. (Texto para discussão, n. 405). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0405.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2017.

O aprimoramento do direito de petição sob a perspectiva das novas mídias digitais

NINA TRÍCIA DISCONZI RODRIGUES

RAFAEL SANTOS DE OLIVEIRA

FERNANDA DOS SANTOS RODRIGUES SILVA

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade observar em qual contexto ganharam destaque as pesquisas de opinião do portal e-Cidadania, do Senado Federal, e as petições *on-line*, analisando como se dá o seu funcionamento, bem como seu papel na efetivação da democracia no Brasil. Nesse sentido, buscou-se verificar se tais instrumentos têm surtido algum efeito no cenário político, em especial por meio da análise de dados estatísticos, e quais as melhores formas de aprimorá-los, de modo a efetivar o direito de petição, constitucionalmente previsto, e a ampliar o rol de ferramentas de participação política popular. Como metodologia, utilizou-se o método de abordagem dedutivo e os métodos de procedimento monográfico e estatístico. Como técnica de pesquisa, empregou-se a bibliográfica.

Palavras-chave: Direito de petição. Novas mídias digitais. E-Cidadania. Petições *on-line*. Democracia.

Introdução

No Brasil, o Estado Democrático de Direito foi expressamente instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, 1988), tanto ao prever o exercício da soberania popular por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, quanto ao garantir todo o poder ao povo, que o exerce diretamente ou por representantes eleitos (OLIVEIRA; RODEGHERI, 2014, p. 803). Para a sua concretização, a utilização de ferramentas como plebiscitos, referendos e a própria ini-

Recebido em 19/9/17
Aprovado em 11/12/17

ciativa popular de lei tem papel fundamental a garantir a participação da população no cenário político (OLIVEIRA; RODEGHERI, 2014, p. 803).

Assim, em se tratando de um regime democrático de governo, não há que se falar em democracia, cidadania e representatividade se não é concedida ao povo a oportunidade de participar diretamente da condução de assuntos de seu interesse (BARBOSA SOBRINHO, 2016, p. 63). Nesse sentido, não só a garantia da soberania popular deve ser assegurada, como também do direito de petição dos cidadãos. Expressamente previsto no art. 5º, XXXIV, *a*, da CRFB, o direito de petição concede à população a possibilidade de buscar o Poder Público nos casos em que haja suspeita de ilegalidades ou abuso de poder e, ainda, com vistas à defesa de direitos (BRASIL, 1988).

Antigamente, porém, não se vislumbravam outras formas de se exercer tal direito, senão pelos meios tradicionais de participação popular já citados, os quais só poderiam ser realizados de forma presencial, com o cidadão dirigindo-se a algum local para expressar sua opinião acerca de determinado assunto. Todavia, com o advento das novas tecnologias, o exercício da soberania popular e do direito de petição adquiriu novas dimensões. Se, “em suma, a democracia compreende, ao mesmo tempo, a ideia de liberdade e a de inteligência coletiva” (LÉVY, 2002, p. 31), o surgimento do ciberespaço possibilita alcançar esse objetivo, proporcionando “uma liberdade de expressão e de navegação, na esfera informacional, infinitamente maior que todos os outros *media* anteriores e, simultaneamente, uma ferramenta sem precedente de inteligência colectiva” (LÉVY, 2002, p. 31).

Assim, o surgimento de um novo paradigma tecnológico organizado ao redor da tecnologia da informação (CASTELLS, 1999, p. 67)

possibilitou a aposta na chamada “governança eletrônica”, em que os governos tendem a “passar de uma relação de *autoridade sobre subalternos* para outra de *serviço a cidadãos* aos quais têm, cada vez mais, contas a prestar” (LÉVY, 2002, p. 103, grifos do autor). Nesse caminho, o governo brasileiro destacou-se ao criar os portais e-Democracia e e-Cidadania, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente.

Cada um à sua maneira, ambos os sites têm como objetivo ampliar o contato entre governantes e governados, com a construção de um canal mais direto e menos burocrático para que a população se aproxime das questões políticas do País e possa apresentar sua opinião sem maiores problemas com deslocamento ou disponibilidade de horário. A internet surge, dessa forma, como importante espaço para o desdobramento de novas conversações e discussões políticas, em que o público pode “trocar informações e compartilhar interesses comuns em fóruns virtuais” (MAIA, 2008, p. 283).

Por outro lado, não só os portais do Congresso Nacional têm contribuído para uma nova forma de exercício do direito de petição, como também as chamadas petições *on-line* têm ganhado cada vez mais destaque no ciberespaço. Geralmente requerendo apenas nome completo, e-mail e cidade, essa ferramenta tem proporcionado a reunião de milhares de pessoas que apoiam a mesma causa e a coleta de um número de assinaturas que, se não fosse pela internet, provavelmente só seriam alcançadas com altos custos, tanto de capital como de pessoal envolvido.

Verifica-se que o direito de petição não se restringe somente aos instrumentos de participação popular previstos na CRFB. Além deles, a internet surge como ferramenta essencial para o melhoramento dessa garantia,

auxiliando no fortalecimento da participação cidadã no debate democrático e “possibilitando sua interação no espaço público, sobretudo no processo de tomada de decisão” (SALGADO; MENDES, 2013, p. 98).

É importante questionar, porém, em que medida é possível afirmar que o ciberespaço tem contribuído, verdadeiramente, para a consolidação do direito de petição e, conseqüentemente, da própria estrutura democrática do País. Em outras palavras: é possível afirmar que as manifestações realizadas por meio dos portais do Congresso Nacional ou das petições *on-line* têm trazido algum resultado prático no cenário político brasileiro? Ou será que apenas a utilização da internet como forma de comunicação com o governo não é suficiente, sendo necessária, ainda, a sua articulação com outras formas de petição mais tradicionais?

Para responder a tais indagações, este trabalho fundamentou-se numa breve análise dos portais e-Democracia e e-Cidadania, bem como dos principais sites de petições *on-line* atuantes no País, a fim de compreender o funcionamento de cada um deles e, por meio de estatísticas, ter uma rápida noção do seu alcance e índices de participação. Em seguida, também por meio de gráficos e com a exploração de casos específicos relacionados a questões políticas de recente destaque, buscou-se verificar a efetividade daqueles instrumentos e os principais obstáculos para a concretização das suas demandas.

Uma vez estabelecidos os desafios mais importantes à participação política *on-line*, apresentaram-se formas de melhorar o desempenho do debate público virtual, com a sua associação a ferramentas presenciais de pressão política, sugeridas após o estudo de casos bem-sucedidos de articulação *on-line* e presencial já realizadas em outros países. Como método de abordagem, utilizou-se o dedutivo e, como de procedimento, o estatístico e o monográfico. A técnica de pesquisa adotada foi a bibliográfica.

1. Os portais interativos do Congresso Nacional e as petições *on-line*: a participação política por meio da internet

Em 2009, foi implementada a primeira versão do portal e-Democracia, da Câmara dos Deputados, um espaço virtual criado por um grupo técnico de pessoas com conhecimento do processo legislativo, da tecnologia de informação e das comunidades virtuais (FARIA, 2012, p. 28). O objetivo principal era proporcionar a interação e discussão virtual, com debates e compartilhamento de ideias no “processo de elaboração

de políticas públicas e projetos de lei de interesse estratégico nacional”, permitindo “conhecer a diversidade e pluralidade de pensamentos dos cidadãos” (SANTOS; BERNARDES; MEZZAROBÀ, 2010, p. 62).

Assim, a plataforma contou com espaço para bate-papos virtuais sobre temas pré-definidos, geralmente vinculados a projetos de lei (as chamadas Comunidades Legislativas), mas também versando sobre qualquer outra pauta política que o cidadão achasse importante e desejasse criar um fórum virtual apenas para essa discussão, no campo para tanto denominado Espaço Livre.¹ Recentemente, o portal passou por importantes mudanças.

Agora também é possível participar das denominadas Audiências Interativas, cuja realização se dá normalmente em Brasília, mas com data e horário marcados no site, o que permite ao usuário acompanhá-las ao vivo e enviar perguntas que ao final poderão ser respondidas pelos deputados.² Nesse sentido, é importante destacar a manutenção de uma ferramenta já adotada no sistema anterior, a Wikilégis, em que os cidadãos podem editar e melhorar projetos de lei, sugerindo alterações artigo por artigo.³

Quanto ao Senado Federal, em 2012 foi criado o Portal e-Cidadania, “com o objetivo de estimular e possibilitar maior participação dos cidadãos nas atividades legislativas, orçamentárias, de fiscalização e de representação” da Casa.⁴ Com algumas diferenças em relação ao e-Democracia, o Portal e-Cidadania permite que as pessoas enviem e apoiem novas leis ou sugestões de mudança na legislação vigente, participem de audiências públicas e sabatinas, por meio de transmissão ao vivo, bem como votem em consultas públicas sobre propostas de emenda à Constituição, medidas provisórias, projetos de lei e outras proposições em tramitação no Senado Federal.⁵

Ainda que em ambas as plataformas seja possível perceber a tentativa de aumentar a comunicação entre a população brasileira e os políticos, o site interativo do Senado Federal recentemente tem sido alvo de maior atenção, especialmente em razão das consultas públicas, que são pesquisas de opinião a respeito de projetos de lei colocadas à disposição de todos, mediante breve cadastro com e-mail. Com a divulgação

¹ Disponível em: <<http://arquivo.edemocracia.camara.leg.br/web/public/o-que-e#.WVfthljyvIU>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

² Disponível em: <<https://edemocracia.camara.leg.br/audiencias/>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

³ Disponível em: <<http://arquivo.edemocracia.camara.leg.br/web/public/wikilegis#.WaS8YMiGPIU>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

⁴ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/sobre>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

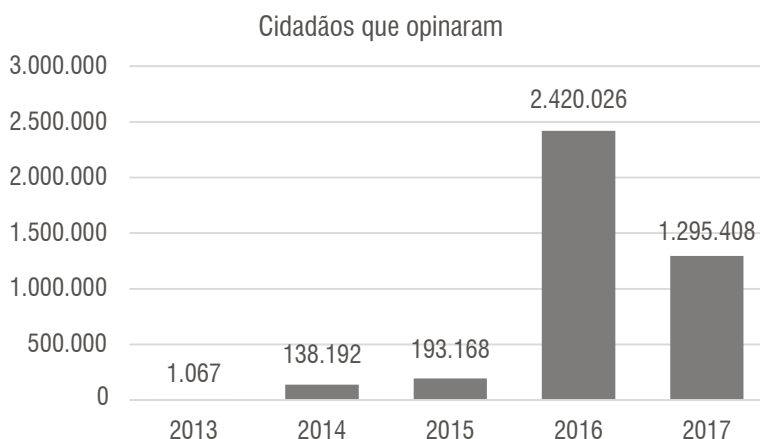
⁵ *Ibidem*.

dessas enquetes, principalmente na página do Senado no *Facebook*, a votação *on-line* foi o modo de interação que mais agradou aos cidadãos, permitindo-lhes sentir-se como se estivessem de fato sendo “ouvidos” por seus representantes na Casa, uma vez que é possível saber quantas pessoas votaram até certo momento e se são os apoiadores do projeto de lei ou os contrários a ele que estão “ganhando” a votação.

Conforme estatísticas do próprio site, que são atualizadas sempre que acessadas, o maior número de participações até então (calculado em 2 de julho de 2017) foi registrado em 2016, com a participação de mais de 2.400.000 cidadãos, número quase treze vezes maior que o de participações em 2015, como se vê no Gráfico 1.

Gráfico 1

Número de cidadãos que opinaram



Fonte: Portal e-Cidadania.⁶

O gráfico permite inferir ainda que, se o número de participações continuar no mesmo ritmo com que vem ocorrendo no primeiro semestre de 2017, até o fim do ano poderá ser superior ao total de 2016, uma vez que já ultrapassou a metade do número de cidadãos que opinaram naquele ano. Destaque-se que 2016 foi um período de proposição e/ou votação de importantes projetos, como a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 55 (BRASIL, 2016b), que previa cortes de gastos em setores importantes do País, bem como o Projeto de Lei

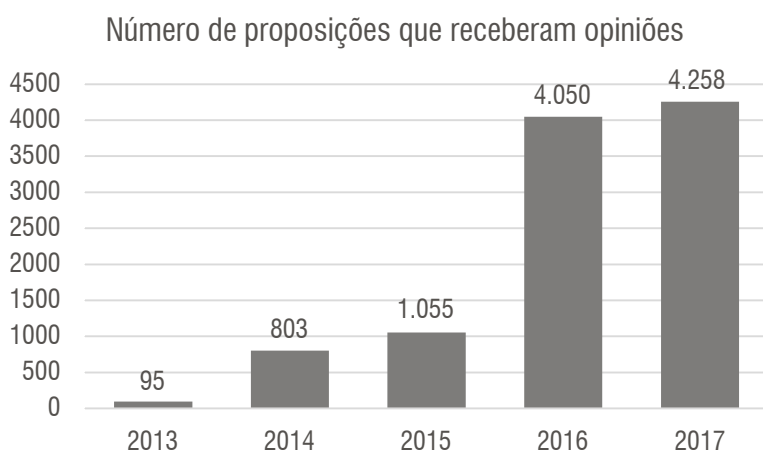
⁶ Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/ecidadaniaPdf.html?docId=2492158>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

Complementar (PLC) nº 24/2016 (BRASIL, 2016a), que versava sobre passar a considerar a prática da vaquejada como manifestação cultural nacional e patrimônio cultural imaterial, o que pode ter estimulado ainda mais a população a expressar sua opinião.

Do mesmo modo, com a maior divulgação das Consultas Públicas do e-Cidadania, em 2017 o site já contabiliza um número superior de proposições que receberam opiniões em relação a 2016, com 4.258 proposições, contra as 4.050 do ano anterior – isso levando-se em conta que, em razão da Resolução nº 26/2013 (BRASIL, 2013), do Senado Federal, todas as propostas em tramitação na Casa devem ser postas à disposição do público para opinar.⁷

Gráfico 2

Número de proposições que receberam opiniões



Fonte: Portal e-Cidadania.⁸

Portanto, é visível a vontade da população, em especial a partir de 2016, de demonstrar aos representantes políticos quais os seus posicionamentos diante dos mais diversos assuntos pautados no Senado Federal. Principalmente num país como o Brasil, cujas dimensões territoriais impedem que os cidadãos estejam fisicamente presentes nos momentos de importantes decisões políticas, uma ferramenta como o

⁷ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119167>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

⁸ Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/ecidadaniaPdf.html?docId=2492158>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

Portal e-Cidadania pode servir como uma forma de aproximar o povo das propostas de governo enquanto elas ainda estão em tramitação.

Desse modo, ganha relevância também a comodidade de poder opinar de dentro da própria casa, ou até mesmo no trabalho ou em qualquer ponto com acesso à internet, evitando grandes locomoções e a necessidade de dispor de um horário específico para participar, tornando a participação mais fácil e conveniente (GOMES, 2005). Nesse espaço virtual, é possível também a ampla aplicação do princípio de publicidade dos atos administrativos, permitindo não apenas a divulgação do que está sendo feito pelo governo, mas, principalmente, a operação de um canal direto de comunicação com cidadãos e contribuintes (PINHEIRO, 2016, p. 344).

Com a redução dos custos de participação política e possibilidade de envolver diferentes parceiros de interlocução, “a rede pode proporcionar um meio pelo qual o público e os políticos podem comunicar-se, trocar informações, consultar e debater, de maneira direta, rápida e sem obstáculos burocráticos” (MAIA, 2008, p. 277).

Todavia, a participação política na internet não se esgota nos portais interativos criados pelo governo federal. As chamadas petições *on-line* também ganharam importante espaço na luta do cidadão brasileiro pelo seu direito de peticionar, constitucionalmente garantido no art. 5º, inc. XXXIV, *a*, da CRFB (BRASIL, 1988).

A petição *on-line* é um instrumento que possibilita a pessoas de qualquer parte do País exercer esse direito constitucional, assinando pedidos que envolvem questões políticas importantes e de grande repercussão. Os principais sites que promovem tais manifestações são, hoje, o Avaaz e o Change.Org, que têm petições reivindicando direitos relativos aos mais diversos temas em dezenas de países.

No Change.Org, uma das petições mais relevantes de 2017 envolveu uma manifestação contrária à indicação de Alexandre de Moraes para ocupar o cargo de ministro no Supremo Tribunal Federal (STF). A petição⁹ foi organizada pelo Centro Acadêmico XI de Agosto, da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da USP, e foi entregue ao Senado Federal em 20 de fevereiro de 2017, com mais de 271.000 assinaturas. Pelo Avaaz, em 2016, criou-se uma petição¹⁰ contrária à aprovação da PEC nº 55 (antiga PEC nº 241, na Câmara dos Deputados), já citada anteriormente e que previa o congelamento dos investimentos em se-

⁹ Disponível em: <<https://www.change.org/p/senado-federal-contra-a-indica%C3%A7%C3%A3o-de-alexandre-de-moraes-para-o-stf>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

¹⁰ Disponível em: <https://secure.avaaz.org/po/petition/A_Michel_Temer_Renan_Calheiros_e_Rodrigo_Maia_Nao_a_PEC_da_Desigualdade_PEC_241/?pv=22>. Acesso em: 13 dez. 2017.

tores como a educação e a saúde, com mais de trezentas mil assinaturas colhidas *on-line*.

O que se pode observar, porém, é que no caso tanto do fomento à participação das temáticas do Congresso Nacional, com o e-Cidadania e o e-Democracia, quanto por meio da assinatura de petições *on-line*, a internet é a principal ferramenta utilizada, permitindo a redução das distâncias físicas e a comunicação direta entre a população e os representantes políticos. É flagrante a potencialidade da internet para “recompor padrões adequados de soberania popular e o incremento dos recursos de mobilização de ações coletivas tanto *on-line* como *off-line*, de modo rápido e simultâneo através do mundo” (SILVA, 2013, p. [4]).

2. A efetividade do direito de petição no cenário político brasileiro

É inegável o avanço a partir do advento da internet. O exercício da cidadania ganhou novas dimensões, com o uso de tecnologias informacionais que proporcionam a “tomada de decisões com a transposição da barreira de espaço e de tempo e por meio de transparência pela acessibilidade instantânea das informações” (OLIVEIRA; RODEGHERI, 2014, p. 797).

Num momento em que a democracia representativa e a visão liberal do mundo não têm cumprido com alguns de seus deveres, “criando um sistema apartado da sociedade civil na deliberação de decisões afeitas à esfera pública” e mantendo uma distância entre o cidadão e o processo decisório (SANTOS, 2011, p. [3]), é importante o surgimento de ferramentas que suprimam esse afastamento e possibilitem uma aproximação mais eficaz.

Nesse sentido, a comunicação em rede, além de reduzir os custos da participação política e de permitir envolver diferentes parcei-

ros de interlocução, proporciona também “um meio pelo qual o público e os políticos podem comunicar-se, trocar informações, consultar e debater, de maneira direta, rápida e sem obstáculos burocráticos” (MAIA, 2008, p. 277).

Ocorre, porém, que a questão a ser respondida é: mesmo com todas essas ferramentas à disposição, o direito de petição realmente tem surtido algum efeito na prática? Ou seja, é possível afirmar que o cenário político brasileiro esteja sendo afetado pelas inúmeras petições *on-line* destinadas ao Congresso Nacional ou mesmo pelas enquetes virtuais promovidas pelo portal interativo do Senado? Ou será que se está diante de instrumentos que não estão sendo capazes de fazer a sociedade ser ouvida sobre a deliberação de questões políticas e projetos de lei?

A petição *on-line* com mais de 270.000 assinaturas contra a indicação de Alexandre de Moraes ao STF foi entregue no Senado, em 20 de fevereiro de 2017, em Brasília, com a ajuda de parlamentares da oposição (JUSTIFICANDO, 2017). Dois dias depois, em 22 de fevereiro, Moraes foi confirmado como o mais novo ministro do STF, após aprovação pelo Senado, tendo recebido cinquenta e cinco votos a favor e somente treze contrários (BENITES, 2017).

Os resultados da Consulta Pública aberta no portal do Senado Federal,¹¹ a fim de saber a opinião da população a respeito da PEC nº 55/2016, encerraram-se com mais de 345.000 votos contra e 23 a favor. No entanto, em 13 de dezembro de 2016, essa PEC transformou-se na Emenda Constitucional nº 94, com 53 senadores a favor e 16 contrários, em segundo turno.

¹¹ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/cidadania/visualizacaomateria?id=127337>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

Ainda, segundo levantamento feito pelo jornal *O Globo* (SANCHES, 2017), das 50 proposições de leis mais votadas pelos cidadãos nas Consultas Públicas, feitas pelo site do Senado, em 75% dos casos os senadores posicionaram-se de maneira contrária ao manifestado pelos cidadãos. Ora, se a ferramenta da consulta pública foi criada justamente para que a população pudesse ser ouvida por seus representantes políticos, é fundamental entender quais são os obstáculos que têm impedido sua opinião de ser levada em consideração pelo Congresso Nacional.

Segundo apuração do Portal e-Cidadania, em 2 de julho de 2017, as nove propostas legislativas a seguir foram as que mais receberam votos desde a abertura do sistema Consulta Pública:

Tabela

Ranking das proposições com mais de dez mil opiniões registradas no Portal e-Cidadania

Proposição	Autor	Ementa	Sim	Não	Total
PEC 106/2015	Jorge Viana	Dá nova redação aos arts. 45 e 46 da Constituição Federal para reduzir o número de membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.	1.299.456	7.676	1.307.132
SUG 15/014	Programa E-Cidadania	Regular a interrupção voluntária da gravidez, dentro das doze primeiras semanas de gestação, pelo sistema único de saúde.	207.281	197.157	404.438
PLS 193/2016	Magno Malta	Inclui entre as diretrizes e bases da educação nacional, de que trata a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, o "Programa Escola Sem Partido".	192.666	203.720	396.386
PEC 55/2016	Câmara dos Deputados	Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências.	23.770	345.716	369.486
PLS 280/2016	Renan Calheiros	Define os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências.	4.672	277.507	278.221

Proposição	Autor	Ementa	Sim	Não	Total
SUG 2/2015	Programa E-Cidadania	Sugere o fim da imunidade tributária para as entidades religiosas (igrejas).	140.380	137.841	278.221
PEC 20/2016	Walter Pinheiro	Inserir artigo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para prever a realização de eleições presidenciais simultaneamente às eleições municipais de 2016.	202.843	16.564	219.407
PLS 350/2014	Lúcia Vânia	Altera a Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, que dispõe sobre o exercício da Medicina, para modificar as atividades privativas de médico.	76.825	114.704	191.529
PLC 38/2017	Câmara dos Deputados	Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1999, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.	6.945	148.202	155.174

Fonte: Portal e-Cidadania.¹²

De acordo com o site,¹³ todas as proposições podem receber votos até o final de sua tramitação, ou seja, até seu arquivamento, promulgação ou envio à Câmara ou Presidência da República. Destas acima, tiveram sua tramitação encerrada a PEC nº 55/2016 (BRASIL, 2016b), o PLS nº 280/2016 (BRASIL, 2017c), o PLS nº 350/2014 (BRASIL, 2014) e o PLC nº 38/2017 (BRASIL, 2017b).

¹² Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/ecidadaniaPdf.html?docId=2633832>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

¹³ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/sobre>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

A PEC nº 55/2016 foi sancionada sem maiores esforços, apesar de ampla manifestação da população contra ela. No mesmo sentido, o PLC nº 38/2017 foi transformado em norma jurídica, em 14/7/2017, e acarretou severas mudanças na legislação trabalhista, embora somente cerca de 10% dos cidadãos tenham votado no Portal do Senado a favor da aprovação do projeto.¹⁴

O PLS nº 280/2017 (BRASIL, 2017c), por sua vez, embora tenha sido arquivado, como o queriam mais de 270.000 pessoas, teve esse destino não por ter sido rejeitado, mas em virtude da aprovação do substitutivo PLS nº 85/2017 (BRASIL, 2017a) no plenário do Senado, que foi encaminhado à Câmara, visando a definir os crimes de abuso de autoridade praticados por membro da Administração Pública, com poucas alterações em relação ao seu predecessor (CONSULTOR JURÍDICO, 2017). Por fim, o PLS nº 350/2014 (BRASIL, 2014), que versava sobre mudanças nas atividades privadas do médico, foi o único cujo fim, de fato, foi o arquivamento, após sua autora, a senadora Lúcia Vânia, solicitar a retirada do projeto de tramitação.

Verifica-se que, apesar de realmente haver espaço para que a população possa manifestar-se a respeito das atividades legislativas, de pouca utilidade acaba sendo essa manifestação, uma vez que os dados mostram que os senadores estão adotando posicionamentos majoritariamente contrários aos apresentados pelas pesquisas. Tal fato é especialmente relevante quando se leva em conta a esperança que se tem na internet como ferramenta essencial para facilitar a comunicação entre a população e seus dirigentes políticos. Se a mensagem, no

fim, está sendo transmitida – e isso é inconteste –, dada a considerável participação popular tanto nas Consultas Públicas, como por meio das petições *on-line* –, qual é o obstáculo no caminho virtual entre cidadãos e governantes?

Primeiramente, é importante considerar que, apesar de as novas tecnologias propiciarem um ideal para a comunicação democrática, por meio de novas possibilidades de participação descentralizada:

Elas podem, também, sustentar formas extremas de centralização de poder [...]. É preciso levar em consideração que, para fortalecer a democracia, são necessárias não apenas estruturas comunicacionais eficientes, ou instituições propícias à participação, mas também devem estar presentes a motivação correta, o interesse e a disponibilidade dos próprios cidadãos para engajar-se em debates (MAIA, 2008, p. 278, grifo do autor).

Isto é, embora tenha possibilitado a supressão das barreiras territoriais, a internet não é capaz por si só de elevar o debate político e dar efetividade ao direito de peticionar. É necessário que, ao se utilizarem das ferramentas virtuais, os usuários estejam dispostos também a dedicar-se a um aprofundamento da discussão política, garantindo seu espaço de fala e demonstrando verdadeiro interesse em serem ouvidos pelos parlamentares das duas Casas do Congresso Nacional.

Saliente-se que não se está a ignorar aqui o problema da exclusão digital; de fato, nem todos têm acesso à internet e, portanto, não se encontram aptos a participar de debates políticos virtuais ou de utilizar as ferramentas de transparência e comunicação *on-line* disponibilizadas pelo governo. Todavia, como afirma Marques (2014, p. 105), apenas garantir o acesso de grande parte da população à rede mundial de computadores não significa necessariamente o aprimoramento da demo-

¹⁴ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>>. Acesso: 13 dez. 2017.

cracia *on-line*, pois, “além do acesso à Internet propriamente dito, desempenhar atividades de natureza política ou engajar-se em projetos coletivos requerem competências e interesses específicos por parte dos cidadãos” (MARQUES, 2014, p. 105). Ou seja, mesmo com computador em casa ou com celulares que permitam o acesso à internet, a participação do cidadão no jogo democrático depende também de outras condições, havendo “pouca evidência de que o acesso mais amplo às tecnologias irá, por si só e sem mais, expandir o interesse pelas questões políticas simplesmente porque uma parcela maior do público tem chances de participar” (MAIA, 2008, p. 285).

Nesse sentido, Habermas (1997, p. 106) aponta que há casos específicos em que a sociedade civil é capaz de formular opinião própria, a fim de “influenciar o complexo parlamentar (e os tribunais), obrigando o sistema político a modificar o rumo do poder oficial”, isto é, para influenciar os acontecimentos da esfera pública. Para tanto, porém, é preciso ter em mente o que o autor conceitua como “esfera pública”. Em suas palavras:

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se considerarem opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos [...] A esfera pública constitui principalmente uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado no agir comunicativo, não com as *funções* nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana (HABERMAS, 1997, p. 92, grifos do autor).

Ou seja, trata-se de um espaço social construído por meio da linguagem, que, antigamente, estava muito ligado ao espaço físico em que se dava o diálogo e onde se encontravam

os interlocutores. Com o advento da internet, porém, permitiu-se que a esfera pública se constituísse sem o limite de barreiras físicas e territoriais, por meio de lugares virtuais destinados ao debate entre os usuários da rede, tornando clara a “abstração que acompanha a passagem da estrutura espacial das interações simples para a generalização da esfera pública” (HABERMAS, 1997, p. 93) e que, em sociedades complexas, realiza a mediação entre sistema político e setores privados da vida (HABERMAS, 1997, p. 107), a fim de se possibilitar a construção de uma opinião pública.¹⁵

No ponto, o filósofo alemão indica que quanto maior a união do público através dos meios de comunicação de massa, de modo a incluir todos os membros de uma sociedade nacional ou até todos os contemporâneos, transformando-os numa figura abstrata, mais nítida será a distinção entre os papéis dos atores que se apresentam nas arenas e dos espectadores que se encontram nas galerias (HABERMAS, 1997, p. 108). Dessa forma, é preciso não apenas verificar quem naturalmente detém o poder de influência no meio dos demais (com “protetores” que lhes fornecem o devido auxílio financeiro, de organização, de saber e de capital social), como, especialmente, quais atores “são sensíveis às ameaças que envolvem os direitos de comunicação, e se estão dispostos a ir além da defesa dos próprios interesses, levantando barreiras contra formas camufladas ou escancaradas de ex-

¹⁵ Apenas a título de esclarecimento, aqui se adotará a definição de “opinião pública” elaborada pelo cientista político italiano Giovanni Sartori. Ele a define como um conceito político, em que o “termo ‘pública’ não indica apenas o sujeito (da opinião), mas também a natureza e o domínio das opiniões em questão” (SARTORI, 1994, p. 125). Assim, opinião pública diz respeito a “um público, ou uma multiplicidade de público, cujos estados de espírito difusos (opiniões) interagem com fluxos de informações relativas ao estado da *res publica*” (SARTORI, 1994, p. 125) – ou seja, deve ter relação com as informações concernentes à sociedade civil, não a interesses particulares.

clusão e de repressão de minorias e de grupos marginalizados” (HABERMAS, 1997, p. 108).

Tal diferenciação servirá fundamentalmente para saber se os atores envolvidos se contentam em utilizar a esfera pública já constituída, e apenas isso, sem ter nada a agregar; ou se estão, de fato, engajados em participar ativamente na reprodução de suas estruturas. Nesse sentido, tendo em vista que não é possível determinar *a priori* se haverá o verdadeiro processo de debate em qualquer uma das espécies de esfera pública, dependendo, antes, da livre motivação e ação dos envolvidos, superior a uma mera pluralidade de vozes, é necessária a criação de um interesse político que permita aos interlocutores expressar o que têm em mente, ouvir o que os outros têm a dizer e responder às questões e aos questionamentos, através de respeito mútuo.

No caso das consultas públicas e das petições *on-line*, em que pese ser possível perceber expressiva participação da população, não se verifica uma verdadeira articulação para a construção de uma opinião pública a respeito dos projetos de lei. Antes disso, o próprio fato de haver determinadas proposições legislativas a respeito das quais, diferentemente de outras, não ocorre na Consulta Pública ampla participação popular demonstra que a tendência dos cidadãos é de se engajar em votações cujos interesses próprios, em especial, estejam em pauta. A preocupação principal, portanto, ainda não são assuntos afetos à esfera pública, isto é, da nação como um todo e como ente político.

Como, porém, despertar tal interesse numa população com mais de duzentos milhões de pessoas, num país de grande extensão territorial e onde nem todos têm acesso à internet? Sem tentar esgotar as possibilidades de resposta a tal indagação, este trabalho buscou referências de articulação política na internet,

sobretudo internacional, e cujos objetivos foram exitosos e capazes de influenciar o cenário político de um país, a ponto de trazer mudanças em prol da população e permitir a consolidação da participação política democrática.

3. Aprimoramento do direito de petição: a necessidade de unir o real ao virtual

Não é de hoje que o cenário político brasileiro tem desagradado grande parte da população. Em termos gerais, reclama-se muito dos recentes escândalos de corrupção que têm sido revelados e da falta de representatividade dos eleitos para falar pelo povo nas sessões do Congresso Nacional. Em vez de um verdadeiro sistema democrático representativo, a sensação que se tem é a de que se está a viver uma democracia às avessas, cujo funcionamento se dá com

Governos que fazem eles mesmos as leis [...]; ministros ou assessores de ministros realocados em empresas públicas ou semi-públicas; partidos financiados por fraudes nos contratos públicos; empresários investindo uma quantidade colossal de dinheiro em busca de um mandato; donos de impérios midiáticos privados apoderando-se do império de mídias públicas por meio de suas funções públicas. Em resumo: *apropriação da coisa pública por uma sólida aliança entre a oligarquia estatal e a econômica* (RANCIÈRE, 2014, p. 93, grifo nosso).

Ainda que se viva sob um governo dito democrático, sabe-se que, apesar da aparente definição simples, a história tem demonstrado que nem sempre é fácil aplicar o conceito de democracia ao “mundo real”. Há quem diga que, para existir democracia, basta haver eleições, um Congresso, um governo que garanta

o direito de fala ou, ainda, que os cargos sejam organizados, principalmente os constitucionais e legislativos, garantindo a liberdade de cada indivíduo e a postulação de igualdade *a priori* de todos (BRETON, 2008, p. 19).

Conforme Bobbio (1986, p. 18), democracia é, em síntese, um “conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais *procedimentos*”. O filósofo político destaca a necessidade de se garantir – àqueles a quem o poder de decisão foi dado – o exercício dos direitos de liberdade, opinião, expressão e reunião, que constituiriam regras preliminares a permitir o desenrolar do jogo democrático.

No Brasil, os casos de corrupção em todas as esferas do governo, amplamente divulgadas na mídia, fazem com que os cidadãos tenham diminuída a sua confiança num sistema democrático de gestão, uma vez que não se sentem representados pelos parlamentares que atuam no Congresso Nacional. Uma das razões das históricas jornadas de junho de 2013 (uma tentativa de “primavera brasileira”, em alusão aos protestos da Primavera Árabe), inclusive, foi que parte da população não conseguia ver seus interesses atendidos pelos candidatos eleitos nas eleições anteriores.

Assim, a internet como ferramenta de ampla divulgação de informações e transmissão de dados surge como uma saída para auxiliar na consolidação dos princípios constitucionais de publicidade dos atos públicos e probidade administrativa, funcionando não apenas para compartilhar o que o governo está fazendo, mas, também, como um canal de comunicação direta deste com os cidadãos e contribuintes (PINHEIRO, 2016, p. 344). Ao menos num primeiro momento, portanto, seria utilizada como um importante instrumento de transparência das ações do Poder Público.

Entretanto, se é possível verificar que, apesar de inovador, esse novo modo de comunicação ainda apresenta falhas, principalmente no que se relaciona a fazer valer a vontade da população sobre as vontades individuais dos parlamentares, o que fazer para que esse quadro seja revertido? Como construir uma opinião pública, ou melhor, como promover um modo de organização social que eleve a participação política popular ao nível de provocar mudanças nas decisões tomadas dentro do Congresso Nacional?

Nesse sentido, em outubro de 2016, o Observatório de Justiça e Defesa Animal da Espanha – coordenado, entre outros, pela professora Marita Giménez-Candela – apresentou ao Congresso dos Deputados da Espanha uma petição *on-line* com mais de 240.000 assinaturas,¹⁶ apoiando a aprovação de um projeto de lei com o objetivo de alterar o Código Civil (datado de 1889), de modo que se passasse a considerar os animais como seres vivos dotados de sensibilidade, em vez de meramente coisas (CODINA SEGOVIA, 2017, p. 2). A proposta foi apresentada na Câmara ainda em 2016, pelo então deputado Guillermo Díaz, através do Grupo Parlamentar de Cidadãos, e a votação ocorreu em 14 de fevereiro de 2017, com todos os deputados presentes posicionando-se a favor da aprovação do projeto.

Destaque-se que o trabalho do Observatório, porém, não foi unicamente a apresentação da referida petição. Desde 2015, o grupo conduzia a campanha “Animais Não São Coisas”, realizando diversas reuniões com diferentes grupos parlamentares, a fim de esclarecer os principais pontos da mudança no estatuto jurídico civil dos ani-

¹⁶ Disponível em: <<https://www.change.org/p/reforma-del-c%C3%B3digo-civil-esp%C3%B1ol-animalesnosocosas>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

mais na Espanha para adequá-lo ao previsto no Tratado de Funcionamento da União Europeia (CODINA SEGOVIA, 2017, p. 2). Nessas ocasiões, *experts* da área puderam ter contato direto com representantes do governo, demonstrando o engajamento não apenas virtual, mas também concreto de professores e grandes estudiosos do assunto na campanha.

Do mesmo modo tem sido a atuação do grupo Greenpeace pelo mundo. Criado em 1971, trata-se de uma organização global que atua na defesa do meio ambiente, incluindo fauna e flora, em mais de quarenta e três países em todos os continentes (GREENPEACE, 2017). Entre as inúmeras causas pelas quais o Greenpeace luta está a defesa do Ártico contra a exploração de petróleo; dela resultou a petição *on-line* relacionada à proteção dos animais e do ecossistema da região.

O documento, todavia, que já conta mais de 300.000 assinaturas de brasileiros, não foi a única ferramenta utilizada pelo grupo para impedir que a empresa Shell explorasse combustível fóssil nas geleiras. Promoveram-se também manifestações que impediram navios da companhia de se aproximar do local da exploração (GREENPEACE, 2015a). Além disso, no início de setembro de 2015, um boneco de urso polar da altura de dois andares foi colocado em frente à sede britânica da Shell, contando com o apoio de uma famosa atriz de televisão (GREENPEACE, 2015b).

O resultado foi que, em 28 de setembro de 2015 (GREENPEACE, 2015c), a empresa anunciou que não prosseguiria com a exploração no Ártico, sob a justificativa de que suas pesquisas não obtiveram descobertas significativas no local. Em que pese o pronunciamento, é possível verificar que as manifestações foram determinantes para que a companhia repensasse seus investimentos, com o Greenpeace exercendo pressão tanto através

dos meios de comunicação digital como presencialmente.

Dessa forma, pode-se concluir que as citadas experiências de petição *on-line*, embora com focos diferentes e dirigidas por distintos grupos de pessoas, permitem o estabelecimento de uma zona comum: para alavancar suas causas, utilizaram-se não somente do espaço virtual, mas também da pressão presencial, em que os destinatários das petições podiam ver fisicamente a força das reivindicações.

No caso do Observatório de Justiça e Defesa Animal, na Espanha, as conversas entre representantes políticos e especialistas em direito animal foram primordiais para dar suporte teórico e consistente à petição *on-line* que já recolhia milhares de assinaturas. Igualmente, a realização de audiências públicas e de reuniões com os profissionais permitiu a transmissão de conhecimento e da importância da aprovação do projeto de lei para a causa dos animais.

Da mesma forma, tendo em mente a importância dessa ofensiva presencial, o Greenpeace está presente em nove cidades brasileiras – São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Recife, Salvador, Manaus, Brasília, Porto Alegre e Florianópolis –, nas quais há grupos locais de voluntários (GREENPEACE, 2016). Assim, quando necessário, eles podem ser acionados a qualquer momento para promover a realização de manifestações vinculadas a petições *on-line* e causas de interesse mundial.

De acordo com Maia (2008, p. 290), é por meio do debate público com informações de especialistas e pautas específicas escolhidas pelos sujeitos envolvidos que as pessoas podem esclarecer os problemas e interesses em conflito. Em regra, raramente os cidadãos revelam um conjunto ordenado e coerente de preferências, quando se trata de questões sociais e políticas complexas. Porém, por meio do debate público bem conduzido e organiza-

do com o auxílio de estudiosos, pode não se chegar à descoberta dos interesses “reais” de cada indivíduo participante, mas ao menos é possível a construção de uma “interpretação coletiva” de como devem ser entendidos os interesses mais importantes (MAIA, 2008, p. 290).

Considerações finais

O desenvolvimento das novas tecnologias de informação gerou grandes expectativas ao chegar aos mais diversos setores da sociedade. Evoluindo na direção da abertura de uma rede de acessos múltiplos (CASTELLS, 1999, p. 113), o paradigma da tecnologia da informação, por meio do ciberespaço, tem permitido, de forma cada vez mais direta, observar quase tudo o que se deseja em tempo real (LÉVY, 2002, p. 37), ao (literal) toque dos dedos. Assim também, a participação na esfera política não poderia ficar à margem dessa mudança.

O advento do chamado “governo eletrônico” fez com que inúmeros países tivessem que se adaptar às novas tecnologias, com a criação de portais interativos e de simples interface, que possibilitassem aos cidadãos ter rápido acesso a informações relevantes e de grande interesse político. A própria forma de participação política popular, por meio do direito de petição, foi alterada com a internet, principalmente com a ampliação do rol de instrumentos aptos a permitir o diálogo entre governantes e governados, além daqueles já previstos na CRFB.

Como se viu, entretanto, apesar dessas novidades digitais, ainda é necessária a articulação do mundo virtual com o mundo “real”. Nesse sentido, tanto a articulação do Observatório de Justiça e Defesa Animal, na Espanha, como o Greenpeace, pelo mundo, são claros exemplos de como a internet pode de fato servir para reunir milhares de pessoas em torno de uma causa comum (o que muito provavelmente não poderia ser alcançado sem a divulgação das ideias por plataformas virtuais, em especial, as redes sociais), mas também sem deixar de lado a manifestação presencial.

Todas as exitosas ações citadas utilizaram-se, em algum momento, de uma manifestação física das suas pretensões, em que os destinatários das demandas puderam ter contato direto com as pautas e observar a mobilização em torno da causa. Em especial, relativamente às alterações conquistadas no Código Civil da Espanha, os representantes políticos daquele país puderam ter a opinião de especialistas a respeito do tema, além de intelectuais de grande destaque conduzindo as manifestações *on-line*.

Assim, adaptando-se às pautas brasileiras, não se está a negar a essencialidade da presença de um portal como o e-Cidadania ou mesmo

como o e-Democracia. Certamente, foram importantes mudanças na estrutura do governo eletrônico brasileiro, permitindo um contato com a opinião pública jamais visto anteriormente – senão por meio das eleições e referendos. No entanto, como se viu, não basta apenas oferecer o espaço para debate; caso bastasse, o resultado da votação dos projetos de lei acompanharia o resultado das pesquisas do Consulta Pública, o que não tem acontecido.

É necessário também despertar o interesse da população para efetivamente se dedicar ao debate público, a ponto de estar apta a formar uma opinião pública concreta e capaz de influenciar o cenário político do país e exercer o direito de petição em sua plenitude. Não obstante a manifestação *on-line*, o que se pode concluir é que esse interesse é criado também por meio da articulação com especialistas dedicados ao assunto em pauta, de modo a demonstrar a presença do aporte teórico da manifestação, bem como a mobilização presencial e organizada dos reivindicadores.

A conjugação de métodos novos de manifestação com os mais tradicionais, portanto, pode ser uma ferramenta forte e apta a imprimir maior efetividade à participação política popular. Garantir o maior interesse da população e, conseqüentemente, dar voz à opinião do cidadão é não só um passo em direção a uma maior concretização do direito de petição, como, sobretudo, à consolidação da própria democracia no País.

[Artigo resultante de pesquisa realizada no Projeto “Riscos e (des)controles do ciberespaço”, desenvolvido no Grupo de Pesquisa em Direito e Internet, certificado pelo CNPQ, da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil.]

Sobre os autores

Nina Trícia Disconzi Rodrigues é doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professora adjunta no Departamento de Direito e no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; coordenadora do Grupo de Pesquisa, cadastrado no CNPQ (Grupo de Pesquisa em Direito dos Animais, denominado GPDA), da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; vice-líder do Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq, denominado CEPEDI (Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet), da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil.
E-mail: ninadisconzi@uol.com.br

Rafael Santos de Oliveira é doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; professor adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; líder e coordenador do Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq, denominado CEPEDI

(Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet), da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil.

E-mail: rafael.oliveira@ufsm.br

Fernanda dos Santos Rodrigues Silva é graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; membro dos projetos de pesquisa, cadastrados no CNPq, A Refundação da Jurisdição e a Multidimensionalidade da Sustentabilidade e Ativismo digital e as novas mídias: desafios e oportunidades da cidadania global, do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; bolsista FIPE SENIOR/CCSH/2017 da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil.

E-mail: fernanda_1849@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁷

THE IMPROVEMENT OF THE PETITION RIGHT UNDER THE PERSPECTIVE OF THE NEW DIGITAL MEDIA

ABSTRACT: The purpose of this study is to observe in which context the opinion surveys of the website “e-Cidadania”, by the Federal Senate, and the on-line petitions have been highlighted, analysing how its functioning works, as well as its role in the effectiveness of democracy in Brazil. In this sense, it was sought to verify if these instruments have had any effect in the Brazilian political scene, in particular, by studying statistical data, and what are the best ways to improve them, in order to effect the petition right, constitutionally guaranteed, and to expand the roll of popular political participation tools. As methodology, it was used the deductive approach method and the monographic and statistical procedure methods. As a research technique, it was used the bibliographic.

KEYWORDS: PETITION RIGHT. NEW DIGITAL MEDIA. “E-CIDADANIA”. ON-LINE PETITIONS. DEMOCRACY.

Como citar este artigo

(ABNT)

RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; OLIVEIRA, Rafael Santos de; SILVA, Fernanda dos Santos Rodrigues. O aprimoramento do direito de petição sob a perspectiva das novas mídias digitais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 181-202, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p181>.

(APA)

Rodrigues, N. T. D., Oliveira, R. S. de, & Silva, F. dos S. R. (2018). O aprimoramento do direito de petição sob a perspectiva das novas mídias digitais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(217), 181-202. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p181

¹⁷ Sem revisão do editor.

Referências

AVAAZ. *Não à PEC da desigualdade* [recurso eletrônico]. 2016. Disponível em: <https://secure.avaz.org/po/petition/A_Michel_Temer_Renan_Calheiros_e_Rodrigo_Maia_Nao_a_PEC_da_Desigualdade_PEC_241/?pv=22>. Acesso em: 14 dez. 2017.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Direito constitucional de petição: exercício da cidadania*. Brasília: ESMPU, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/Direito_constitucional_de_peti%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2017.

BENITES, Afonso. Alexandre de Moraes é confirmado como ministro do STF: Senado aprova nomeação do escolhido por Temer para ocupar a vaga de Teori Zavascki. *El Pais*, Brasília, 22 fev. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/22/politica/1487773986_760007.html?rel=mas>. Acesso em: 13 dez. 2017.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Senado Federal. Resolução nº 26, de 10 de setembro de 2013. Estabelece mecanismo de participação popular na tramitação das proposições legislativas no Senado Federal. *Diário Oficial da União*, 11 set. 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/PublicacaoSiglen.action?id=583589&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 350, de 2014. Altera a Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, que dispõe sobre o exercício da Medicina, para modificar as atividades privativas de médico. Autora: Sen. Lúcia Vânia. *Diário do Senado Federal*, 26 nov. 2014. [Tramitação encerrada]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=27/11/2014&paginaDireta=00373>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 24, de 2016. Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Autor: Dep. Capitão Augusto. *Diário do Senado Federal*, 20 maio 2016a. [Tramitação encerrada]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=20/05/2016&paginaDireta=00122>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 55, de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Autor: Presidência da República. *Diário do Senado Federal*, 27 out. 2016b. [Tramitação encerrada]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=27/10/2016&paginaDireta=00037>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 85, de 2017. Define os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências. Autor: Sen. Randolfe Rodrigues. *Diário do Senado Federal*, 1º abr. 2017a. [Tramitação encerrada]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=01/04/2017&paginaDireta=00045>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990... Autor: Presidência da República. *Diário do Senado Federal*, 3 maio 2017b. [Tramitação encerrada]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=03/05/2017&paginaDireta=00230>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 280, de 2017. Estabelece diretrizes e requisitos para a delegação, no âmbito da Administração Pública Federal, do serviço público de fiscalização administrativa a particulares. Autor: Sen. Antonio Anastasia. *Diário do Senado Federal*, 18 ago. 2017c. [Em tramitação]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=18/08/2017&paginaDireta=00090>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

BRETON, Philippe. *A incompetência democrática: a crise da palavra na origem do mal-estar na política*. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *E-democracia beta* [recurso eletrônico]: participação virtual, cidadania real: o que é?. [20--]. Disponível em: <<http://arquivo.edemocracia.camara.leg.br/web/public/o-que-e#.WVfthljyIU>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. *E-democracia beta* [recurso eletrônico]: participação virtual, cidadania real: o que é o Wikilegis?. [20--]. Disponível em: <<http://arquivo.edemocracia.camara.leg.br/web/public/wikilegis#.WaS85siGPIU>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. *Audiências interativas* [recurso eletrônico]: acompanhe ao vivo e participe enviando perguntas aos deputados!. [20--]. Disponível em: <<https://edemocracia.camara.leg.br/audiencias/>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CHANGE.ORG. *Reforma del Código Civil español* [recurso eletrônico]: #AnimalesNOsonCosas. [2016]. Disponível em: <<https://www.change.org/p/reforma-del-c%C3%B3digo-civil-esp%C3%B1ol-animalesnosoncosas>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. *Contra a indicação de Alexandre de Moraes para o STF* [recurso eletrônico]. [2017]. Disponível em: <<https://www.change.org/p/senado-federal-contra-a-indica%C3%A7%C3%A3o-de-alexandre-de-moraes-para-o-stf>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

CHAUÍ, Marilena. As manifestações de junho de 2013 na cidade de São Paulo. *Teoria e Debate*, [S.l.], ed. 113, jun. 2013. Não paginado. Disponível em: <<http://www.teoriaedebate.org.br/index.php?q=materias/nacional/manifestacoes-de-junho-de-2013-na-cidade-de-sao-paulo>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

CODINA SEGOVIA, Juan Ignacio. Unanimidad em el Congreso de los Diputados para instar la reforma del Código Civil español y reconocer a los animales como seres dotados de sensibilidad. *Revista da Web Center*, [S.l.], 22 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.derechoanimal.info/images/pdf/SeresDotadosSensibilidad.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. Projeto de Lei que pune abuso de autoridade é aprovado no Plenário do Senado. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 26 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-26/projeto-lei-pune-abuso-autoridade-aprovada-senado>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

FARIA, Cristiano Ferri Soares de. A e-democracia legislativa em seus primórdios. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; JOSGRILBERG, Fábio Botelho (Org.). *Tensões em rede: os limites e possibilidades da cidadania na internet*. São Bernardo do Campo: UMESP, 2012. p. 25-51.

FIGUEIREDO, Rubens. A “espiral do silêncio” e a escalada da insatisfação. In: _____ (Org.). *Junho de 2013: a sociedade enfrenta o Estado*. São Paulo: Summus, 2014. p. 23-38.

GOMES, Wilson. Internet e participação política em sociedades democráticas. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, v. 12, n. 27, p. 58-78, ago. 2005. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/viewFile/3323/2581>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

GREENPEACE. *Ativistas bloqueiam ponte para impedir Shell* [recurso eletrônico]. 2015a. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/Ativistas-se-penduram-de-ponte-para-impedir-Shell/>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

_____. *Uma gigante enfrenta a Shell* [recurso eletrônico]. 2015b. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/Um-gigante-faz-frente-a-Shell/>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

_____. *Vitória!* [recurso eletrônico]: Shell desiste de explorar petróleo do mar do Ártico. 2015c. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Blog/shell-desiste-de-explorar-petroleo-do-rtico-ap/blog/54242/>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

_____. *Relatório anual 2015* [recurso eletrônico]. [S.l.]: Greenpeace Brasil, 2016. Disponível em: <https://issuu.com/greenpeacebrasil/docs/relatorio_anual_2015_greenpeace>. Acesso em: 13 ago. 2017.

_____. *Você conhece o Greenpeace?* [recurso eletrônico]. c2017. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/quemsomos/>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

JUSTIFICANDO. Petição com mais de 270 mil assinaturas contra Moraes é entregue no Senado. *Justificando*, [S.l.], 20 fev. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/20/peticao-com-mais-de-270-mil-assinaturas-contramoraes-entregue-no-senado/>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

MAIA, Rousiley C. M. Democracia e a internet como esfera pública virtual: aproximação às condições de deliberação. In: GOMES, Wilson; MAIA, Rousiley C. M. *Comunicação e democracia: problemas & perspectiva*. São Paulo: Paulus, 2008. p. 277-292.

MARQUES, Paulo Francisco Jamil Almeida. Democracia *online* e o problema da exclusão digital. *Revista Intexto*, Porto Alegre, n. 30, p. 93-113, 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/intexto/article/view/41269/30388>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

OLIVEIRA, Rafael Santos de; RODEGHERI, Letícia Bodanese. Do eleitor *off-line* ao cibercidadão *online*: potencialidades de participação popular na Internet. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 15, n. 107, p. 797-822, out./jan. 2014.

PERUZZO, Cicilia M. Krohling. Mídias sociais, redes virtuais e mídia alternativa no junho em que “o gigante acordou”(?). *Revista Matrizes*, São Paulo, ano 7, n. 2, p. 73-93, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/matrizes/article/view/69407/71976>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito digital*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

SALGADO, Eneida Desiree; MENDES, Geisla A. V. H. O direito de petição sob perspectiva: uma proposta para a ampliação do debate democrático no controle concentrado de constitucionalidade. In: VITA, Jonathan Barros; NASCIMENTO, Valéria Ribas do; RIBEIRO, Daniela Menengoti (Org.). *Direitos fundamentais e democracia II*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 1, p. 86-107.

SANCHES, Mariana. Senadores ignoram opinião do cidadão em enquetes virtuais. *O Globo*, São Paulo, 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/senadores-ignoram-opiniao-do-cidadao-em-enquetes-virtuais-21049914>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

SANTOS, Larissa Galdino de Magalhães. Democracia digital e ampliação do espaço público: realizações e obstáculos da democracia digital no governo do estado do Espírito Santo. In: SEMINÁRIO NACIONAL DA PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS – UFES, 1., 2011, Vitória. *Anais...* Vitória: UFES, 2011. Não paginado. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/SNPGCS/article/view/1540/1130>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

SANTOS, Paloma Maria; BERNARDES, Marciele Berger; MEZZARROBA, Orides. E-democracia: possibilidades e a experiência brasileira frente aos novos sistemas. In: MEZZARROBA, Orides; GALINDO, Fernando (Org.). *Democracia eletrônica*. Zaragoza:

Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010. p. 53-71. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/e-democracia-possibilidades-e-experi%C3%A7%C3%A3o-brasileira-frente-aos-novos-sistemas>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994.

SENADO FEDERAL. *E-cidadania* [recurso eletrônico]: número de usuários e participações. [201-]. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/ecidadaniaPdf.html?docId=2492158>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. *E-cidadania* [recurso eletrônico]: ranking das proposições com mais de dez mil opiniões registradas no portal e-cidadania. [201-]. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/ecidadaniaPdf.html?docId=2633832>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. *E-cidadania* [recurso eletrônico]: sobre o portal e-Cidadania. [201-]. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/sobre>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. *E-cidadania* [recurso eletrônico]: consulta pública [sobre a] PEC 55/2016. [2016]. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacao materia?id=127337>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

SILVA, Fernando Wisse Oliveira. Petições online e mobilização: o caso das petições sobre Marco Feliciano. In: SIMPÓSIO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIBERCULTURA, 7., 2013, Curitiba. *Anais...* Curitiba: UTP, 2013. Não paginado. Disponível em: <http://abciber.org.br/simposio2013/anais/pdf/Eixo_4_Politica_%20Inclusao_Digital_e_Ciberativismo/25685arq04729851323.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2017.

O controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo

LUIZ EDUARDO DINIZ ARAUJO

Resumo: O presente texto destina-se a analisar a responsabilidade do Poder Legislativo na criação das agências reguladoras e na fiscalização de seus atos. A análise parte da necessidade de atualização da noção de controle no contexto do Estado regulador, em que as atividades econômicas são exercidas por agentes privados e sob a ordenação do Estado. O texto enfatiza o papel que o Poder Legislativo deve exercer na estruturação e na movimentação de mecanismos de controle das atividades das agências reguladoras. Busca, ainda, demonstrar que a atenção dedicada pelo Parlamento brasileiro às agências reguladoras, além de se posicionar muito aquém do esperado, está focada em questões pontuais e de viés midiático, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos da América (EUA), por exemplo.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Poder Legislativo. Estado regulador. Separação de Poderes. Mecanismo de freios e contrapesos.

Introdução

Criadas no Brasil a partir de 1996¹, as agências reguladoras têm exercido papel de ordenar setores da economia, tais como energia elétrica, telecomunicações, saúde suplementar e transportes terrestre, aéreo e aquaviário.

O surgimento das agências reguladoras no Brasil insere-se num contexto de mudança do paradigma do Estado social – desempenho de atividades econômicas diretamente pelo Estado, por meio de propriedade pública – para o paradigma do Estado regulador – desempenho

Recebido em 23/11/17
Aprovado em 2/3/18

¹ A primeira agência reguladora criada no Brasil foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (BRASIL, 1996).

de atividades econômicas por empresas privadas, mediante regulação do Estado.

Diante da impossibilidade de o Poder Legislativo desempenhar a regulação diretamente, em virtude da mutabilidade da realidade que se destina a ordenar e a necessidade de excessivo detalhamento de normas por setor da economia, essa missão foi entregue às agências reguladoras, criadas exatamente com a finalidade de desempenhá-la.

Essa mudança de paradigma de atuação do Estado brasileiro na economia, bem como o exercício da regulação por agências reguladoras, exige que os mecanismos de controle do Estado sejam atualizados e potencializados, de modo que não exista, de modo incontrastável, exercício de parcela de poder.

A atualização dos mecanismos de controle deve considerar que a atividade estatal não se encontra mais exclusivamente centrada no gasto público. No Estado regulador, o centro da disputa de poder transfere-se da arena do gasto público para a da expedição de normas por entes autônomos, cujos dirigentes não são eleitos democraticamente (MAJONE, 1996).

A necessidade de potencialização do controle decorre do fato de as agências reguladoras não estarem submetidas ao poder hierárquico do Presidente da República e, adicionalmente, de serem conduzidas por dirigentes que exercem mandatos fixos e não submetidos ao escrutínio democrático.

A existência de três Poderes na República Federativa do Brasil, subordinados entre si por mecanismos de freios e contrapesos, de modo que não exista poder incontrastável, significa que, para guardar aderência à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988), as agências reguladoras também devem sujeitar-se a mecanismos de controle compatíveis com as suas atividades.

No primeiro capítulo, serão analisados o surgimento e o desenvolvimento das agências reguladoras, tanto nos EUA, de onde o instituto foi importado, quanto no Brasil. No segundo, abordar-se-á rapidamente a relação entre a atividade das agências reguladoras e a legalidade. No terceiro capítulo, será analisada a atividade do Poder Legislativo na fiscalização dos entes do Poder Executivo, bem como a aplicabilidade dessa fiscalização sobre as agências reguladoras. No quarto, serão analisados os mecanismos à disposição do Parlamento brasileiro, em contraste com mecanismos existentes em outros países, para o exercício de controle sobre as agências reguladoras. No quinto capítulo, serão analisados alguns aspectos do controle legislativo nos EUA e no Estado norte-americano de Illinois. No sexto, serão abordados aspectos do controle legislativo realizado pelo Parlamento brasileiro. Ao final, será apresentada a conclusão.

1. Regulação por agências nos EUA e no Brasil

O surgimento das agências reguladoras nos EUA está relacionado ao fortalecimento da posição do Estado na contenção de agentes econômicos e em defesa dos interesses da comunidade. A principal causa apontada para a intervenção do Estado na economia, na gênese do movimento regulatório norte-americano, está no abuso do poder econômico por detentores de *public utilities*.

Muito antes da criação da *Interstate Commerce Commission*, em 1887 – o que é considerado um marco no movimento regulatório –, as unidades federadas norte-americanas, já a partir do início do século XIX, iniciaram a imposição de limitações aos abusos praticados por detentores de ferrovias, autênticas *public utilities* (CUSHMAN, 1941, p. 19). As ferrovias sempre exerceram papel central no desenvolvimento econômico dos EUA, notadamente no curso do século XIX, em razão da necessidade de escoamento da produção agrícola para o restante do país e para os portos localizados no Oceano Atlântico.

As primeiras limitações expressaram-se por meio da fixação ocasional e assistemática de tarifas máximas a serem praticadas pelos detentores das ferrovias. Sem o controle estatal e face à inexistência de competição, a elevação abusiva dos preços era prática comum entre detentores de ferrovias e impunha ônus excessivo ao setor produtivo. Num segundo momento, os mecanismos de regulação passaram a ter cunho normativo e a serem exercidos de forma direta pelos Poderes Legislativos das unidades federadas, os quais começaram a impor restrições gerais aos fretamentos de transporte ferroviário por meio do estabelecimento de estatutos. Num terceiro momento, por volta de 1850, em vista de dificuldades encontradas

pelos Poderes Legislativos estaduais na regulação de ferrovias, teve início o que posteriormente se chamou de *commission movement*, que foi a criação de comissões com a função de assessorá-los na função de regular as ferrovias (CUSHMAN, 1941, p. 20).

A função principal dessas comissões, como órgãos do Poder Legislativo, era a de atuar como braço instrutório, de coleta de elementos, com a finalidade de subsidiar a atuação dos parlamentares. Elas exerciam função ancilar à atividade do Parlamento, ao qual ainda competia com exclusividade a atividade extroversa sobre as ferrovias.

Posteriormente, passou-se a verificar com mais clareza a defasagem na atuação direta do Poder Legislativo na regulação de ferrovias, notadamente em virtude do descompasso entre a dinâmica acelerada do setor econômico regulado e a lentidão para alteração dos estatutos veiculados por leis. Então, alguns Poderes Legislativos estaduais norte-americanos começaram a criar agências reguladoras – *commissions* – e a delegar-lhes o poder de regular e fiscalizar as ferrovias.

Em sua gênese, portanto, as agências reguladoras sempre estiveram diretamente ligadas ao Poder Legislativo, seja atuando como ente ancilar em suas origens, seja como delegatárias de poderes assinalados.

Cushman (1941, p. 31) registra que a relação entre as *commissions* e a legislatura era bastante próxima, já que “a comissão foi criada para realizar tarefa que a legislatura em muitos casos tentou, mas não conseguiu fazer a contento”.

A criação da *Interstate Commerce Commission* significou a federalização do movimento regulatório. De fato, em 1887, a discussão então existente já não era se o Estado deveria regular as ferrovias, mas se essa regulação deveria ser trazida para o âmbito federal.

Na história norte-americana, observa-se o fortalecimento do Estado por meio da regulação, bem como o início do seu exercício nas unidades federadas e posterior absorção pelo Estado federal, com intensa participação do Poder Legislativo na delegação de atividades. O fato de ter sido nas origens a principal fonte de regulação fez com que, após a criação das agências reguladoras, o Poder Legislativo se tornasse o *locus* natural para a fiscalização da atividade desses entes nos EUA.

No Brasil, a criação e o desenvolvimento da regulação por agências deu-se de forma bem diversa. Historicamente, o Estado brasileiro sempre desempenhou papel de destaque na produção de bens e na prestação de serviços, algumas vezes atuando de forma direta e em regime de monopólio na absorção das atividades econômicas. O modelo de agências reguladoras foi implantado no Brasil em momento histórico bem peculiar – meados da década de 1990 –, quando se buscava conferir maior racionalidade à atuação do Estado, bem como abrir espaço para a entrada de capitais privados, notadamente estrangeiros.

A abertura do País aos investimentos privados ocorreu por meio da privatização de ativos titularizados pelo Estado (ativos de energia elétrica e telecomunicações, por exemplo) e da introdução da concorrência em setores explorados em regime de monopólio – caso da geração de energia elétrica e de determinadas fases da exploração do petróleo. Nesse momento, alterou-se substancialmente a forma de intervenção do Estado na economia: em vez da absorção de atividades econômicas, o Estado passou a atuar primordialmente por meio da direção ou ordenação da economia.

Nesse modelo, a propriedade é estatal apenas no núcleo estratégico e nas atividades exclusivas do Estado. No outro extremo – no setor de bens e serviços para o mercado

–, a produção é realizada pelo setor privado. Diminuiu-se o tamanho do Estado e a quantidade de atividades a seu cargo: algumas foram devolvidas integralmente à iniciativa privada; outras foram entregues à iniciativa privada por meio de concessões, restando ao Estado a regulação e a fiscalização.

A privatização de empresas estatais federais que exerciam atividades econômicas sob o regime de serviço público e abertura de setores da economia à competição foi acompanhada da criação de agências reguladoras federais, que viriam a praticar a regulação não mais pelo desempenho da propriedade pública, mas a partir de sua atividade normativa. As primeiras a serem criadas foram a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), ainda em 1996, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP) – estas últimas já em 1997.

Gomes (2006, p. 36) relata o paradoxo da importação do instituto norte-americano de agências reguladoras para o que chama de “uma situação de diminuição da presença do Estado na economia”. Isso porque, nos EUA, a regulação por agências independentes configurava a ultrapassagem do modelo de Estado mínimo, diretamente relacionadas à implementação do Estado de Bem-Estar. Em sentido contrário, na Europa e na América Latina, as agências reguladoras estiveram ligadas ao movimento de desmantelamento do Estado social.

Essa também é a percepção de Binenbojm (2008, p. 272):

Em última análise, embora o modelo da agência reguladora independente norte-americana tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu a propósitos substancialmente distintos, senão opostos. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram con-

cebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do *status quo*; enquanto lá elas buscavam a *relativização* das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.

A razão da escolha do modelo de agências reguladoras poderia ser encontrada em sua autonomia, que se destinava a conferir aos investidores externos o sinal de que a condução da economia brasileira ocorreria com base em critérios técnicos, alheios à política partidária. Como destaca Binenbojm (2008, p. 253), “era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade”. Com efeito, a implantação de agências reguladoras decorreu da aderência das políticas do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) às orientações advindas do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional como condição para negociação de empréstimos internacionais.

Assim, as agências reguladoras brasileiras apareceram como realidade praticamente de uma hora para outra e a partir da adesão da orientação política de um determinado governo aos ideais de liberalização e abertura de mercados. Essa orientação política foi veiculada por diversas leis, de iniciativa do Poder Executivo, aprovadas democraticamente pelo Poder Legislativo.

Porém, contrariamente à intensa participação do Poder Legislativo norte-americano no longo processo de desenvolvimento e amadurecimento das agências reguladoras e da própria regulação, o Poder Legislativo brasileiro teve atuação apenas nos procedimentos tendentes à aprovação das leis de criação das agências reguladoras.

Talvez esse componente histórico seja determinante, nos dias de hoje, para explicar, juntamente com outros fatores, o insuficiente papel exercido pelo Poder Legislativo brasileiro na fiscalização das agências reguladoras.

2. Agências reguladoras e referência às leis

A incapacidade de o Poder Legislativo editar diretamente normas sobre setores da economia abertos à iniciativa privada – que apresentam uma dinâmica bastante acelerada e exigem forte atuação do Estado na direção – favoreceu a “importação” do modelo de agências reguladoras para vários países, entre eles o Brasil.

Para que as agências reguladoras possam exercer o papel do Estado na direção das atividades econômicas, é necessário o exercício do poder normativo legalmente atribuído, de forma a serem estabelecidas as “regras do jogo econômico” com a agilidade necessária, inclusive com vistas a equilibrar a concorrência. Discussão que surgiu a partir dessa atuação das agências era a de haver ou não absoluta submissão à legalidade, ou seja, qual a autonomia das agências em relação à lei.

Salvador Martínez (2002) aponta que a Suprema Corte dos EUA já teve o entendimento sobre a impossibilidade de delegação legislativa e de regulamentos autorizados (*nondelegation doctrine*); atualmente, porém, ela admite a delegação legislativa (*delegation doctrine*) e os regulamentos autorizados.

No Brasil, há doutrinadores que defendem a submissão do poder normativo das agências à fiel execução de lei (MELLO, 2004; CUÉLLAR, 2008; BINENBOJM, 2008; JUSTEN FILHO, 2002) e até mesmo a submissão a regulamentos expedidos pelo Presidente

da República (DI PIETRO, 2003, p. 56). Há também doutrinadores que defendem que as agências reguladoras exercem o poder normativo por delegação legislativa (MOREIRA NETO, 2002; SUNDFELD, 2002; BRUNA, 2003). Por fim, há quem defenda que o Poder Executivo – e, assim, as agências reguladoras – pode expedir regulamentos executivos, autorizados e até mesmo autônomos (GRAU, 2008).

Sem entrar no mérito dessa discussão – e considerando que atualmente todas as grandes questões políticas nacionais sobre as quais não se atinge um mínimo de consenso só alcançam resposta definitiva quando decididas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) –, vale ressaltar que ainda não houve decisão *definitiva*² do STF a esse respeito.

No entanto, independentemente dessa questão, importa ressaltar que as agências reguladoras passaram a ter papel destacado na produção normativa, algumas vezes até ultrapassando o Poder Legislativo em quantidade de normas editadas. Daí veio a crescente utilização das expressões “juridificação” e “enxurrada (ou inflação) normativa”, a designar o excesso de regulação das relações econômicas (NUSDEO, 2005).

Segundo Bowers (1990), nos EUA, desde os anos 1970, observa-se sensível crescimento no nível da discricionariedade administrativa exercida pelas autoridades independentes por meio da edição de normas de regulação econômica. Para ele, essa crescente atividade normativa ameaça o Poder Legislativo como principal fonte de normas.

De outro lado, é fato que, para expedir normas, as agências reguladoras ao menos utilizam como referência as leis editadas pelo Poder Legislativo. E também não se pode negar que, ainda que se admita a *delegation doctrine*, o Poder Legislativo em qualquer hipótese funciona como *principal* na atividade de delegação; ou seja, pode – senão mesmo deve – controlar o exercício do poder normativo delegado pelas agências, já que é o próprio Poder Legislativo que, conscientemente ou não, abre espaço à atuação complementar das agências reguladoras.

²O único julgamento ocorrido no STF, até o momento, a respeito do poder normativo das agências reguladoras, deu-se quando da análise da medida cautelar da ADI 1.668 (BRASIL, 2004), na qual se contestava a constitucionalidade da Lei nº 9.472/1997 (BRASIL, 1997). Naquela ocasião, o STF, por maioria, deferiu a medida cautelar para, quanto aos incisos IV e X do artigo 19 da Lei nº 9.472/1997, dar-lhes interpretação conforme a CRFB, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Anatel para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado. Ou seja, nesse julgamento, ainda em sede cautelar, o STF adotou a posição mais restritiva possível, que coincide com a manifestada por Di Pietro (2003, p. 57): a regulação deve se prestar à fiel execução de lei, submetendo-se, inclusive, aos regulamentos baixados pelo Chefe do Poder Executivo. No entanto, como ainda não houve julgamento de mérito definitivo sobre a questão, é possível dizer que essa ainda é uma questão em aberto, do ponto de vista da jurisprudência do STF.

Assim, para qualquer uma das doutrinas apontadas, o poder normativo das agências reguladoras existe apenas como algo limitado e subordinado; para a *delegation doctrine*, tem-se poder mais amplo, porém ainda limitado e subordinado ao Poder Legislativo, originário detentor do poder de inovar no ordenamento jurídico.

Segundo Mello (2004), diferença fundamental entre as normas expedidas pelas agências reguladoras e as expedidas pelo Poder Legislativo é que aquelas entram potencialmente em conflito com dois princípios do Estado de Direito: separação de Poderes e governo representativo.

De qualquer modo, para se conciliar o exercício da atividade normativa pelas agências reguladoras com o princípio do governo representativo – ou, ainda, para alguns, com o princípio da separação de Poderes –, é consenso na doutrina (CUÉLLAR, 2008; JUSTEN FILHO, 2002) ser imprescindível a estruturação de meios de controle e responsabilização, sob o risco de se transformar o governo constitucional em governo controlado pela burocracia.

3. Separação de Poderes e o papel do Poder Legislativo no mecanismo de freios e contrapesos

O artigo 99 da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824 (IMPÉRIO DO BRAZIL, 1824), dispunha que “a pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma” (DALLARI, 2003). Assim, adotava-se o princípio do *the king can do no wrong*, e os poderes exercidos pelo Imperador não estavam sujeitos a qualquer tipo de fiscalização.

Em contrapartida, na CRFB, por meio da qual a República Federativa do Brasil se constituiu como Estado Democrático de Direito, não existe poder incontestável. O artigo 1º, parágrafo único, da CRFB (BRASIL, 1988) dispõe que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. O artigo 2º, a sua vez, estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Com efeito, conforme pontua Dallari (2003, p. 20),

No sistema republicano, é elementar a existência de controles sobre quem quer que exerça uma parcela de poder público, pois ninguém tem imunidade. A República, por mais paradoxal que pareça, é o governo dos iguais. Quem governa não é imanentemente diferente dos governados; o governante é um igual a quem o conjunto dos iguais conferiu esse poder/dever, motivo pelo qual os atos praticados pelo

governante sempre devem ser justificados, podem ser controlados e podem ensejar responsabilidades.

A tripartição de Poderes parte do pressuposto de que o abuso do poder é tendência natural daquele que o exerce. Montesquieu apud Mello (2004, p. 29) registrava que “é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites”. Por essa razão, toda parcela de poder deve estar sujeita a mecanismos de controle. Os três Poderes devem ser independentes entre si, porém sujeitos à fiscalização de uns pelos outros – controle recíproco dos Poderes.

Fazendo referência à Constituição norte-americana, Aberbach (1990, p. 187) relata que ali também está assegurada a tripartição de Poderes, além de efetivos mecanismos de freios e contrapesos, os quais atuam como “prevenção à tirania”. Opera, assim, um “harmonioso sistema de frustração mútua”.

Na CRFB (BRASIL, 1988), o Poder Legislativo tem papel de destaque na atividade de fiscalização do Poder Executivo. O artigo 49 prevê a competência do Congresso Nacional para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (inciso V), “julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República” (inciso IX) e “fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” (inciso X). Para tanto, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal podem convocar autoridades subordinadas ao Presidente da República, inclusive Ministros, para prestarem informações (artigo 50 da CRFB), bem como encaminhar-lhes pedidos de informação por escrito.

Como as agências reguladoras, na arquitetura constitucional brasileira, integram o Poder Executivo, os mesmos mecanismos de fiscalização legislativos a elas se aplicam. Além disso, as agências estão a desenvolver atividade que tem profundo impacto na alçada de competência do Poder Legislativo.

A percepção que se tem é que o Poder Legislativo contribui para o crescimento da discricionariedade administrativa – ao editar leis genéricas – e para o problema que ela causa para a democracia constitucional. Exatamente por isso é necessário que o próprio Poder Legislativo desenvolva meios adequados de controle para garantir que as agências se mantenham no exercício responsável de seus poderes.

Para Dallari (2003, p. 20), “a composição heterogênea do Legislativo e, especialmente, a presença das minorias asseguram o caráter democrático do controle parlamentar” e atuam como fator de prevenção à captura das agências pelos setores regulados.

Ademais, apenas o Poder Legislativo tem uma visão de conjunto, que permite “cotejar o acerto ou o desacerto da decisão técnica em um determinado setor, com as aspirações da coletividade como um todo e diante de um cenário mais amplo, que é o do interesse nacional” (DALLARI, 2003, p. 18).

Questão relevante é a postura que o Poder Legislativo deve adotar para manter as agências reguladoras sob controle. Para se respeitar a Constituição, não basta o exercício de controle meramente cartorial: são necessários controles compatíveis com as funções exercidas pelos detentores da parcela de poder.

4. Mecanismos de controle das agências reguladoras

Os Poderes Legislativos têm buscado continuamente manter a sua proeminência em relação às agências reguladoras por meio de ações destinadas a influenciar e fiscalizar o exercício da delegação. Cabe investigar que *ações legislativas* têm maior probabilidade de manter as agências reguladoras sob controle.

Para Dallari (2003, p. 14), “a primeira forma de controle parlamentar está, exatamente, no exercício da atividade propriamente legislativa: de produção da lei”. Com efeito, o Poder Legislativo tem o poder de criar as agências e de especificar suas competências; em razão disso, ele tem o poder de direcionar o papel das agências reguladoras por meio da edição de leis.

Nesse sentido, Cushman (1941, p. 677, tradução nossa) aponta que:

parece evidente que o Congresso tem autoridade absoluta para controlar, via estatutos, as tarefas das agências reguladoras independentes. Sem a delegação legislativa, as agências reguladoras independentes sequer teriam qualquer tarefa. Se o Congresso desejar reduzir ou aumentar qualquer das tarefas das agências reguladoras independentes, pode fazê-lo simplesmente por meio da aprovação de uma lei.

Cushman (1941, p. 448) defende, no entanto, que a forma de controle mais eficiente e contínua sobre a atividade das agências é a aprovação de seu orçamento. Segundo ele, a aprovação ou reprovação do desempenho das agências reguladoras pode expressar-se pelo aumento ou pela redução de seus orçamentos pelo Congresso. Também podem ser lembrados, como mecanismos de controle, o pedido de informação e a convocação dos dirigentes das agências reguladoras para prestarem esclarecimentos sobre a atividade regulatória, entre outros menos relevantes.

Segundo Pelizzo e Stapenhurst (2004), de todas as ferramentas de controle comuns aos demais Poderes Legislativos de países do Ocidente (apontadas como dez em seu estudo), o Poder Legislativo brasileiro dispõe de nove; não dispõe, apenas, da *question time*, que é instrumento de oitiva de autoridades típico de regimes parlamentaristas.

Entretanto, como alertam Pelizzo e Stapenhurst (2004), a existência de grande quantidade de ferramentas de fiscalização não significa que um Poder Legislativo seja mais eficiente na fiscalização do que outro que disponha de menos ferramentas. A efetividade do exercício da fiscalização depende essencialmente da postura adotada pelos parlamentares.

No mesmo sentido, Bowers (1990) ressalta que o Poder Legislativo naturalmente já possui grande acervo de ferramentas para fiscalizar a discricionariedade administrativa. No entanto, apesar de dispor desses mecanismos, esse Poder não os utiliza contínua e sistematicamente. A supervisão seria preponderantemente pontual (*fire alarm*), em vez de permanente (*police patrol*). Por isso, Bowers (1990) defende que as tradicionais técnicas de supervisão devem ser complementadas pela atuação direta do Poder Legislativo na fiscalização do exercício do poder normativo delegado. Essa atuação direta poderia ocorrer basicamente de duas formas: veto legislativo e revisão legislativa de normas regulatórias. Ambas exigem aprovação legislativa prévia ou revisão da proposta de norma anteriormente à sua edição pela agência reguladora.

Qualquer que seja o mecanismo utilizado, o Poder Legislativo, para desenvolver fiscalização eficiente, necessita de aparato técnico equivalente ao disponível nas agências reguladoras. Como a regulação econômica é cada vez mais específica em relação ao setor regulado – e se é impossível ao legislador conhecer e acompanhar todas as matérias –, deve-se equipar o Poder Legislativo de corpo técnico qualificado, capaz de compreender o trabalho desenvolvido pelas agências.

Com efeito, “qualquer controle sério exige prévio conhecimento da atividade a ser controlada” (CUSHMAN, 1941, p. 671). Assim, é imprescindível que *órgãos de assessoramento do Congresso* funcionem como fontes de informação permanentes a respeito das atividades das agências.

5. A experiência norte-americana

Analisando a questão no âmbito dos EUA, Posner (2004) registra que, de modo geral, a agência é criada no momento em que o Legislativo tem interesse nos problemas a serem tratados por ela. Entretanto, com

o passar do tempo, o Legislativo vê-se incapacitado de supervisionar as agências criadas. Ainda assim, as comissões especializadas do Congresso norte-americano têm tido papel importante na fiscalização da atividade normativa das agências reguladoras.

A propósito do trabalho dessas comissões, Majone (1999, p. 21) pontua:

O sistema de comissões mais antigo e mais plenamente desenvolvido é o Congresso dos Estados Unidos. As comissões parlamentares têm jurisdição quase [monopolística] sobre um pequeno conjunto de questões sobre política. Isto inclui o poder de fazer propostas, bem como poderes de veto sobre propostas feitas por legisladores que não façam parte da comissão relevante. Assim, as comissões permitem que seus membros tenham influência extraordinária sobre um conjunto de políticas.

Carbonell Porras (1996), além de registrar a intensa e contínua fiscalização das agências reguladoras por meio das comissões parlamentares permanentes, reforça o caráter técnico da fiscalização. Nesse sentido, as comissões parlamentares permanentes são assessoradas por agências legislativas, órgãos criados pelo Parlamento e dele dependentes – caso do *General Accounting Office* (GAO) e do *Congressional Budget Office* –, e que colhem informações relacionadas ao controle diretamente junto às agências reguladoras.

Entre os especialistas, é consenso que as relações de controle entre o Congresso norte-americano e as agências são bastante intensas. Salvador Martínez (2002) aponta que a Suprema Corte já reconheceu expressamente que compete ao Congresso norte-americano controlar a atividade administrativa do Poder Executivo.

A fórmula de eficiência desse controle não se encontra tanto nas ferramentas, mas na

atitude e na estrutura do Congresso. Os sujeitos competentes para exercer o controle das agências são as comissões parlamentares, que canalizam todas as relações que o Congresso mantém com as agências. A atividade de cada agência independente é supervisionada por quatro comissões: duas supervisionam a atividade normativa, uma em cada câmara, e outras duas estão encarregadas de supervisionar a atividade orçamentária, também uma em cada câmara (SALVADOR MARTÍNEZ, 2002). Bowers (1990) relata que as comissões especializadas são assessoradas por corpo técnico especializado, o que conduz, a sua vez, à burocratização da legislatura.

A intensidade do controle varia muito de umas agências a outras e de um momento determinado a outro, seja porque exista um motivo concreto, seja acidentalmente; mas é possível que uma agência funcione por longo tempo sem que o Congresso lhe dedique atenção (SALVADOR MARTÍNEZ, 2002).

A fiscalização da atividade normativa das agências independentes pelo Congresso é disciplinada pelo § 801 do *Administrative Procedure Act* (APA), de 1946 (UNITED STATES, 1946), que trata da *Congressional Review*. Segundo esse dispositivo, antes que a norma regulatória entre em vigor, a agência deve submetê-la a cada uma das Casas do Congresso e ao Controlador-Geral. Juntamente com o texto da norma devem vir, entre outros elementos, a exposição de motivos e a análise de custo-benefício dos seus efeitos. Quando da análise, segundo o APA, o Congresso norte-americano pode rejeitar a norma, que, assim, não pode ser editada pela agência. Caso a norma tenha entrado em vigor anteriormente à apreciação definitiva pelo Congresso e esta seja no sentido de sua rejeição, opera-se a sua retirada do ordenamento jurídico com efeitos *ex tunc*.

Bowers (1990) noticia que o veto legislativo vinha sendo utilizado como ferramenta legislativa para controlar a discricionariedade administrativa desde os anos 1930. Segundo ele, o veto legislativo surgiu como esforço para conciliar duas demandas contrárias: o clamor da Administração Pública por discricionariedade mais ampla, de um lado, e a pressão parlamentar para de alguma forma controlar esta discricionariedade ampla, desde que não fossem leis novas editadas com a finalidade exclusiva de revogar a discricionariedade exercida em casos concretos. No entanto, o Congresso norte-americano sofreu um revés em relação à utilização do veto legislativo quando a Suprema Corte, em 1983, ao julgar o caso *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* (UNITED STATES, 1983), limitou severamente o seu âmbito, por considerá-lo inconstitucional. Apesar dessa decisão contrária à utilização do veto legislativo, o Congresso ainda continuou a exercer controle bastante ativo sobre a atividade normativa das agências (MANETTI, 2007).

A propósito, Binensbojm (2008, p. 270) relata o recente ressurgimento do veto legislativo a partir de 1996:

No que diz respeito ao papel do Congresso na supervisão da atuação das agências, além das audiências em comissões especializadas, merece destaque o ressurgimento, reformado, do chamado ‘veto legislativo’, previsto no *Congressional Review Act – CRA*, de 1996. De acordo com tal lei, uma resolução conjunta das duas Casas Legislativas, aprovada por maioria simples e seguida da sanção presidencial, poderia sustar uma norma regulatória editada por agência. A primeira vez em que o CRA foi usado ocorreu em 2001, quando uma resolução da *Occupational Safety and Health Administration – OSHA* sobre ergonomia foi sustada.

Ademais, recentemente foi editado o *Congressional Lawmaking Authority Protection Act*, de 2007 (UNITED STATES, 2007a), no qual se reafirma que o poder de fazer leis é tão importante que deve ser exercido pelo mais democrático órgão do governo: o Poder Legislativo³.

Uma das finalidades do *Congressional Lawmaking Authority Protection Act* é preservar a separação de Poderes e impedir a invasão pelo Poder Executivo da prerrogativa de inovar no ordenamento jurídico. Assim é que se reconhece taxativamente ao Presidente da República a participação no processo legislativo por meio da prática das seguintes atividades: fornecer ao Congresso informações sobre o estado do país,

³ Aliás, a própria Constituição norte-americana dispõe que “all legislative power herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives” (UNITED STATES, 2007b, p. 1).

recomendar ao Congresso tudo o que considerar necessário e sancionar ou vetar as leis.

Em outro sentido, o *U. S. Government Accountability Office* (U.S. GAO), que tem funções bem semelhantes às dos Tribunais de Contas brasileiros, é órgão vinculado ao Congresso norte-americano e tem como função principal investigar como o governo federal gasta os dólares recebidos via tributação. Entre suas competências, inclui-se a análise de normas editadas pelas agências reguladoras. O interessante no relacionamento entre o GAO e as agências é que podem ser estabelecidas parcerias para tornar a regulação mais eficiente.

Diante desse aparato de que dispõe para fiscalizar as agências, assim como da existência de um rito obrigatório e sistemático, Salvador Martínez (2002) entende que o Congresso norte-americano está realmente capacitado para controlar a atividade das agências independentes, ainda que na prática não utilize esses instrumentos tanto quanto poderia, nem o faça com a mesma intensidade em todos os casos. Para Salvador Martínez (2002), os resultados da supervisão realizada pelo Parlamento influem nas decisões que ele tenha que tomar em relação a cada uma dessas agências: a aprovação do orçamento, a ratificação dos membros eleitos pelo Presidente, a possível reforma do regime jurídico da agência e também sua dissolução.

A respeito do âmbito estadual, Bowers (1990) relata que os Poderes Legislativos de 42 Estados norte-americanos controlam o exercício da atividade normativa pelas agências, mas o processo de revisão varia em relação à estrutura, finalidade e poderes do comitê revisor. Na maioria dos Estados, o papel do comitê revisor é principalmente consultivo.

Podem ser apontadas duas razões para a utilização do procedimento de *rules review* pelas legislaturas estaduais americanas: desejo

de se recuperar a autoridade de editar normas, enfraquecida por meio de delegações legislativas cada vez em maior número, e de aliviar os cidadãos da sobrecarga regulatória. Ainda poderia ser citada a percepção de uma burocracia administrativa sem controle. Por exemplo, a Assembleia da Pensilvânia deliberou adotar o *rules review* no momento em que os cidadãos passaram a perceber que as normas regulatórias afetavam mais as suas vidas do que a edição de uma lei (BOWERS, 1990).

Em regra, segundo o procedimento do *rules review*, todas as normas expedidas pelas agências devem ser submetidas ao Poder Legislativo para uma análise prévia à sua entrada em vigor. O principal objetivo é que o Poder Legislativo possa aferir se a norma proposta se encontra de acordo com a lei que pretende regulamentar.

No Estado de Illinois, o *Joint Committee on Administrative Rules* (JCAR), órgão do Poder Legislativo, é responsável pela revisão da produção normativa pelo Executivo. Sua composição é pluripartidária, consistindo de 12 parlamentares que exercem mandatos de dois anos e uma equipe de 26 técnicos, comandados por um diretor executivo e dois parlamentares. O JCAR tem duas divisões temáticas, que, por sua vez, se subdividem conforme a espécie de norma administrativa a ser revisada.

As atribuições do JCAR são delimitadas no *Illinois Administrative Procedure Act* (IAPA) (ILLINOIS, 1977) e consistem basicamente no poder de revisar todas as formas de exercício de poder normativo pelas agências de Illinois. Esse poder de revisão é de caráter consultivo, e não coercitivo. Assim, o principal meio de que o JCAR dispõe para confrontar a recusa de uma agência de modificar ou revogar uma norma é introduzir uma legislação corretiva.

Segundo Bowers (1990), o JCAR costuma utilizar três espécies de legislação corretiva em

face das normas expedidas pelas agências. O autor relata que, em casos extremos de ameaça ao interesse público, segurança pública ou bem-estar coletivo, o JCAR pode decretar o veto legislativo por meio de uma *prohibition against filling*, a qual tem o efeito de suspender a norma por 180 (cento e oitenta) dias.

Para que a suspensão se torne permanente, a Assembleia deve baixar uma resolução conjunta por suas duas Câmaras. No entanto, a aplicação desse instrumento reduziu-se bastante após a decisão proferida pela Suprema Corte americana no já mencionado caso *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*.

6. A experiência brasileira

No Brasil, as agências reguladoras, antes de praticarem algum ato ou de editarem alguma norma, não precisam submetê-los ao crivo do Parlamento. Não existe, assim, fiscalização prévia da atividade regulatória pelo Parlamento. No ordenamento brasileiro, os meios de controle pelo Poder Legislativo são todos de exercício a *posteriori*. Quanto a estes, o Congresso Nacional brasileiro tem competência de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (artigo 49, V, CRFB) e de zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes (artigo 49, X, CRFB) (BRASIL, 1988). Observa-se que essa competência se equipara ao *legislative veto*, já que o Parlamento, em defesa de suas prerrogativas, pode sustar a norma regulatória que atue *contra legem* ou *praeter legem*.

No entanto, na prática, não se tem observado o exercício desse controle a *posteriori* pelo Parlamento – o que pode ter duas causas.

Primeiramente, o Congresso Nacional ainda não tem rotina institucional de análise de atos regulatórios. Não existe obrigatoriedade de a agência reguladora apresentar, antes ou depois de sua edição, o texto da norma acompanhado dos estudos que a fundamentam, análise de custo-benefício, manifestações das partes interessadas no curso do processo administrativo, etc. É certo que o Congresso Nacional pode requisitar à agência a apresentação desses dados, mas há diferença entre obrigatoriamente apresentar tais elementos antes da edição da norma – ainda que não seja necessária a aprovação legislativa para que a norma entre em vigor – e apenas apresentá-los mediante solicitação.

Em segundo lugar, diferentemente do Congresso dos EUA, o Congresso brasileiro não dispõe de aparato técnico permanente de suporte aos parlamentares na análise dessas normas. Ora, o Poder

Legislativo tem ampliado a discricionariedade das agências na expedição de normas exatamente em razão da incapacidade de realizar valorizações técnicas das realidades extremamente mutáveis dos mercados regulados. Se assim é, também se deve pressupor que, de ordinário, os parlamentares não detêm o conhecimento necessário para supervisionar o exercício da discricionariedade das agências. O Parlamento carece, assim, de estrutura técnica de apoio para a realização dessa atividade.

Na prática, então, o controle exercido pelo Parlamento tem sido absolutamente assistemático, sem rito predefinido, e sem cunho técnico. Nesse sentido, o Senado Federal, dentro da Comissão de Fiscalização e Controle, criou a Subcomissão das Agências Reguladoras (CFCAGE), a qual, no entanto, não apresentou resultados e foi encerrada.

Em regra, o Congresso Nacional brasileiro tem dado mostras de que apenas se preocupa com a atuação das agências quando há grande visibilidade na mídia, seja nas proximidades de crises anunciadas – crise energética, por exemplo –, seja após grandes catástrofes – como o acidente envolvendo o avião da TAM no aeroporto de Congonhas em 2007, em São Paulo. Não há preocupação com a definição de objetivos normativos a serem alcançados pelas agências, nem no controle do alcance de tais objetivos.

Ademais, o Tribunal de Contas da União (TCU) – que, entre outras, também desempenha função ancilar ao Poder Legislativo – tem sido bastante atuante na fiscalização da atividade normativa das agências, o que tem sido realizado por meio das chamadas auditorias operacionais. Sob um ponto de vista estritamente dogmático, parece que o TCU não teria atribuição constitucional para tanto. É possível que o TCU tenha resolvido fazer essa atuação direta – sem amparo constitucional – em face do desinteresse do Parlamento em cumprir o seu papel.

Conclusão

O modelo brasileiro de agências reguladoras foi desenhado com base nos parâmetros de outros ordenamentos jurídicos, notadamente dos EUA. No entanto, apesar dos poderes de que dispõem as agências no Brasil e nesses outros países serem bastante parecidos, o controle exercitado por aqui é mais frágil e desestruturado.

Nos EUA, ficou bastante clara a existência não somente de ritos e estruturas definidas para a realização da *rules review*, mas também, na prática, de forte atuação do Congresso norte-americano na fiscalização das atividades das agências reguladoras.

Em Illinois, além de haver uma atuação marcante do Poder Legislativo, a estrutura do JCAR chama a atenção pela formação técnica do corpo de apoio dos parlamentares.

No Brasil, em sentido diverso, da parte do Congresso Nacional, o que se observa é a realização de controle assistemático, sem rito predefinido e sem cunho técnico.

Diferentemente das experiências analisadas, a relevância do controle realizado pelo Poder Legislativo sobre a atividade das agências seria bastante reduzida, podendo ser enquadrado antes como pontual (*fire alarm*) do que contínuo e permanente (*police patrol*).

A propósito, cabe mencionar que em 2009 a Câmara dos Deputados instalou Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) com a finalidade de analisar a formação dos valores das tarifas de energia elétrica e a atuação da Aneel nos reajustes e reposicionamentos tarifários dos contratos de concessão de serviço público de distribuição de energia. No mesmo ano, o Senado Federal instalou CPI para investigar supostas irregularidades envolvendo a ANP e a Petrobras.

No entanto, em vez de significar controle efetivo e técnico sobre as atividades das agências reguladoras mencionadas, a instalação de CPIs representa, em verdade, a confirmação de fiscalização pontual e extremamente politizada de temas cuja análise deveria ser eminentemente técnica.

Um dos principais problemas da utilização de CPIs, de forma isolada, para fiscalizar as agências é a existência de prazo determinado para a conclusão dos trabalhos. Ademais, geralmente essas comissões adquirem tom demasiado inquisitorial, o que se revela inadequado para a descoberta dos problemas regulatórios e para a proposição das devidas soluções, já que a ênfase termina residindo na busca de culpados, em vez de solução para os problemas. Essas comissões, portanto, representaram, quando muito, o já mencionado equívoco de *missing the forest by watching the trees*; ou seja, em vez de dar resposta à sociedade quanto ao controle mais amplo das atividades das agências reguladoras, revolve-se fornecer alguma explicação meramente tópica.

Ressalte-se que não se está defendendo o descabimento de CPIs para investigar fatos ilícitos determinados praticados pelos dirigentes das agências. O que se defende é que essas comissões, caso se revelem necessárias, sejam excepcionais ao controle ordinário a ser desenvolvido pelas comissões congressuais permanentes.

Assim, verdadeira mudança de paradigma no controle efetivo das atividades das agências no Brasil seria a estruturação de comissões parlamentares permanentes, com apoio técnico robusto, por meio das quais se tornaria possível o acompanhamento perene das agências reguladoras.

Sobre o autor

Luiz Eduardo Diniz Araujo é mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; doutorando em Direito na Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; obteve o Master in Business Law pela Technische Universität Berlin, Berlin, Alemanha; procurador federal da Advocacia-Geral da União.
E-mail: luizeduardoda@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴

THE CONTROL OF THE REGULATORY AGENCIES BY THE LEGISLATIVE BRANCH

ABSTRACT: This paper sets out to examine the Legislative's Branch role in the creation of regulatory agencies and in the supervision of its acts. The analysis starts from the need to update the notion of control in the context of the regulatory state, in which economic activities are carried out by private agents and under state regulation. The text emphasizes the role that the Legislative Power should play in structuring and moving mechanisms to control the activities of regulatory agencies. It also seeks to demonstrate that the attention paid by the Brazilian Parliament to regulatory agencies, in addition to being far behind expectations, is focused on specific issues and media bias, unlike what happens in the United States, for example.

KEYWORDS: REGULATORY AGENCIES. LEGISLATIVE BRANCH. REGULATORY STATE. SEPARATION OF POWERS. CHECKS AND BALANCES MECHANISM.

Como citar este artigo

(ABNT)

ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 203-221, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p203>.

(APA)

Araujo, L. E. D. (2018). O controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(217), 203-221. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p203

Referências

ABERBACH, Joel D. *Keeping a watchful eye: the politics of congressional oversight*. Washington D.C.: The Brookings Institution, 1990.

⁴Sem revisão do editor.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOWERS, James R. *Regulating the regulators: an introduction to the legislative oversight of administrative rulemaking*. New York: Praeger, 1990.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 27 dez. 1996.

_____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da União*, 17 jul. 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.668-5/DF. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B et al. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, 16 abr. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARBONELL PORRAS, Eloísa; MUGA MUÑOZ, José Luis. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público, v. 2).

CUSHMAN, Robert Eugene. *The independent regulatory commissions*. New York: Oxford University Press, 1941.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. *Revista Interesse Público*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 13-20, mar./abr. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: _____ (Coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado). In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 21-57.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ILLINOIS. Illinois Administrative Procedure Act of 1977. *Illinois General Assembly*, June 29, 1977. Disponível em: <<http://ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs5.asp?ActID=83&ChapterID=2>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

IMPÉRIO DO BRAZIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. *Collecção das Leis do Império do Brazil*, 1824.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MAJONE, Giandomenico. *Regulating Europe*. Londres: Routledge, 1996.

_____. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 50, n. 1, p. 5-36, 1999. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/download/63/71>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

MANETTI, Michela. *Le autorità indipendenti*. Roma: Laterza, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PELIZZO, Riccardo; STAPENHURST, Rick. Tools for legislative oversight: an empirical investigation. *Quaderni di Scienza Politica*, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 175-188, genn. 2004.

POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo et al. (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 49-80.

REID, Linda. Oversight of regulations by parliamentarians. *Canada Parliamentary Review*, [S.l.], v. 33, n. 4, p. 7-10, 2010. Disponível em: <http://www.revparl.ca/33/4/33n4_10e_Reid.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2018.

SALVADOR MARTÍNEZ, María. *Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Barcelona: Ariel, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____ (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

UNITED STATES. Administrative Procedure Act of 1946. *Public Law 404*, 79th Congress, June 11, 1946. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

_____. Supreme Court. Immigration and naturalization service v. chadha. *United States Reports*, vol. 462, June 23, 1983. Disponível em: <<https://openjurist.org/462/us/919>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

_____. H. R. 264 [Congressional Lawmaking Authority Protection Act of 2007]. *Congressional Record*, Jan. 5, 2007a. Disponível em: <<https://www.congress.gov/110/bills/hr264/BILLS-110hr264ih.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

_____. *The Constitution of the United States of America: as amended: unratified amendments: analytical index*. Washington, DC: Government Printing Office, 2007b. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

Inovação, propriedade intelectual e barreiras técnicas

EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO

EVELIN NAIARA GARCIA

Resumo: Este estudo, por meio do método dedutivo-descritivo, visa a demonstrar que, ao adentrarem o mercado, as criações tecnológicas protegidas pelos direitos de propriedade intelectual enfrentam dificuldades em virtude dos riscos inerentes à sua própria condição, tratando-se de tecnologias radicais e disruptivas; e também porque necessitam passar por burocracias, normas de procedimento, avaliações de conformidade, para que possam ser utilizadas. Ao serem difundidas por meio da exportação, utilizando-se de contratos de licenciamento e transferência de tecnologia, acabam por se deparar com barreiras técnicas que prejudicam a comercialização. Não bastasse isso, a legislação internacional de propriedade intelectual e a referente às barreiras técnicas não contemplam a situação em que as tecnologias incorporadas nas normas técnicas internacionais se têm constituído de tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual, o que pode causar prejuízo ao comércio internacional, à concorrência e colocar em xeque o direito patrimonial do titular da invenção.

Palavras-chave: Inovação. Propriedade intelectual. Transferência de tecnologia. Barreiras técnicas.

1. Introdução

A busca do desenvolvimento econômico e tecnológico tem impulsionado os países a crescer em inovação de vários tipos¹. A que melhor se aplica ao presente trabalho é a que se verifica na criação de produtos

Recebido em 25/10/17
Aprovado em 24/11/17

¹Tipos de inovação: produtos, processos, serviços, marketing e organizacional (FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS, 2004).

e processos, protegidos pelos direitos de propriedade intelectual, e que acabam sendo difundidos no mercado por meio de exportação, com a celebração de contratos de licenciamento e transferência de tecnologia.

Ocorre que a inovação tecnológica, em sua inserção no mercado, além de enfrentar os riscos inerentes à sua própria condição, pode deparar-se com barreiras técnicas que configuram empecilhos para o comércio. É necessário que os novos produtos e processos sejam submetidos a normas, regulamentos técnicos, métricas, procedimentos de avaliação da conformidade para que se averigüe se existem riscos à saúde e à segurança dos seres vivos.

As barreiras técnicas são não tarifárias e, conforme a Organização Mundial do Comércio (OMC), são barreiras comerciais derivadas da utilização de normas ou regulamentos técnicos não transparentes ou não embasados em normas internacionalmente aceitas ou, ainda, decorrentes da adoção de procedimentos de avaliação da conformidade não transparentes e/ou demasiadamente dispendiosos, bem como de inspeções excessivamente rigorosas. As barreiras necessitam ser suprimidas para que não haja prejuízo econômico. A criação do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (*Agreement on Technical Barriers to Trade – TBT*) é relevante porque oferece diretrizes relacionadas a regulamentos e normas técnicas, assim como a seus procedimentos de avaliação de conformidade, com o propósito de regular a interação dos seus Estados-membros.

Embora haja tratados internacionais que tratam separadamente de barreiras técnicas e propriedade intelectual, falta legislação internacional a contemplar que as tecnologias incorporadas nas normas internacionais não se constituam de tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual. No contexto que será apresentado, o presente trabalho

busca resposta a essa situação. Dessa forma, este artigo, trabalhando com a metodologia dedutiva-descritiva, divide-se em três partes. Inicia-se pelo tópico da inovação, descrevendo seus principais aspectos; posteriormente, aborda o patenteamento da inovação, com apontamentos relevantes acerca da propriedade intelectual (e, como exemplo, o problema vivenciado pela China no licenciamento de tecnologia); e o terceiro tópico trata das barreiras técnicas, seu conceito e principais aspectos. Finalmente, na conclusão, apresenta-se uma possível solução para se suprimirem as barreiras encontradas, como forma a contribuir para o incremento da inovação e da tecnologia.

2. Inovação

Inovar é criar algo novo. A inovação pode ser considerada a exitosa introdução no mercado de produtos, serviços, processos, métodos e sistemas que não existiam anteriormente, ou que contenham alguma característica nova e diferente do padrão em vigor. Compreende diversas atividades científicas, tecnológicas, organizacionais, financeiras, comerciais e mercadológicas.

A Lei de Inovação, em seu artigo 2º, inciso IV, conceitua inovação como sendo:

Introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho (BRASIL, 2016).

De acordo com o Manual de Oslo (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, c1997, p. 55), inovação é:

A implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas.

Inovação tecnológica, por sua vez, é um termo aplicado a inovações de produtos e processos. O termo inovação como fator explicativo dos ciclos econômicos surgiu com base nos escritos do economista austríaco Joseph Schumpeter, no século XX. De acordo com Schumpeter (1934), o desenvolvimento econômico é conduzido pela inovação por meio de um processo dinâmico em que novas tecnologias substituem as antigas, argumentando também que inovações “radicais” engendram rupturas mais intensas, ao passo que inovações “incrementais” dão continuidade ao processo de mudança.

O autor, no contexto do modelo capitalista, relativo ao início da revolução industrial, elaborou a teoria do desenvolvimento econômico, apontando a diferença entre invenção e inovação:

Uma invenção é uma ideia, esboço ou modelo para um novo ou melhorado artefato, produto, processo ou sistema. Uma inovação, no sentido econômico somente é completa quando há uma transação comercial envolvendo uma invenção e assim gerando riqueza (SCHUMPETER, 1988, p. 108).

É importante esclarecer a diferença entre invenção, inovação e descoberta, para melhor poder identificar cada uma delas. Invenção é algo inédito produzido pelo homem, é a criação de algo até então inexistente, que pode ser

fabricado, utilizado industrialmente ou patenteado. Nem toda a invenção resulta em produto. São necessárias atividades adicionais para que o homem desenvolva tecnologias e desenvolva um protótipo, até que este se transforme em produto e seja comercializado. Invenção e inovação também não se confundem com descoberta, que é a revelação de fenômenos da natureza ao ser o humano quando ele está em contato com o fenômeno pela primeira vez.

Inovação tecnológica é importante para a economia dos países. O impulso do capitalismo surge das novidades, tanto em produtos como em processos, mercados e organização industrial (SCHUMPETER, 1942, p. 81-120). O economista foi o primeiro a introduzir o conceito de inovação aplicado à economia, relacionou diretamente o desenvolvimento de produtos e processos produtivos de uma empresa com seu desempenho econômico, constituindo pela primeira vez a inovação como fator crítico para transformações na esfera econômica de longo prazo (SCHUMPETER, 1988).

Para Schumpeter (1942, p. 81-120), a inovação não tem limite, independe da situação econômica, e apresenta caráter descontínuo, o que dinamiza os ciclos econômicos. O economista enfatiza as grandes inovações radicais que envolvem mudanças no sistema econômico, ao passo que as inovações incrementais são melhorias das inovações radicais.

A inovação incremental, mais comum na sociedade, é a forma mais simples de garantir que um produto ou serviço desperte o interesse dos consumidores, continuando compatível com outras tecnologias e à frente da concorrência. A inovação incremental é a forma mais barata e menos arriscada de inovar, já que a maior parte delas não requer tanta pesquisa e desenvolvimento quanto as radicais; por essa razão, são mais fáceis de se popularizar.

A inovação tecnológica em produto pode assumir duas formas: uma em produtos tecnologicamente novos, em que as características ou os usos pretendidos diferem das dos produzidos anteriormente; e outra em produtos tecnologicamente aprimorados, em que um produto é aprimorado ou tem seu desempenho melhorado de maneira significativa.

A inovação de processo, por sua vez, consiste na introdução de novos processos produtivos, bem como de aperfeiçoamento em processos já existentes, para modificar as condições de operação de unidades produtivas instaladas (DAHAB, 1995, p. 54).

O processo de inovação tecnológica pode ser caracterizado, resumidamente, por três fases: a formulação da ideia, baseada na pesquisa básica; o desenvolvimento do produto ou processo, fundamentada na pesquisa aplicada, da elaboração de protótipos ou plantas-piloto; e, finalmente, a produção em escala e o lançamento do produto ou processo no mercado.

No que se refere aos tipos de inovação, Christensen (1997, p. xvii) apresenta dois tipos de inovação: as disruptivas e as sustentadoras. O autor entende como inovações sustentadoras as obtidas por inovações incrementais (melhorias de produto e serviços das organizações) que procuram atender principalmente aos consumidores mais exigentes do mercado. Em contrapartida, as inovações disruptivas são entendidas como as que dão origem a novos mercados, modelos de negócio, apresentando soluções mais eficientes das que as que já existem. Como algo novo, num primeiro momento a inovação disruptiva traz ao mercado algo de menor desempenho se comparado com o que já existe e está consolidado no mercado; desse modo, os novos produtos tendem a ser mais baratos, dando origem a novos mercados e novo conceito de qualidade para novos consumidores (CHRISTENSEN, 1997, p. xvii).

Por meio da difusão tecnológica, as inovações chegam ao mercado e ocorre o desenvolvimento econômico. Sem a difusão tecnológica não há como a inovação impactar o sistema econômico. Uma maneira de produtos inovadores sofrerem a difusão no mercado é por meio da exportação. As Zonas de Processamento de Exportação (ZPE) caracterizam-se como áreas de livre comércio com o exterior, destinadas à instalação de empresas voltadas para a produção de bens a serem comercializados no exterior, sendo consideradas zonas primárias para efeito de controle aduaneiro; elas contribuem para a promoção da difusão tecnológica e o desenvolvimento econômico e social de um país.

A busca de lucro pelas firmas é a motivação essencial para a introdução de inovações (SCHUMPETER, 1984). Isso significa que a introdução permanente de inovações é uma característica distintiva da dinâmica capitalista. Inovações tecnológicas constituem um tipo especial e

decisivo de inovação. Têm uma dinâmica singular, que acompanha os processos de instauração de novos paradigmas e do desenvolvimento de trajetórias tecnológicas que os constituem (DOSI, 1984). Mudanças de paradigmas são responsáveis pelo surgimento de oportunidades tecnológicas a serem exploradas pelas firmas na sua busca por lucros e competitividade.

Desse modo, dois elementos teóricos estão relacionados à introdução de inovações no mercado e conseqüentemente em sua difusão: a existência de oportunidades tecnológicas e condições de apropriação das inovações. Oportunidade tecnológica e apropriação privada representam as condições inter-relacionadas para a atividade inovadora em economias de mercado (DOSI, 1984, p. 338).

A escolha de determinadas tecnologias e a recusa de outras não se baseiam em critérios puramente econômicos ou racionais, mas na compatibilização que envolve crenças e interesses dos diversos grupos e setores estratégicos presentes na atividade tecnológica (FEENBERG, 1999, p. 195).

Inovação e risco são elementos contraditórios e considerados dilemas que envolvem meio ambiente e avanço tecnológico. O risco é inerente à inovação. Toda prática inovadora, assentada em resultados incertos e instáveis, representa potencialmente um risco para as instituições e relações sociais (BRÜSEKE, 2002, p. 135-144). A insegurança e o risco não são contrários à lógica da inovação na medida em que toda forma de reconstrução tecnológica necessita se abrir à contingência e ao aleatório.

Conforme já se afirmou, o risco é inerente à inovação. Não pode haver avanço e inovação técnica sem haver uma margem de indeterminação. Mediante a margem de indeterminação, os objetos trocam informações com seu entorno e podem aprimorar sua inserção em conjuntos técnicos mais amplos. Simondon (1969, p. 141) defende que o desenvolvimento dos objetos e sistemas técnicos é condicionado pelos ajustes que os homens e as máquinas constroem em seus constantes diálogos, e inexistem modelos que possam antecipá-los.

Para Simondon (1969, p. 141), uma inovação técnica sem incertezas, sem abertura para a indeterminação, só poderá ser incremental ou substitutiva, ou mantida dentro de trajetórias tecnológicas consagradas. Verifica-se que a atividade técnica só adquire sentido a partir de seus impactos futuros, imprevisíveis, não se antevendo a possibilidade de arranjos e articulações institucionais oriundos da inventividade técnica.

Desse modo, não há como inovar sem enfrentar os riscos, principalmente se os produtos desenvolvidos tiverem caráter disruptivo; quando é necessário criar um mercado e conquistar a confiança de novos consumidores, a quebra de paradigma torna-se um desafio, principalmente

quando há o interesse de exportar esses produtos, já que tais inovações devem passar por testes e métricas a fim de que sejam seguros para o consumo e possam conquistar o mercado. No meio do processo de difusão da tecnologia, as barreiras poderão surgir e deverão ser superadas para que haja desenvolvimento econômico e o país possa alcançar melhores índices de progresso e desenvolvimento tecnológico.

3. O patenteamento da inovação

Invenções que resultem em produtos e processos novos podem ser objeto de proteção por patente. O desenvolvimento de pesquisa para a elaboração de novos produtos requer, na maioria das vezes, grandes investimentos. Proteger a nova criação por meio de uma patente significa prevenir-se de que competidores copiem e vendam a criação a um preço mais baixo, uma vez que eles não foram onerados com os custos da pesquisa e desenvolvimento da criação.

Dessa maneira, a proteção conferida pela patente é valiosa e imprescindível instrumento para que a invenção e a criação industrializável se tornem investimento rentável. De acordo com a Lei nº 9.279/1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial no Brasil, especialmente no artigo 8º, considera patenteável a “invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial” (BRASIL, 1996). A legislação brasileira ainda prevê a proteção do modelo de utilidade, que corresponde a uma forma nova de produto conhecido que resulta em melhor utilização. O artigo 9º define modelo de utilidade como o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

Patente é um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgados pelo Estado aos inventores ou titulares detentores de direitos sobre a criação, o efeito jurídico é a concessão ao inventor de um monopólio legal. Esse monopólio legal temporário caracteriza-se pelo direito do inventor de obstar a terceiros (art. 42) (BRASIL, 1996), que sem o seu consentimento optarem por produzir, usar, colocar à venda, vender, importar para vender. Em contrapartida, o inventor obriga-se a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente.

A Lei nº 9.279/1996 elenca diretrizes e regramentos referentes ao pedido de patente, que devem ser observados por todo aquele que opte por efetuar o depósito de patente no Brasil. É a partir da concessão da Carta

Patente que o titular obtém a sua propriedade. A vigência² da patente de invenção é de 20 anos e a do modelo de utilidade é de 15 anos. A legislação trata da possibilidade de o titular da patente comercializá-la, celebrando licenças e instrumentos de cessão dos direitos, e também estabelece sanções para aqueles que cometem crimes contra patentes e concorrência desleal.

Embora o requisito da novidade seja mundial, a proteção da patente segue o princípio da territorialidade, o que significa que se obtém proteção apenas no país em que for depositada. No Brasil o órgão responsável pelo depósito de patentes é o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI), com sede no Rio de Janeiro. Ocorrendo o interesse em patentear em outro país, o titular da patente tem o prazo de um ano, após realizado o depósito nacional, para solicitar o depósito internacional na Organização Mundial da Propriedade Industrial (OMPI, em inglês WIPO, localizada em Genebra), indicando os países nos quais deseja obter a proteção. O depósito do pedido de patente internacional pode ser realizado diretamente no país onde se deseja obter a proteção, por meio da Convenção da União de Paris (CUP)³ ou de depósito via PCT (Tratado de Cooperação sobre Patentes) para as invenções e modelos de utilidade.

A CUP⁴ tem 175 signatários, e o Brasil é membro desde 1883. Nessa opção, é necessário

conhecer a legislação de cada país; a maioria deles exige que o pedido seja apresentado por um procurador ou agente de propriedade industrial junto ao órgão responsável pela concessão de patentes do país onde se deseja proteger a invenção.

O PCT⁵ tem 148 Estados-membros, e o Brasil é membro desde 1978. Nessa opção, o interessado pode fazer o depósito inicial do pedido no INPI já designando os países que escolheu para solicitar sua patente. Uma vez realizado o depósito, os critérios para concessão e as obrigações do depositante ou titular seguirão as leis dos países escolhidos.

É necessário esclarecer que não existe uma “patente mundial”: para se obter proteção, é necessário o depósito nos países de interesse. Aos signatários da CUP é oferecido o mesmo tratamento nacional; também com relação ao depósito de patentes, é garantida a prioridade uniconista⁶ que estabelece que qualquer pessoa que deposite um pedido de patente em um país da União tem o direito de reivindicar prioridade em todos os outros países da CUP, dentro de um prazo determinado, durante o qual o seu pedido de patente não poderá ser invalidado por atos de outras pessoas. Tal prioridade deverá ser reivindicada, no ato do depósito, no prazo de doze meses para patente

monização internacional dos diferentes sistemas jurídicos nacionais relativos à Propriedade Industrial.

² Artigo 40, parágrafo único: “O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data da concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior” (BRASIL, 1996).

³ Ver: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

⁴ A Convenção de Paris, primeiro acordo internacional relativo à Propriedade Intelectual, foi assinado em 1883 em Paris, para a proteção da propriedade industrial. A Convenção da União de Paris (CUP), de 1883, deu origem ao hoje denominado Sistema Internacional da Propriedade Industrial e foi a primeira tentativa de har-

⁶ Esse princípio, estabelecido pela Convenção de Paris em seu art. 4º, dispõe que o primeiro pedido de patente ou desenho industrial depositado em um dos países membros serve de base para depósitos subsequentes relacionados à mesma matéria, efetuados pelo mesmo depositante ou seus sucessores legais.

de invenção e modelo de utilidade, contados a partir do primeiro depósito. Desse modo, efetuado o depósito – por exemplo, aqui no Brasil –, o titular terá o prazo de doze meses contados da data da realização do depósito, para realizar o depósito internacional no país escolhido. Entre os vários bancos de patentes internacionais existentes, pode-se destacar o Escritório Europeu de Patentes (EPO)⁷ e o escritório americano *United States Patent and Trademark Office* (USPTO)⁸.

No que se refere à propriedade intelectual e ao comércio, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS; em inglês: *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right*) é um tratado internacional que integrou os acordos assinados em 1994 que encerraram a Rodada Uruguai e criaram a Organização Mundial do Comércio. O TRIPS foi negociado no final da Rodada Uruguai no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (ou GATT, sigla em inglês para *General Agreement on Tariffs and Trade*) em 1994. Depois da Rodada de Uruguai, o GATT tornou-se a base para o estabelecimento da Organização Mundial do Comércio. O TRIPS é o mais importante instrumento multilateral para a globalização das leis de propriedade intelectual.

O Acordo TRIPS foi criado com o objetivo principal de reduzir as barreiras comerciais entre os países Estados-membros por meio da adoção de políticas de cooperação, como se pode constatar na leitura do seu artigo 67:

A fim de facilitar a aplicação do presente Acordo, os países desenvolvidos Estados-membros, a pedido, e em termos e condições mutuamente acordados, prestarão cooperação técnica e financeira aos países em desenvolvimento Estados-membros e de menor desenvolvimento relativo Estados-membros. Essa cooperação incluirá assistência na elaboração de leis e regulamentos sobre proteção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como sobre a prevenção de seu abuso, e incluirá apoio ao estabelecimento e fortalecimento dos escritórios e agências nacionais competentes nesses assuntos, inclusive na formação de pessoal (ATA..., 1994, p. 442).

Além disso, o TRIPS visa a implementar o necessário equilíbrio para os direitos de propriedade intelectual, adotando medidas de proteção para eles, evitando o abuso de direito por parte dos seus Estados-membros. Os fundamentos do TRIPS são apresentados no artigo 7º, em que se estabelece que os direitos de propriedade intelectual devem:

⁷ O Banco de Dados EPO, ver em: <<http://ep.espacenet.com>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

⁸ O banco de dados americano pode ser acessado pelo endereço eletrônico disponível em: <<http://www.uspto.gov/patft/index.html>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

Contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações (ATA..., 1994, p. 411).

Os princípios do Acordo estão estipulados no artigo 8º e garantem a cada Estado-membro, ao reformular sua legislação relativa à propriedade intelectual, o direito de “adotar medidas necessárias para proteger a saúde pública e nutrição e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo” (ATA..., 1994, p. 441), e de se prevenir contra o uso abusivo do direito de propriedade intelectual e de práticas restritivas a comércio ou que sejam adversas à transferência de tecnologia (ATA..., 1994, p. 411).

O Acordo TRIPS estabelece padrões universais mínimos para a proteção dos direitos de propriedade intelectual. No entanto, em razão das diferentes estruturas sociais e econômicas, bem como das diferentes capacidades tecnológicas de seus Estados-membros, esse “padrão único” previsto pela OMC não funciona da mesma forma, nem tem os mesmos efeitos e eficácia nas diferentes regiões do globo (GUISE, 2007).

As diferenças sociais, econômicas e de capacidades tecnológicas dos Estados-membros acabam por fazer com que o padrão não seja único, o que atrapalha a comercialização das patentes, principalmente quando não ocorrem as padronizações relacionadas à proteção, prejudicando o licenciamento de patentes e interferindo também na regulamentação antitruste.

O problema enfrentado pelas empresas chinesas é um exemplo perfeito. Em 2005, a

China, preocupada com os efeitos da tensão entre normas técnicas e propriedade intelectual e seus efeitos sobre o comércio, apresentou uma comunicação formal a esse respeito ao Comitê de Barreiras Técnicas ao Comércio da OMC. Zhang (2007, p. 13) relata que as empresas chinesas “precisam obter licenças de detentores de patentes nos Estados Unidos da América (EUA) e nos países da União Europeia (UE) como garantia de que suas exportações estejam em conformidade com os padrões e regulamentações técnicas exigidos pelos importadores que incorporam tecnologias patenteadas”.

Zhang (2007, p. 13-14) afirma que na China, onde as empresas se deparam com inúmeras barreiras técnicas relacionadas ao comércio, o governo também deve considerar como lidar com o licenciamento de patentes, a padronização e a concorrência no âmbito interno. Com efeito, em fevereiro de 2006, a Administração de Padronização da China aprovou um Padrão de Codificação de Áudio e Vídeo (*Audio-Video Coding Standard – AVS*), válido para todo o território chinês. Com o objetivo de promover a adoção do AVS, os chineses detentores de patentes publicaram, em setembro de 2006, o primeiro guia sobre grupos de patentes relacionados a padrões. Zhang (2007, p. 14) informa que o licenciado pode optar por obter um pacote de licenças para todos os pedidos de patentes envolvidos no AVS. Que a licença concedida com base na relação de grupos de patentes do AVS deve condizer com o princípio da taxa de licenciamento competitiva. Afirma ainda que, nesse caso, apenas um *royalty* pode ser cobrado por codificadores/decodificadores. Zhang (2007, p. 14) afirma que, devido ao problema das barreiras técnicas ao comércio no mercado internacional, as empresas chinesas perderam US\$ 147 bilhões.

Com base nesse exemplo, pode-se perceber que na legislação internacional não há disposição legal expressa que contemple sobre o tema e que tanto os países em desenvolvimento quanto os desenvolvidos enfrentam problemas semelhantes relativos a licenças de patentes, padronização e concorrência. Os padrões técnicos internacionais afetam o desenvolvimento tecnológico, o que se reflete nas exportações de muitos países, principalmente das nações em desenvolvimento.

4. Barreiras técnicas

O tema das barreiras técnicas foi pela primeira vez incluído numa rodada multilateral de negociações – a Rodada de Tóquio –, realizada entre 1973 e 1979. Ela foi a sétima rodada realizada pelo GATT e nela foram celebrados vários acordos, entre os quais o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT)⁹. Um novo acordo, totalmente reformulado, foi incorporado pela OMC no início de seus trabalhos em 1995.

De acordo com a OMC, barreiras técnicas podem ser consideradas como restrições comerciais derivadas da utilização de normas ou regulamentos técnicos não transparentes ou não embasados em normas internacionalmente aceitas ou, ainda, decorrentes da adoção de procedimentos de avaliação da conformidade não transparentes e/ou demasiadamente dispendiosos, bem como de inspeções excessivamente rigorosas.

As barreiras técnicas são restrições ao fluxo de comércio relacionadas às características dos produtos a serem importados ou ao seu método e processo de produção. Essas restri-

ções podem basear-se no conteúdo do produto e nos testes que indicam a conformidade dos produtos aos padrões exigidos pelo importador. Assim, as barreiras técnicas representam uma categoria das barreiras não tarifárias. Desse modo, tudo o que acaba por não se adequar a regulamentos técnicos, normas e procedimentos para a avaliação da conformidade pode ser considerado como barreira técnica e criar obstáculos ao comércio.

O TBT é um acordo intergovernamental que trata também de questões do âmbito governamental, sob a responsabilidade dos governos. Ele determina que cada país se responsabilize pela manutenção de um centro de informações para a disseminação das notificações dos seus regulamentos e normas técnicas, assim como de seus procedimentos de avaliação da conformidade.

No Brasil, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro)¹⁰ exerce o papel de Ponto Focal de Barreiras Técnicas às Exportações. Ponto Focal é uma fonte imprescindível de informações para os empresários que desejam obter conhecimentos sobre os requisitos técnicos cujo cumprimento é necessário para a exportação.

No momento em que um país adota normas mais exigentes em relação à proteção ao meio ambiente ou à segurança e à qualidade dos produtos, verifica-se o diferencial no custo de produção, o qual induz as indústrias em países com legislação mais rigorosa a demandarem a proteção do Estado em relação a produtos importados mais baratos. Nesse cenário, regulamentos e padrões técnicos podem, muitas vezes, ser utilizados sem justificativa legítima para proteger os produtos nacionais de produtos importados mais baratos e/ou de

⁹ Ver: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/asbtc.asp>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

¹⁰ Ver: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/barreirastecnicas.asp>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

melhor qualidade, causando distorções ao comércio. O TBT visa a conter essa utilização indevida.

O TBT prevê o mesmo tratamento do produto nacional para os produtos similares importados; além disso, seus Estados-membros assumem o compromisso de que os regulamentos técnicos não sejam preparados, adotados ou aplicados com a finalidade de criar obstáculos desnecessários ao comércio; para isso, os regulamentos técnicos devem limitar o comércio ao mínimo necessário para atingir um objetivo legítimo. Consideram-se objetivos legítimos os que se relacionam com os requisitos de segurança nacional, de prevenção de práticas desleais de comércio, de proteção da saúde e da segurança humana, de proteção da saúde animal e vegetal e de proteção do meio ambiente.

A definição da legitimidade ou da ilegitimidade de um requisito, como objetivo de um regulamento técnico, é uma das questões basilares do Acordo. A definição aplicada não é objetiva e permite posições dúbias, inclusive na forma de avaliar os riscos envolvidos, apesar de recomendar que na avaliação sejam levados em consideração a informação técnica e científica disponível, a tecnologia de processamento e os usos a que se destinam os produtos.

O Acordo recomenda que, quando um regulamento técnico é requerido e existem normas internacionais relevantes, os países Estados-membros deverão usá-las, no todo ou em sua parte relevante, como base para seu regulamento técnico, exceto quando isso for inapropriado para o alcance dos objetivos legítimos correspondentes, por razões climáticas, geográficas, problemas tecnológicos etc. Requer que os Estados-membros da OMC considerem a possibilidade de reconhecer a equivalência dos regulamentos técnicos e dos procedimentos de avaliação de conformidade de outros Estados-membros, mesmo que esses regulamentos sejam diferentes – desde que essas medidas atendam aos objetivos de seus próprios regulamentos técnicos ou procedimentos de avaliação da conformidade, como a proteção da saúde pública.

No Acordo também se pode observar que o Estado-membro, ao elaborar, adotar ou aplicar um regulamento técnico que afete significativamente o comércio com outros países Estados-membros, deve explicar as razões para tal. Porém, se visa a atingir um objetivo legítimo e está de acordo com normas internacionais, esse regulamento técnico não poderá ser considerado como um obstáculo desnecessário ao comércio.

O TBT orienta que regulamentos técnicos que não estiverem de acordo com as normas internacionais deverão ser notificados à OMC, antes de entrarem em vigor num Estado-membro. Caberá à OMC informar aos demais Estados-membros, de forma a permitir que possam enviar seus comentários a tempo de serem considerados pelo país que

os pretende aplicar. Cada Estado-membro deve ter um organismo notificador designado. Compete aos Estados-membros montar ou estruturar um organismo de notificação – *enquiry point* –, que, além de proceder às notificações já referidas, possa disseminar adequadamente as notificações recebidas e prover as informações necessárias para quem possa ter interesse.

O TBT impõe aos Estados-membros a obrigação de publicar as medidas, além de determinar que os regulamentos técnicos, as normas e os procedimentos de avaliação da conformidade sejam adotados e aplicados em conformidade com as obrigações do tratamento da nação mais favorecida¹¹ e do tratamento nacional¹².

No TBT, a verificação (ou a avaliação) de conformidade pode ser feita por meio de amostragem, teste e inspeção, avaliação, registro, credenciamento e aprovação, levando-se ainda em conta a possibilidade de combinação de tais processos. Prevê o acolhimento não só dos produtos prontos e acabados, mas também de processos e métodos de produção.

O Acordo determina ainda que regulamentos técnicos, normas e procedimentos de avaliação da conformidade não devem criar obstáculos desnecessários ao comércio internacional. Os Estados-membros assumem o compromisso de adotar medidas razoáveis para que organismos de governos locais, ou eventuais entidades não governamentais,

cumpram com o disposto no acordo para organismos dos governos centrais.

No que se refere a normas, o Anexo 3 do Acordo apresenta um Código de Boa Conduta (*Code of Good Practice*), que é aberto à aceitação e estabelece parâmetros para a definição de normas ou regulamentos técnicos a serem seguidos pelas instituições normalizadoras, com o propósito de evitar uma discriminação arbitrária ou injustificável ao comércio.

O TBT apresenta artigo sobre assistência técnica – visando principalmente aos países em desenvolvimento –, bem como um outro sobre a constituição e características de grupos técnicos e sua função de assistir aos painéis constituídos segundo as regras gerais de solução de controvérsias da OMC, dado o conteúdo técnico das questões envolvidas.

De acordo com o artigo 12 do TBT, os países em desenvolvimento e os países de menor desenvolvimento relativo podem utilizar certos regulamentos técnicos, normas e procedimentos de verificação de conformidade que visem a preservar a tecnologia autóctone e os métodos de produção compatíveis com a necessidade de desenvolvimento. Essa condição especial garante que tais países receberão tratamento diferenciado em função das suas dificuldades tecnológicas para adotar rígidos regulamentos técnicos, exigidos principalmente pelos países mais desenvolvidos.

Para resolver divergências com relação a questões técnicas, há a possibilidade de se estabelecer acordos, o Acordo de Reconhecimento Mútuo (*Mutual Recognition Agreement*), que são os instrumentos que trazem elementos e procedimentos práticos para o estabelecimento e manutenção de tais cooperações para aceitação de resultados. Esse tipo de acordo estabelece compromissos para seus signatários em termos de reconhecimento e aceitação, e promoção da aceitação em seus países, dos re-

¹¹ A cláusula de nação mais favorecida, inscrita no artigo I do GATT, estabelece que toda Parte-Contratante deve dispensar às demais Partes-Contratantes tratamento não menos favorável àquele dispensado aos produtos de qualquer outro país.

¹² O Princípio do Tratamento Nacional dispõe sobre o tratamento igualitário entre produtos nacionais e importados, a fim de que sejam evitadas discriminações ao produto estrangeiro em benefício do produto nacional e de que se alcancem os objetivos instituídos pelo GATT relativamente à liberalização do mercado internacional e à cooperação entre os países.

sultados de calibração, ensaios e certificações produzidos pelos organismos acreditados pelos signatários. Podem apresentar-se em três níveis: acordos políticos entre governos (às vezes com o *status* de tratados); acordos entre organismos de acreditação; e acordos entre laboratórios e organismos de certificação.

Os acordos firmados no âmbito regulamentar são negociados pelos governos, com o propósito de eliminar barreiras técnicas, e o seu cumprimento é obrigatório por todos os Estados-membros do Acordo. Instituições Internacionais Normalizadoras (*International Standardizing Organizations – ISO*) são entidades que têm o fim de estabelecer normas técnicas (não obrigatórias) e são abertas à participação dos Estados-membros da OMC. O TBT não especifica quais são essas instituições, mas as organizações mais importantes relacionadas à padronização internacional são: a *International Organization for Standardization* (ISO) ou Organização Internacional para Padronização; a *International Electrotechnical Commission* (IEC) ou Comissão Eletrotécnica; a *International Telecommunication Union* (ITU) ou União Internacional de Comunicações.

Identificada a existência de barreiras técnicas, é necessário superá-las. A superação pode implicar modificações no desenho ou funcionamento do produto ou do processo de produção, ou ainda na forma de fornecimento de um serviço, de modo a atender aos requisitos específicos de um regulamento técnico ou de uma norma. Essa modificação pode depender da disponibilidade de tecnologia adequada ou de recursos de produção apropriados.

Pode ocorrer que a superação implique a intervenção de terceiros e a sua eventual capacitação técnica. Enfim, dependendo da barreira, uma variedade de ações ou medidas pode ser adotada para superá-la. As barreiras técnicas podem dar origem a ações oficiais ou diplomáticas, negociações bilaterais, ações em âmbitos multilaterais ou regionais ou de recurso a mecanismos de solução de controvérsias; porém, nem todas as barreiras técnicas de âmbito regulamentar ensejarão no mesmo tipo de ação.

O TBT é importante porque avalia se uma barreira técnica no âmbito regulamentar pode ser considerada legítima ou não. Barreiras legítimas, conforme o TBT, são as estabelecidas de acordo com os chamados objetivos legítimos do Estado. As barreiras ilegítimas, por sua vez, podem ser contestadas, seja diretamente ao próprio país que as criou, seja recorrendo aos mecanismos previstos na OMC, desde que o país seja membro da OMC e signatário do tratado. No caso dos Estados não membros, o governo brasileiro terá que lançar mão de negociações bilaterais para procurar eliminar ou atenuar a barreira, não podendo fazer uso, na sua argumentação, de alegações baseadas no TBT.

No âmbito voluntário a maneira de superar barreiras técnicas é, em última instância, atender a elas. Participar do desenvolvimento de uma norma para sua posterior adoção como norma nacional é uma iniciativa que previne a manutenção da barreira técnica. As outras possibilidades dizem respeito aos procedimentos de avaliação da conformidade. Submeter o produto ou serviço aos procedimentos aceitos pelo cliente também é um caminho para superar barreira; todavia, pode representar um custo importante para o exportador. Para superar os custos, o caminho é a celebração de um Acordo de Reconhecimento.

No mencionado caso das empresas chinesas, em 2005 a China apresentou uma proposta sobre questões de direitos de propriedade intelectual relacionados à padronização e sugeriu que o comitê do TBT revise a matéria regularmente, para agregar mais informações sobre direitos de propriedade intelectual relacionados a padrões técnicos. Segundo os chineses, as questões relativas aos direitos de propriedade intelectual na preparação e adoção de normas técnicas internacionais podem ser um obstáculo para a aplicação de tais normas pelos países, prejudicando, desse modo, o comércio internacional e o desenvolvimento (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, 2005). A discussão sobre a temática não avançou no âmbito da OMC, visto que o TBT e o TRIPS, que regulam as normas técnicas e os direitos de propriedade intelectual, respectivamente, não preveem qualquer disposição expressa que regule ou leve em consideração essa tensão entre ambos os regimes do comércio internacional. Dada a ausência de normas internacionais, as principais organizações internacionais de normalização – a ITU¹³, a ISO¹⁴ e a IEC¹⁵, que são respeitadas e têm relevância no comércio internacional –, com o objetivo de remover a falta de incentivo para a adoção de suas normas, intensificaram os trabalhos e discussões sobre

¹³ITU – *International Telecommunication Union*. Disponível em: <<http://www.itu.int/ITU-T/ipr/>>. Acesso em: 27 nov. 2017. ITU is the leading United Nations agency for information and communication technology issues, and the global focal point for governments and the private sector in developing networks and services.

¹⁴ISO – *International Organization for Standardization*, ISO is a global network of national standards institutes from 156 countries. It has a current portfolio of some 16 500 standards for business, government and society. ISO's standards make up a complete offering for all three dimensions of sustainable development – economic, environmental and social. ISO standards provide solutions and achieve benefits for almost all sectors of activity, including agriculture, construction, mechanical engineering, manufacturing, distribution, transport, medical devices, information and communication technologies, the environment, energy, quality management, conformity assessment and services. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/home/news_index/news_archive/news.htm?refid=Ref1052>. Acesso em: 27 nov. 2017.

¹⁵IEC – *International Electrotechnical Commission*. The IEC, headquartered in Geneva, Switzerland, is the world's leading organization that prepares and publishes International Standards for all electrical, electronic and related technologies – collectively known as “electrotechnology”. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/home/news_index/news_archive/news.htm?refid=Ref1052>. Acesso em: 27 nov. 2017.

o assunto, tratando-o de forma conjunta. Constituíram um grupo *ad hoc* para lidar com o tema e, em 2007, adotaram um código de boas práticas em matéria de patentes de forma conjunta. No documento confeccionado, há a recomendação aos titulares de direitos de patente para negociar licenças com as partes interessadas, gratuitas ou não, em termos e condições justas, razoáveis e não discriminatórias. Contudo, deixam a cargo das partes interessadas (titular de direitos e usuários das normas) o estabelecimento de acordos relativos a detalhes do licenciamento, uma vez que tais acordos podem variar conforme o caso. Essas medidas adotadas pelas organizações, entretanto, não são compulsórias, não têm força coercitiva, o que dificulta sua adoção e observância. A China acabou por adotar uma política de normalização de padrões de tecnologias nacionais.

Pode-se verificar que é conflituosa a relação entre normas técnicas e tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual, pois, enquanto as normas técnicas estabelecem padrões comuns para proporcionar o acesso livre e uso público e coletivo das tecnologias, a propriedade intelectual recompensa os esforços individuais de criação concedendo o monopólio temporário com exclusividade sobre os direitos de determinada tecnologia.

Desse modo, o titular de uma patente, por exemplo, pode ser surpreendido por um órgão de normatização que crie normas que infrinjam o seu direito de propriedade. Esse problema é mais comum quando do licenciamento da tecnologia para outro país. Nessa situação, o órgão de normalização corre o risco de infringir tais direitos ao incluí-los na norma sem a devida autorização, dado o uso não autorizado da tecnologia protegida (IVERSEN, 1999).

Embora, como visto, o TBT seja um mecanismo que busca uniformizar as medidas com o propósito de que as barreiras técnicas sejam superadas, percebe-se com o exemplo demonstrado que o TBT não tem obtido sucesso quando conflita com os direitos de propriedade intelectual; internamente, os Estados-membros da OMC que aderiram ao TBT apresentam dificuldades em conciliar os compromissos assumidos com a aplicação de normas internacionais, porque, se adotarem incondicionalmente normas internacionais que envolvam tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual, podem criar obstáculos não só no plano internacional como também no seu comércio interno, o que prejudica a concorrência e o desenvolvimento.

Finalmente, utilizando-se o exemplo da China, ainda que sejam adotadas medidas nacionais, estas serão capazes apenas de solucionar alguns problemas, mas não resolverão todos porque não terão alcance internacional. A criação de uma política própria como meio de so-

lução para resolver o assunto não é capaz de padronizar comportamentos – o que, por vezes, acaba sendo incompatível com as normas e princípios do comércio internacional. Desse modo, questões como a da China geram incertezas quanto à adoção e/ou aplicação de normas técnicas internacionais, o que impacta de forma negativa o comércio internacional, a transferência de tecnologia e o desenvolvimento econômico e tecnológico.

5. Considerações finais

Num mundo globalizado, é necessário que os mercados se comuniquem da melhor forma, eliminando gradativamente as barreiras que dificultem interações comerciais. É necessário que os países incrementem a inovação, para que haja desenvolvimento econômico. As patentes, que significam a criação de novos produtos e processos, demonstram um importante sinal de desenvolvimento, pois contribuem para a inovação. Depois de criadas, as novas tecnologias levam muito tempo para que alcancem credibilidade e confiança de seus consumidores, principalmente quando seu advento ocorre de forma radical e disruptiva, quando ainda são desconhecidos os riscos.

Tudo o que é novo acaba causando medo e estranheza no início. Nesse cenário surge a primeira barreira, que precisa ser superada; é preciso esmiuçar o novo, para que seja verificada a existência ou não dos riscos. Desse modo, as certificações, métricas e normas de procedimento acabam sendo importantes para que se possam quantificar e medir os riscos eventuais, principalmente para que não prejudiquem a saúde e segurança dos seres vivos.

Contudo, em se tratando de inovação, não há como se neutralizarem os riscos, porque, se isso ocorrer, a própria inovação deixa de existir,

visto que a imprevisão lhe é intrínseca. A inovação tecnológica resulta na criação de novo produto ou processo, tutelado pelos direitos de propriedade intelectual, cujo gênero é a propriedade industrial, que garante ao titular da patente o monopólio temporário da invenção.

A difusão tecnológica é fundamental para que a patente e a inovação tecnológica cheguem ao mercado; contudo, verifica-se que, ao adentrar o mercado internacional por meio da exportação, a tecnologia pode enfrentar barreiras técnicas, o que acaba por restringir o uso da tecnologia no mercado escolhido. Quando as barreiras são legítimas, há o esforço para que sejam superadas; quando ilegítimas, acabam funcionando como espécie de boicote a prejudicar a concorrência.

Conforme se viu neste trabalho, pode-se dizer que o TBT é um mecanismo de extrema relevância, para que se busque suprimir as barreiras técnicas ao comércio. O Acordo de Reconhecimento Mútuo proporciona que os países definam procedimentos práticos para o estabelecimento e manutenção de cooperação referente a normas e padronizações. Entretanto, como se viu no caso do licenciamento de patentes da China, embora se esforce para superar barreiras técnicas, o TBT acabou não sendo eficaz, porque é conflituosa a relação entre normas técnicas e tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual, visto que a inclusão de normas pelos órgãos de normalização tem infringido o direito de propriedade intelectual do titular, que, para solucionar o impasse, tem que autorizar o uso e regular *royalties*. Esse problema relacionado ao conflito das normas técnicas referentes à proteção por patentes é mais comum quando do licenciamento de patentes para outro país. O TBT e o TRIPS, que regulam as normas técnicas e os direitos de propriedade intelectual, respectivamente, não preveem qualquer

disposição expressa que regule ou leve em consideração a tensão entre ambos os regimes no comércio internacional.

Desse modo, como se observou no caso da China, embora tenha adotado medidas de padronização nacional, elas não são suficientes pois não têm alcance internacional. Portanto, é necessário que se institua uma legislação internacional que contemple as tecnologias incorporadas nas normas internacionais não constituídas de tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual.

Finalmente, a cooperação entre os países e organizações internacionais (como a ISO, ITU e IEC) é importante para que se estabeleçam foros de discussão que possibilitem soluções mais eficazes e contribuam para o fortalecimento do comércio internacional e da transferência de tecnologia. E também para que se estabeleçam interações comerciais e sejam uniformizados os padrões para que as barreiras sejam superadas, de modo que tanto os países desenvolvidos quanto os em desenvolvimento possam produzir inovação, tecnologia, aquecendo a concorrência e contribuindo para que novas oportunidades propiciem o desenvolvimento econômico.

Sobre os autores

Eduardo Oliveira Agostinho é doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professor de Direito Empresarial na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; advogado. E-mail: eduardo.agustinho@puccpr.br

Evelin Naiara Garcia é graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; advogada. E-mail: evelinnaiara@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁶

INNOVATION, INTELLECTUAL PROPERTY AND TECHNICAL BARRIERS

ABSTRACT: This study, through the deductive-descriptive method, aims to demonstrate that technological creations that receive protection through intellectual property rights, when entering the market face difficulties, due to the inherent risks of their own

¹⁶ Sem revisão do editor.

condition, in the case of radical technologies and disruptive; in the background, because they need to go through bureaucracies, rules of procedure, conformity assessments, so they can be used. When they are disseminated through export, using licensing and technology transfer contracts they end up encountering the technical barriers that hinder the commercialization. Not only that, international intellectual property law and also technical barriers do not address the fact that technologies incorporated in international (technical) standards are being constituted by technologies protected by intellectual property rights, competition and to check the patrimonial right of the owner of the invention.

KEYWORDS: INNOVATION. INTELLECTUAL PROPERTY. TECHNOLOGY TRANSFER. TECHNICAL BARRIERS.

Como citar este artigo

(ABNT)

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GARCIA, Evelin Naiara. Inovação, propriedade intelectual e barreiras técnicas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 223-242, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p223>.

(APA)

Agustinho, E. O., & Garcia, E. N. (2018). Inovação, propriedade intelectual e barreiras técnicas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(217), 223-242. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p223

Referências

ACORDO sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio. [S.l.: s.n., 2015?]. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

AMARAL JÚNIOR, A. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2007.

ATA final que incorpora os resultados das negociações comerciais multilaterais da rodada do Uruguai. Marraqueche: [s.n.], 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BARRAL, W. *OMC*. Curitiba: Juruá, 2002.

BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a ata final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1994.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos a propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, 15 maio 1996.

_____. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. *Barreiras técnicas: conceitos e informações sobre como superá-las*. Brasília: MDIC, 2002.

_____. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 3 dez. 2004.

_____. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei nº 10.973.... *Diário Oficial da União*, 12 jan. 2016.

BRÜSEKE, F. J. A modernidade técnica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 17, n. 49, p. 135-144, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v17n49/a09v1749.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

CHRISTENSEN, C. M. *The innovator's dilemma: when new technologies cause great firms to fail*. Boston, Mass: Harvard Business School Press, 1997.

CONVENÇÃO de Paris. [S.l.: s.n., 2015?]. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2017.

DAHAB, S. et al. *Competitividade e capacitação tecnológica para pequena e média empresa*. Salvador: Casa da Qualidade, 1995.

DOSI, G. *Technical change and industrial transformation: the theory and an application to the semiconductor industry*. Londres: Palgrave Macmillan, 1984.

ESCRITÓRIO Europeu de Patentes [recurso eletrônico]. [2017]. Disponível em: <<http://ep.espacenet.com>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

FEENBERG, A. *Questioning technology*. London: Routledge, 1999.

FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS. *Glossário* [recurso eletrônico]: termos e conceitos. [20-]. Disponível em: <<http://www.finep.gov.br/biblioteca/glossario>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

GUISE, M. S. *Comércio internacional, patentes e saúde pública*. Curitiba: Juruá, 2007.

INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA. *Acordo sobre barreiras técnicas ao comércio* [recurso eletrônico]. [c1993]. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/asbtc.asp>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

_____. *Barreiras técnicas* [recurso eletrônico]: conceitos. [c1993]. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/barreirastecnicas.asp>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

_____. *Barreiras técnicas às exportações: o que são e como superá-las*. 3. ed. [Rio de Janeiro]: Inmetro, 2009.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *IEC, ISO and ITU, the world's leading developers of International Standards, agree on common patent policy* [recurso eletrônico]. [2007]. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/home/news_index/news_archive/news.htm?refid=Ref1052>. Acesso em: 28 nov. 2017.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. *Intellectual Property Rights* [recurso eletrônico]. [c2017]. Disponível em: <<http://www.itu.int/ITU-T/ipr/>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

IVERSEN, E. J. *Standardization and intellectual property rights: ETSI's controversial search for new IPR-procedures*. [S.l.]: IEEE, 1999. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228776407_Standardization_and_Intellectual_Property_Rights_ETSI_s_controversial_search_for_new_IPR-procedures>. Acesso em: 28 nov. 2017.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. *Cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la normalización: comunicación de la República Popular China*. [Genebra?: s.n.], 2005. Disponível em: <<http://www.puntofocal.gov.ar/doc/251.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Manual de Oslo: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação*. 3. ed. [S.l.]: OCDE; FINEP, c1997. Disponível em: <<http://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

SCHUMPETER, J. A. *The theory of economic development: an inquiry into profits, capital, credit, interest, and the business cycle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1934.

_____. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: Harper, 1942.

_____. *Capitalismo, socialismo, democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

_____. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Tradução Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

_____. *Business cycles: a theoretical, historical, and statistical analysis of the capitalist process*. Philadelphia: Porcupine, 1989.

SIMONDON, G. *Du mode d'existence des objets techniques*. Paris: Aubier-Montagne, 1969.

UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE. *PatFT* [recurso eletrônico]. [2015]. Disponível em: <<http://www.uspto.gov/patft/index.html>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

ZHANG, Naigen. Licenças de patentes, padrões de proteção e regulamentação antitruste. *Pontes*, [S.l.], v. 3, n. 4, p. 13-14, ago. 2007. Disponível em: <<https://www.ictsd.org/sites/default/files/review/pontes/pontes3-4.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro

Os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público

SAMUEL PAIVA COTA
LEONARDO SILVA NUNES

Resumo: Atualmente, com base na literatura jurídica latino-americana e, principalmente, estadunidense, está-se projetando no ordenamento jurídico brasileiro uma nova tipologia processual, mais adequada ao tratamento da profusão de litígios de interesse público, altamente complexos e multipolares, que não se enquadram na lógica processual clássica bipolar e na rigidez procedimental. Essa tipologia tem sido denominada processo estrutural ou medidas estruturais. Com base nesse novo cenário e nos estudos sobre as medidas estruturais e o modelo constitucional de processo, objetiva-se analisar e propor uma revisitação e flexibilização do instituto processual do pedido, adequando-o a essa nova realidade procedimental, altamente complexa e que apresenta características marcantes. Observam-se também seus potenciais impactos mediante o estudo de um caso de repercussão mundial: o desastre ambiental ocorrido em 2015 na cidade de Mariana, em Minas Gerais.

Palavras-chave: Medidas Estruturais. Pedido. Conflitos de Interesse Público. Modelo Constitucional de Processo. Processo Multipolar.

1. Antecedentes da proposta

No direito brasileiro, independentemente de sua natureza, os conflitos são em geral tratados em conformidade com os pressupostos e características de litígios bipolares, ou seja, como se conflitos individuais fossem como aqueles em que há uma pretensão pela condenação do réu e uma resistência em face do autor.

Recebido em 31/10/17
Aprovado em 8/12/17

Essa lógica processual está impregnada no processo civil brasileiro, estabelecendo regras de cunho eminentemente individual para o trato da litigiosidade. Nesse sentido, o instituto processual do pedido, objeto deste estudo, não foge a essa realidade, sendo desenvolvido de acordo com a marca da bipolaridade, que caracteriza o modo de tratamento dos conflitos em geral.

Atualmente, porém, está cada vez mais em voga a percepção de uma litigiosidade multipolar, principalmente em decorrência do surgimento de conflitos de interesse público, cada vez mais comuns perante o Poder Judiciário. Diante disso, e com inspiração no direito estadunidense, iniciou-se no Brasil uma série de discussões acerca das medidas estruturais e da capacidade de essa nova tipologia processual lidar com conflitos de interesse público ou viabilizar o dimensionamento de conflitos de alta complexidade.

As medidas estruturais visam a implementar uma tipologia processual apta a promover uma reforma estrutural num ente ou instituição pública ou privada, com o objetivo de reorganizá-lo burocraticamente e adjudicar um direito fundamental ou um valor público caro à sociedade. Além disso, busca tratar da discussão acerca de políticas públicas, bem como resolver litígios complexos, como o caso do desastre ambiental ocorrido em Mariana (MG), em que o rompimento de uma barragem de rejeitos da atividade minerária resultou na contaminação do meio ambiente de dois estados brasileiros, Minas Gerais e Espírito Santo, causando danos de elevadas proporções às comunidades diretamente atingidas, com reflexos na atividade econômica, na saúde pública, no trabalho etc.

Assim, diante de conflitos de interesse público – altamente complexos e polimorfos, em que o autor não consegue precisar com exati-

ção sua pretensão final, bem como quais medidas devem ser adotadas, nem mesmo, em algumas vezes, a extensão de sua causa de pedir ou de sua pretensão –, observa-se que as regras atinentes à delimitação do pedido e da causa de pedir são insuficientes.

Como se sabe, deve o autor formular pedido certo e determinado, ou seja, expresso e delimitado em sua extensão, ressalvadas algumas situações legalmente previstas. Soma-se a isso a rigidez na modificação ou aditamento do pedido ou da causa de pedir, que condiciona a sua alteração, após apresentada a contestação (defesa) do réu, à sua prévia anuência, e impede qualquer modificação após o saneamento do processo. Estabilizado o pedido, cumpre ao juiz da causa a necessária observância do princípio da congruência, sendo-lhe expressamente vedado decidir para além dos pedidos das partes, bem como condenar em objeto diverso do demandado pelo autor, sob pena de incorrer em vícios passíveis de nulidade. Todos esses elementos evidenciam um caráter preclusivo e extremamente rígido no tratamento desse instituto, que não se adequa a essa nova tipologia processual.

Dessa forma, o tratamento de litígios de interesse público como se fossem bipolares não corresponde à realidade concreta destes conflitos, sendo inadequada a tentativa do seu enquadramento sob essa ótica, o que acaba por causar uma verdadeira violação massiva de direitos, bem como impedir um franco acesso à justiça dos diversos interessados no provimento jurisdicional.

2. Fundamentos teóricos da proposta

A configuração do pedido, classicamente concebido no direito brasileiro, segue a lógica das demandas individuais, com fundamento

no Código de Processo Civil de 2015 (CPC) (BRASIL, 2015), em especial nos arts. 141, 322 a 329 e 492.

No pedido consubstancia-se a demanda, sem a qual a jurisdição não pode atuar (art. 2º do CPC) e fora da qual não pode o órgão jurisdicional decidir (arts. 141 e 492 do CPC). O pedido, portanto, põe em marcha o processo, delimita o objeto litigioso e invoca a tutela jurisdicional, trazendo em seu bojo uma série de implicações procedimentais rígidas.

O pedido é o núcleo da petição inicial; a providência que se pede ao Poder judiciário; a pretensão material deduzida em juízo (e que, portanto, vira a pretensão processual); a consequência jurídica (eficácia) que se pretende ver realizada pela atividade jurisdicional. É, como dito, o efeito jurídico do fato jurídico posto como causa de pedir (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 565).

Os arts. 322 e 324 do CPC (BRASIL, 2015) dispõem que os pedidos devem ser certos e determinados, ou seja, devem ser expressos e delimitar com clareza os limites da pretensão autoral, salvo a possibilidade de realização de pedido genérico, descrita em casos excepcionais, nos quais não seja possível delimitar o pedido mediato, a utilidade prática pretendida pelo autor.

Por sua vez, o art. 329 do CPC (BRASIL, 2015) estabelece a regra da modificação ou aditamento dos pedidos ou da causa de pedir, asseverando, de modo rígido, que estes não poderão ser modificados ou aditados pela parte autora após a contestação (defesa) do réu, sem a sua anuência, e, em hipótese alguma, após o saneamento do processo. Observe-se a clara explanação de Theodoro Júnior (2016, p. 794):

Entretanto, o art. 329 do CPC/2015 admite que o autor adite ou altere o pedido ou a causa de pedir: (i) independentemente do consentimento do réu, se o fizer até a citação; (ii) com o consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo de quinze dias, facultado o requerimento de prova suplementar, se o fizer até o saneamento do processo. Certo é, contudo, que, nos termos da lei, o aditamento e a alteração do pedido terão de ser feitos somente até o saneamento do processo.

Observa-se, portanto, que o direito processual brasileiro optou por privilegiar a estabilidade da demanda, adotando no dispositivo citado um rigor preclusivo que não poderá ser levado às últimas consequências nos litígios estruturais.

Por fim, nesse primeiro momento de análise do instituto processual do pedido, os arts. 141 e 492 do CPC (BRASIL, 2015) prescrevem o princípio da adstrição ou congruência, segundo o qual é expressamente

vedado ao juiz da causa decidir para além dos pedidos das partes, bem como condenar em objeto diverso do demandado pelo autor.

Nesse contexto, na clássica óptica processual bipolar, os processos são regidos pelo princípio da congruência ou adstrição, no sentido de que o Estado-jurisdicção está limitado àquilo que é pedido pelo autor, não podendo julgar para além ou fora do pedido, devendo-se guardar uma clara e inequívoca correlação entre os pedidos formulados pela parte autora e a sentença a ser proferida pelo juiz, sob pena de incorrer em vícios passíveis de nulidade.

Desse modo, a prolação de qualquer sentença que não observe o princípio da correlação/adstrição, na lógica processual clássica, estará eivada de nulidade, caracterizada como *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*.

Em síntese, o pedido é a condição e o limite da prestação jurisdicional, de maneira que a sentença, como resposta ao pedido, não pode ficar aquém das questões por ele suscitadas (decisão *citra petita*) nem se situar fora delas (decisão *extra petita*), tampouco ir além delas (decisão *ultra petita*). E esse limite – repita-se – alcança tanto os aspectos *objetivos* (pedido e causa de pedir) como os *subjativos* (partes do processo). Nem aqueles nem estes podem ser ultrapassados no julgamento da demanda (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1.081).

Percebe-se que essas regras processuais objetivam alcançar fins diversos, em especial evitar atos protelatórios, garantir segurança jurídica, celeridade processual e imutabilidade da pretensão em litígio. São regras, em geral, preclusivas ou de delimitação da pretensão, mas que, por vezes, podem transformar-se em óbice à concretização de determinados direitos ou ao acesso à justiça, quando se parte de uma lógica processual bipolar para uma lógi-

ca processual multipolar, como bem ressaltava Arenhart (2017, p. 423):

Provavelmente, uma das características mais marcantes do litígio estrutural é a multiplicidade de interesses que se inter-relacionam sobre o objeto do litígio. Ao contrário do litígio tradicional, de estrutura bipolar – ou seja, com dois polos bem definidos, um buscando algo e outro resistindo a essa pretensão – o conflito estrutural trabalha com a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado.

Estabelecidas as premissas acima e tendo-se discorrido sobre a visão processual clássica do instituto do pedido no direito brasileiro, passa-se agora a debater o trato desse instituto na lógica de uma nova tipologia processual, utilizada no trato de litígios estruturais, em que se está diante de um processo multipolar e altamente complexo.

As medidas estruturais, concebidas inicialmente nos Estados Unidos, nas décadas de 1950 e 1960, após o julgamento pela Suprema Corte norte-americana do caso *Brown v. Board of Education* em 1954 (SOUZA, 2017, p. 251-257), e desenvolvidas doutrinariamente por Owen Fiss, surgem como uma possível resposta ao trato de litígios de interesse público ou casos altamente complexos.

A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz,

enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas (FISS, 2017, p. 120).

Esses conflitos de interesse público ou estrutural, bem definidos por Mariela Puga, têm relação indissociável com as medidas estruturais, que buscam implementar reformas na estrutura de entes e organizações (não somente na burocracia estatal), bem como têm por perspectivas adjudicar determinadas políticas públicas e efetivar direitos fundamentais ou resolver litígios complexos, conforme apontam Didier Junior, Zanetti Junior e Oliveira (2017). Para tanto, atribui-se ao Poder Judiciário um viés intervencionista rumo à consolidação de valores públicos, o que impõe a quebra da lógica processual dual, ou bipolar, que atualmente domina a seara processual.

Los juristas califican a estos casos de distintos modos: estructurales, colectivos, sistémicos, agregativos, de impacto, estratégicos, redistributivos, acciones de clase, casos de interés público, litigios públicos, demandas de derechos de segunda y tercera generación, litigio de derechos sociales, o simplemente, manifestaciones de un activismo judicial en ciernes, el que es producto de la expansión de la ideología neoconstitucional (PUGA, 2014, p. 46)

A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam

para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR; OLIVEIRA, 2017, p. 48-49).

Esses conflitos surgem na sociedade em função da dificuldade de adjudicação de valores públicos reputados juridicamente relevantes, como asseverar Owen Fiss, e da impossibilidade de efetivação de direitos fundamentais, e devem ser compreendidos para designar situações concretas nas quais o direito é relacionado ao interesse de uma coletividade em oposição àquelas que envolvem interesse meramente individual, decorrente da lesão direta aos interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, que são atingidas de modo diverso pelo resultado do litígio, dando ensejo a conflitos mutáveis e multipolares.

A Constituição estabelece a estrutura do Estado, posto que cria órgãos e determina suas respectivas funções e seu inter-relacionamento. Identifica também dos valores que informarão e limitarão essa estrutura. Os valores presentes na Constituição norte-americana – a liberdade, a igualdade, o devido processo legal, a liberdade de expressão, de religião, o direito à propriedade, o cumprimento integral das obrigações contratuais, a segurança do indivíduo, a proibição a formas cruéis e incomuns de punição – são ambíguos, pois dão margem a um grande número de interpretações diferentes, via de regra conflitantes. Há, portanto, uma necessidade constitucional: dar-lhes um significado específico, definindo seus respectivos conteúdos operacionais, a fim de possibilitar a definição das prioridades a serem consideradas em caso de conflito (FISS, 2017, p. 120).

Dessa forma, esses litígios – extremamente complexos e que impactam uma gama enorme de sujeitos interessados, como aponta Violin, que se relacionam a questões de amplo espec-

tro como as relacionadas ao desastre ambiental e social ocorrido em Mariana (MG), após o rompimento de uma barragem de rejeitos da mineradora Samarco – trazem uma séria necessidade de se repensar a prática jurídica e revisitar os mecanismos processuais existentes, com vistas a possibilitar um trato efetivo destes litígios.

De fato, esse precedente reúne todas as características essenciais daquilo que se convencionou chamar *public interest litigation*: uma demanda multipolarizada; orientada para o futuro; formada por pretensões difusas; baseada em direitos fundamentais cujo conteúdo requer concreção; que visa à reforma de uma instituição social; cuja implementação exige ações diferidas no tempo, que não se esgotam com a prolação da sentença; conduzida por juiz e partes em cooperação. Ou, de modo mais sintético, “the process whereby organizations or individuals use litigation in the high courts to enforce collective rights or to influence social changes” (VIOLIN, 2017, p. 304).

Assim, dentro da lógica dessa nova tipologia processual, a das medidas estruturais, é necessário que sejam lançados olhares para a flexibilização do instituto processual do pedido, como pressuposto para se garantir real acesso à justiça mediante um modelo processual mais adequado à realidade do conflito.

3. Aspectos de implementação

Antes de abordar especificamente a proposta de flexibilização do instituto processual do pedido, é necessário fazer uma breve inflexão sobre a tragédia ocorrida em Mariana (MG), com o intuito de pontuar alguns de seus mais notáveis impactos.

O desastre ambiental, ocorrido em novembro de 2015, teve proporções gigantescas, causando impactos em dois estados do Brasil, dezenas de municípios, e milhares de pessoas atingidas direta ou indiretamente pelo rompimento da barragem. Além disso, o desastre trouxe reflexos não somente ambientais, mas também econômicos, sociais, dentre outros.

Com base nesse cenário, não é difícil imaginar o amplo espectro de sujeitos interessados nas inúmeras demandas processuais ajuizadas, muitas delas apresentando interesses claramente antagônicos, bem como a necessidade de implementação de diversas medidas estruturais, de reorganização de entidades e organismos sociais, que foram e têm que ser tomadas pelo Poder Público.

Para exemplificar a complexidade da questão e a necessidade de se estabelecer uma nova tipologia processual, destaca-se, em breves linhas,

a análise de dois pontos: quem são os interessados e que medidas devem ser adotadas para o adequado dimensionamento do caso.

No episódio de Mariana (MG), a multiplicidade de interesses envolvidos é notável. Há o interesse de cada pessoa atingida pelo desastre, o interesse das empresas mineradoras (Vale, Samarco e BHP), o dos entes públicos (os Municípios, os Estados, a União), o dos órgãos controladores e fiscalizadores (como o Ibama, Igam, Iphan), o das comunidades indígenas que povoam a região – além de muitos outros que ainda poderiam ser citados. Além disso, nesse caso podemos pensar rapidamente em medidas que deverão ser tomadas a curto, médio e longo prazo, como o reassentamento das famílias atingidas; a despoluição dos rios e afluentes em que foram despejados os rejeitos; a punição, em seus diversos aspectos, das mineradoras envolvidas; a tomada de providências para a proteção das barragens existentes e a contenção de novos desastres.

Com essa breve incursão, são flagrantes algumas das variadas facetas de um litígio de interesse público, altamente complexo e polimorfo, no qual é imprescindível repensar a lógica processual clássica bipolar, por meio da implementação de medidas estruturais, de modo a garantir não só o real acesso à justiça aos sujeitos interessados no provimento jurisdicional, mas também a efetividade aos direitos.

Nesse contexto, torna-se necessário repensar o instituto processual do pedido, que deverá sujeitar-se a uma reformulação que o adeque à realidade do conflito. Isso implica a releitura da adstrição/congruência que a sentença deve guardar em relação ao pedido, da limitação do debate aos contornos estabelecidos para a causa de pedir, do aditamento/modificação do pedido e da causa de pedir, dos requisitos certeza e determinação dos pedidos.

Logicamente, não se está buscando uma flexibilização sem qualquer limite desse instituto processual. Antes, defende-se a busca por uma adequação do procedimento a essa tipologia de litígios, de modo a fazer do processo meio apto à resolução de conflitos altamente mutáveis e complexos.

Na lógica processual clássica, o autor da demanda tem a obrigação de formular pedido certo e determinado. Isso supõe que o autor da ação conheça com clareza, desde o momento em que o formula, o objeto e a extensão de sua pretensão, sabedor de que não poderá, após o saneamento do processo, promover qualquer modificação.

A flexibilização da congruência objetiva supõe, por isso, que a interpretação do pedido (art. 322, § 2º, CPC) leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. Basta imaginar uma ação coletiva que diga respeito aos milhares de problemas relacionados ao rompimento da barragem da Samarco, em Minas Gerais, em 2015, o maior acidente ambiental da história brasileira. O andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vai paulatinamente transformando o objeto litigioso e exigindo novas providências judiciais. A interpretação do pedido é seguida de perto pela necessidade da interpretação das decisões em razão do conjunto da postulação e da decisão e da boa-fé (art. 489, § 3º, CPC) (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR; OLIVEIRA, 2017, p. 56).

Imagine-se o princípio da demanda. Segundo sua essência – e a conseqüente ideia da adstrição – o juiz está limitado ao pedido formulado pela parte. Assim, cabe à parte autora determinar exatamente aquilo que pretende em juízo, devendo o juiz observar esses limites em sua atuação. Ora, é fácil perceber que a discussão judicial de políticas públicas implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas. As necessidades de proteção em um determinado momento, muito frequentemente,

serão distintas daquelas existentes em outra ocasião. Isso impõe uma dificuldade imensa para o autor da demanda em determinar, no início do litígio, exatamente aquilo que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Por isso, neste campo, exige-se que esse princípio tenha sua incidência atenuada, permitindo que o juiz possa, em certas situações, diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou da inadequação da “tutela” pretendida pelo autor na petição inicial, extrapolar os limites do pedido inicial (ARENHART, 2015, p. 219).

Essa dinâmica tradicional do pedido, no âmbito de um conflito de interesse público, altamente complexo e polimorfo, é praticamente inviável; conquanto se busque uma decisão prospectiva, que consiga resgatar elementos do passado, na lógica tradicional do processo, trabalha-se o presente e, sobretudo, o futuro relativamente às consequências da decisão, sua implementação e sua fiscalização, sem se saber ao certo que medidas serão as mais adequadas ao trato do conflito. É que, em tais casos, é plenamente possível, e muitas vezes necessário, que o pedido seja reinterpretado ao longo do processo, por força de desdobramentos dos fatos que deram origem ao conflito, o que acaba também por redundar na necessária adaptação da causa de pedir.

Logo, percebe-se que, muitas vezes, a rigidez dos pressupostos de certeza e determinação dos pedidos não se compatibiliza com o sistema das medidas estruturais. É igualmente perceptível que a causa de pedir se revele amorfa, mutável, e que, também por isso, a sentença não guarde total congruência com o pedido inicial da parte autora.

Dessa forma, ao autor deverá ser facultada a possibilidade de formular, num primeiro momento, um pedido indeterminado, dado que a extensão de sua pretensão poderá ser desconhecida. Nessas circunstâncias, embora

deva ser expresso o pedido, estaria o autor dispensado de precisar as medidas que deverão ser tomadas ou o teor da condenação dos réus. Ademais, ao longo de toda a instrução probatória, deve ser possibilitado ao autor adequar sua pretensão à realidade posta, concreta do caso em análise, sob pena de violação do direito fundamental ou o valor público defendido no processo a bem de uma fria e absoluta correspondência entre o provimento judicial final e o pedido.

O que se está defendendo não é uma flexibilização às cegas, mas a valorização do direito e do processo, em vista dos escopos a que este se presta: o da pacificação social e o da efetivação de direitos.

Assim, até o fim da instrução probatória, em prol de garantir essa efetividade processual, deve ser franqueado ao autor adequar e modificar sua pretensão, facultando-lhe realizar acertos no seu pedido e em sua causa de pedir, inclusive para incluir novas pretensões, desde que apresentem pertinência com a causa em debate e já estejam, mesmo que de modo incipiente, veiculadas na demanda.

Persiste, para o autor, todavia, o dever de fundamentar sua pretensão, apoiá-la na narração exaustiva dos fatos conhecidos no momento do ajuizamento da ação, informando aos demais sujeitos do processo, juiz e réu, todas as questões que envolvem o litígio, buscando delimitar, dentro das possibilidades, seus pedidos.

No Brasil, para exemplificar concretamente essa proposta, destaca-se o Projeto de Lei nº 8.058/2014 (BRASIL, 2014), que visa a instituir um procedimento especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, especialmente seu art. 20, no qual há a proposta de que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, possa alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às

peculiaridades do caso concreto, se o ente público promover alguma política pública mais adequada ou se as medidas determinadas na decisão se demonstrarem inadequadas para o atendimento do direito em questão.

Ainda que incipiente, o debate acerca desse assunto tem ganhado forma no Brasil, inclusive na arena legislativa. No Projeto de Lei nº 5.139/2009 (BRASIL, 2009), que pretendia a consolidação do regramento pertinente às ações de classe, mediante a atualização da vigente Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) (BRASIL, 2015), havia proposta para que, nas ações coletivas, a requerimento do autor ou do Ministério Público, e até o momento de prolação da sentença, o juiz pudesse permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que assegurado contraditório e não importasse em prejuízo para o demandado (art. 16).

Dessa forma, pode-se perceber que a proposta de flexibilização do instituto processual do pedido não é algo totalmente novo, mas necessita de revisão, com vistas a adequá-lo a uma nova realidade processual, sendo que há em trâmite no Brasil propostas para viabilizar essa flexibilização e fomentar uma intervenção do Poder Judiciário em conflitos de interesse público ou de alto grau de complexidade.

Noutro giro, partindo para o contraponto da flexibilização, esta poderá implicar o levantamento de suspeitas de violação de direitos constitucionais básicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a segurança jurídica, entre outros. Cumpre ressaltar, todavia, que no sistema das medidas estruturais as partes exercem papel determinante no processo de formação do provimento judicial, participação que se convola em controle da atividade jurisdicional. Nesse ponto reside a verdadeira essência dessa proposta e o caminho para se garantir a sua efetividade.

A implementação de um modelo constitucional de processo (BUENO, 2008) – que condiciona a formação da estrutura processual sob uma perspectiva democrática, que permita a participação e a influência de todos os sujeitos processuais na formação do provimento jurisdicional e desestimule a ocorrência de práticas não condizentes com o *locus* processual – é o caminho para se garantir o interesse e o direito de todos, inclusive dos réus em um processo altamente complexo e polimorfo.

Frise-se: a garantia do devido processo legal e da igualdade efetiva na esfera processual, advinda dos princípios da ampla defesa e do contraditório – este último que sofreu uma ressignificação, passando a ser entendido como o direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa (art. 10 do CPC), e da releitura do sistema colaborativo, que obriga os sujeitos processuais a buscar o mútuo auxílio e o diálogo –, cria um ambiente normativo que induz à comparticipação e à formação dessa esfera democrática (art. 6º do CPC).

Para que o processo de fato mereça o qualificativo de democrático/justo, e se torne real o clima de colaboração entre o juiz e as partes, a nova lei impõe uma conduta leal e de boa-fé, não só dos litigantes, mas também do magistrado, a quem se atribuíram os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os sujeitos interessados na correta composição do conflito, criando-se um novo ambiente normativo contrafático de indução à comparticipação (em decorrência dos comportamentos não cooperativos) (THEODORO JÚNIOR et al., 2016, p. 63).

Percebe-se, portanto, que, nesses casos altamente complexos e polimorfos, muitas vezes a mera condenação de pagar quantia ou a que

determina uma obrigação de fazer ou não fazer foge completamente ao ideal de efetividade do direito e de reorganização burocrática de instituições públicas e privadas, deixando, conseqüentemente, de cumprir sua principal tarefa de concretizar direitos fundamentais ou valores públicos.

Ora, a depender da situação posta, a condenação do réu na providência inicial requerida pelo autor poderá não ser efetiva e ser a este extremamente prejudicial, podendo levar inclusive ao encerramento das atividades, o que geraria diversos efeitos em cascata. No mesmo sentido, a pretensão do autor pode ser insuficiente, isto é, não ser adequada para solucionar a situação concreta em análise pelo juiz.

Assim, somente dentro de uma lógica processual dialógica, participativa e policêntrica é que as partes poderão, em conjunto com o juiz e demais interessados, decidir o modo mais viável de resolução do conflito em questão, adequando-o à sua realidade e possibilidade, tendo sempre como norte o dever de concretização dos direitos fundamentais e dos valores públicos caros à sociedade.

4. Conclusões

A sistemática processual civil brasileira, em decorrência de sua matriz individual, geralmente trata dos conflitos em conformidade com os pressupostos e as características de litígios bipolares. Contudo, essa lógica atualmente se mostra insuficiente frente a litígios de interesse público, altamente complexos e multipolares, nos quais diversos interesses estão em jogo, muitos dos quais conflitantes.

Diante disso, as medidas estruturais estão sendo objeto de amplo estudo, com o intuito de se observar a capacidade de essa nova tipo-

logia processual lidar com conflitos dessa natureza, amorfos e multipolarizados.

Tais medidas estruturais adequam-se bem à resolução de litígios altamente complexos, como o caso do desastre ambiental em Mariana (MG), que ocasionou diversos danos diretos a milhares de pessoas, além dos danos ambientais, sociais, econômicos, entre outros.

Essas medidas estruturais implementam uma nova tipologia processual, que visa a promover uma reforma estrutural, uma verdadeira reorganização burocrática, nos entes públicos e privados, com o objetivo de assegurar que estes garantam o direito fundamental ou algum valor público caro à sociedade.

Assim, diante dessa nova tipologia de litígios, observa-se que diversas dificuldades são impostas ao autor da ação, já que ele, muitas vezes, pode não conseguir definir com clareza a sua pretensão final ou, mesmo, definir com precisão a causa de pedir.

Nesse sentido, a proposta aqui debatida visa a proporcionar um tratamento diferente aos litígios de interesse público, tentando dimensionar a pretensão da parte à realidade concreta dos conflitos, o que perpassa pela necessária flexibilização do instituto do pedido. Assim, o princípio da adstrição/congruência da sentença ao pedido, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, o aditamento/modificação do pedido e da causa de pedir, a certeza e determinação dos pedidos devem sofrer uma reformulação, limitada pela implementação de um modelo constitucional de processo.

Para tanto, para exemplificar concretamente essa proposta, trouxe-se à baila dois exemplos concretos, o do art. 20 do Projeto de Lei nº 8.058/2014 (BRASIL, 2014) e o do art. 16 do Projeto de Lei nº 5.139/2009 (BRASIL, 2009), propostas claras no sentido da flexibilização do instituto processual do pedido, fomentando

uma intervenção mais incisiva e adequada do Poder Judiciário em conflitos de interesse público, com o intuito de acabar com uma verdadeira violação massiva de direitos e fomentar um acesso à justiça aos diversos interessados no provimento jurisdicional.

Contudo, como salientado, essa situação somente é possível caso se adote para a sistemática processual civil um modelo constitucional de processo, que busque garantir o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, num *locus* processual dialógico e participativo, sob pena de violação do direito dos sujeitos processuais envolvidos.

Sobre os autores

Samuel Paiva Cota é graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil; mestrando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil; advogado.

E-mail: samuelpaivacota@gmail.com

Leonardo Silva Nunes é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto de Direito Processual Civil e Coletivo nos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil; advogado.

E-mail: msleonunes@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

STRUCTURAL INJUNCTIONS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: THE PROBLEMS OF REQUEST'S RIGIDITY IN THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC INTEREST CONFLICTS

ABSTRACT: Currently, a new procedural typology, more adequate to the treatment of the profusion of highly complex and multi-pillar public interest disputes, is being projected in the Brazilian legal system, based on Latin American and, mainly, American legal literature, that does not fit into the classical bipolar process logic and procedural rigidity, termed structural process or structural inductions. From this new scenario, the objective is to analyse and propose a review and flexibility, based on studies on structural injunctions and the process constitutional model, of the procedural institute of the request, adapting it to this new highly complex procedural reality and that has remarkable characteristics, observing its potential impacts through the study of a case of global repercussion, which is the environmental disaster that occurred in the city of Mariana, in Minas Gerais, in the year 2015.

KEYWORDS: STRUCTURAL INJUNCTIONS. REQUEST. PUBLIC INTEREST CONFLICTS. CONSTITUTIONAL PROCESS MODEL. MULTIPOLAR PROCESS.

¹ Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243>.

(APA)

Cota, S. P., & Nunes, L. S. (2018). Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(217), 243-255. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, [S.l.], v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

_____. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 423-448.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.... *Diário Oficial da União*, 25 set. 1985.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.139, de 2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. *Diário da Câmara dos Deputados*, 7 maio 2009. [Aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)]. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCCD07MAI2009.pdf#page=42>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.058, de 2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Autor: Dep. Paulo Teixeira. *Diário da Câmara dos Deputados*, 8 nov. 2014. [Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Finanças e Tributação (CFT)]. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCCD0020141108001680000.PDF#page=40>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil: novas tendências: homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 157-166.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

FISS, Owen. As formas de Justiça. In: COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 119-173.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, [S.l.], ano 1, n. 2, p. 41-82, nov. 2014. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017.

SOUZA, Fernando Garcia. Política educacional – Suprema Corte dos EUA – caso Brown v. Board of Education 347 U.S. 483 (1954) – julgamento em 17 de maio de 1954. In: COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 251-257.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105, de 16.03.2015: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 303-352.

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

